

I Jornada de Gestió Pública

Les col·laboracions

publicoprivades a debat

Las colaboraciones Público-Privadas a debate



**PPP for
CITIES**

Specialist Centre
on PPP in Smart and
Sustainable Cities



**Diputació
Barcelona**

Índice

Inauguración	4
Joaquim Triadú	
Reflexiones desde el mundo local	7
Xavier Forcadell	
Reflexiones a partir de casos reales	15
Asignación de riesgos de un proyecto entre los agentes	17
Mario Aymerich	
Concesiones de agua: cómo adaptarse a una realidad cambiante en entornos desfavorables. El caso de Caltanissetta (Sicilia, Italia)	27
Rafael Pérez Feito	
El rescate de concesiones administrativas: ¿Es posible?	38
Pablo Navarro	
Renegociación de una concesión	70
Fernando Cacho	
Cuándo es necesaria una concesión desde el punto de vista del presupuesto público	79
Francesc Trillas	
Mesa redonda	87
¿Cuándo hace falta concesionar un servicio público?	89
¿Cómo creéis que evolucionarán las PPP?	94
¿Pueden ser las PPP una herramienta útil para las Smart Cities?	96
¿Cuáles serían los argumentos para convencer a los críticos de las PPP?	98
¿Cuáles tienen que ser los servicios públicos que deben ser provisionados mediante colaboraciones público-privadas?	100
Preguntas del público	103
Conferencia de clausura	107
Introducción	108
Joan Enric Ricart	
Concesiones, relaciones público-privadas y conocimiento en gestión pública	111
Mercè Conesa	

Las Jornadas de Gestión Pública, coorganizadas conjuntamente con la Diputación de Barcelona y el Specialist Centre on PPP in Smart and Sustainable Cities (PPP for Cities), tienen como objetivo crear un espacio de reflexión y conocimiento sobre buenas prácticas en la gestión local en el marco de la colaboración público-privada. El encuentro representará un canal para que la Administración local tenga a su alcance el conocimiento existente sobre excelencia en la gestión pública y al mismo tiempo sirva de punto de encuentro de profesionales del sector que les permita compartir experiencias, aprender de los expertos y debatir propuestas, con el fin de generar oportunidades de implantar mejoras en la gestión de sus servicios públicos.

A continuación, se recoge la transcripción de la “I jornada de Gestión Pública. La colaboración público-privada a debate” que tuvo lugar el 5 de octubre de 2016. Los elementos de debate de esta primera Jornada pivotaron entorno a valorar la capacidad y necesidad de una concesión por parte de la Administración o las claves de su renegociación. Durante la Jornada, también se llevó a cabo una mesa redonda con expertos en PPPs, donde se expusieron casos reales de concesiones y renegociaciones, y los propios asistentes pudieron participar en el debate que se abrió al final de cada intervención.

La actividad fue dirigida a empleados de las administraciones públicas, tanto representantes políticos como gestores municipales de ámbito generalista y/o sectorial.

En este documento se han recogido las aportaciones de todos los ponentes durante las jornadas, así como de los participantes en el debate. Al ser una transcripción de una jornada, tiene que ser leída como tal, teniendo en cuenta que los participantes hicieron uso de expresiones coloquiales habituales en un debate o en una exposición oral.

Miquel Rodríguez Planas

Gerente del Specialist Centre on PPP in Smart and Sustainable Cities

Inauguración

Joaquim Triadú

Vicepresidente, Public-Private Sector Research Center, IESE

Abogado y Senior Lecturer, IESE

Bon dia. Buenos días.

En primer lugar, queremos aclarar una cuestión previa acerca del hecho de que la convocatoria haya sido para todos los municipios y Administraciones Públicas de España y que, por tanto, en la página web se haya indicado que las sesiones serían en castellano. No obstante, tras haber revisado el listado de inscritos y teniendo en cuenta que algunos ponentes me han preguntado si podían hacer la ponencia en catalán, queríamos preguntarles: ¿alguno de ustedes no entiende el catalán? En tal caso, se procedería tal como se ha dicho en la web sin problema.

Si no hay inconveniente, cada ponente hablará en la lengua que considere oportuna, ya que algunos prefieren hacerlo en castellano y otros, en catalán. Si, en algún momento, alguien considera que no puede seguir la sesión, bien porque se haya incorporado más tarde o por cualquier otro motivo, se continuará, evidentemente, en castellano.

Sense més preàmbuls, els agraïm la seva presència avui aquí. Aquesta és la primera sessió, el primer seminari, de la PPP for Cities de Barcelona, que, com saben, està radicada aquí a l'IESE. El Public-Private Sector Research Center i el professor Joan Enric Ricart de l'IESE són els que lideren aquesta actuació. Com ja saben —i si no els ho explico—, aquesta organització és un centre de recerca sobre Public-Private Partnerships (PPP són les seves sigles en anglès) dins de les ciutats i que rep el suport i l'impuls de l'ONU, que n'ha creat a diversos punts del món i que té la finalitat d'analitzar l'evolució de les ciutats i d'impulsar el coneixement de les pràctiques de PPP a diversos llocs del planeta perquè, bàsicament, es puguin aplicar d'un lloc a l'altre o perquè sigui possible realitzar anàlisis sobre quins aspectes han funcionat i quins no. Per part del Public-Private Sector Research Center, pensem que l'element més important a l'hora d'analitzar els comportaments de PPP és l'àmbit local; per això, hem centrat i volem centrar molt tots els aspectes relacionats amb aquestes col·laboracions publicoprivades en l'àmbit de l'administració local. En aquest sentit, aquesta primera trobada, aquest primer seminari, es fa en col·laboració amb la Diputació de Barcelona, que comptarà, a continuació, amb la ponència del seu coordinador, el senyor Xavier Forcadell, i amb la cloenda, al migdia, de la presidenta, la senyora Mercè Conesa.

Pensem que, a Espanya i, més concretament, en aquest cas, a Catalunya, tenim molts exemples, exemples d'èxit, però també exemples de fracàs pel que fa a la col·laboració publicoprivada. Per la seva part, l'ONU, que tracta aquests temes, va valorar d'una manera molt important aquesta experiència de col·laboració publicoprivada a Espanya i a Catalunya, i l'únic centre reconegut al nostre país per poder realitzar aquest tipus d'actuacions és l'IESE.

És per això que pensem que, en el futur, hem d'organitzar altres jornades, i intentarem de totes passades implicar al màxim les administracions locals d'arreu de l'estat perquè pensem que també l'intercanvi d'experiències de diverses comunitats autònomes, de diversos municipis d'arreu de l'estat, ens pot ser de gran utilitat.

També podem afegir, des del punt de vista de l'experiència, que aquest any es compleixen quinze des de la creació del Public-Private Sector Research Center de l'IESE. Ja hem organitzat diverses jornades sobre PPP, però aquesta és la primera —repeteix— que ens permetrà ampliar i millorar la relació amb la resta de ciutats del món que es troben a aquesta xarxa de ciutats PPP.

Sense més detalls, els donem de nou les gràcies per haver vingut i dono la paraula a Xavier Forcadell, coordinador general de la Diputació de Barcelona. És llicenciat i doctor en dret i també és funcionari de l'Administració local. L'any 2011 es va incorporar a la Diputació com a coordinador general. A part d'això, imparteix classes a la Universitat Rovira i Virgili i, a més a més, forma part de diverses entitats acadèmiques i de caràcter local o públic, com l'Institut d'Estadística de Catalunya, l'Institut Cartogràfic de Catalunya i la Fundació Carles Pi i Sunyer d'estudis autonòmics, de la qual forma part del Consell Executiu.

Per tant, ell podrà realitzar una bona anàlisi de com es tracten aquests temes a escala local. La Diputació, com sabeu, és un organisme intermedi entre els ciutadans i els municipis. Per tant, els municipis fan servir la Diputació per poder tirar endavant projectes o programes que no podrien impulsar per ells mateixos, i l'avantatge d'un responsable de la Diputació és que, simultàniament, pot veure situacions paral·leles, semblants o divergents en municipis d'una grandària o d'una situació geogràfica o sociològica semblant. En el cas de Barcelona, la Diputació disposa de polítiques pròpies que són heretades de la Mancomunitat de Catalunya —de la qual se n'ha celebrat ara el centenari de la seva constitució—. En aquest sentit, vull afegir que la Diputació de Barcelona no és exactament igual a les altres diputacions perquè té uns orígens històrics que ha anat mantenint, que ha anat heretant any rere any o de cicle en cicle, i que, per tant, és particularment interessant conèixer-ne la realitat. Moltes gràcies, Xavier, quan vulguis.

Reflexiones desde el mundo local

Xavier Forcadell

Coordinator General, Diputació de Barcelona

Bé, moltes gràcies, company Triadú. Bon dia a tothom, amics i amigues. En el marc de l'explicació que ara feia en Joaquim i, en aquest cas, des d'una perspectiva més interna, com a Diputació, nosaltres plantejàvem —no només en aquest fòrum, també en altres, però particularment en aquest— que podríem inscriure aquest marc de col·laboració anual de què disposem des d'una perspectiva de l'anàlisi —també de l'anàlisi de la situació real, del món local—. Per tant, si vostès es fixen en el marc del programa que hi haurà al llarg de la sessió, volia que aquesta primera intervenció meva fos d'una certa idea de contextualització. És a dir, quan estem parlant de la col·laboració publicoprivada —i, també, com veuran al llarg del programa, quan estem parlant de les renegociacions de les concessions i d'això que ara en diuen les «remunicipalitzacions» per bé que és molt impropri el tema, perquè el servei mai ha deixat de ser municipal— cal enquadrar aquesta qüestió, sobretot, en el món local. Per tant, cal comprovar també quina és la primera fotografia, que molts de vostès coneixen, però que, en la mesura que es tracta de cercar un equilibri entre la col·laboració publicoprivada, és bo que donem també un cert reflex d'on ens trobem pel que fa a aquestes qüestions i, també, des de la perspectiva del model del règim jurídic i econòmic de referència.

Per tant, he titulat aquesta primera intervenció «Reflexions des del món local», però fent referència especialment al marc jurídic del règim municipal. Insisteixo: d'un marc jurídic —especialment en aquesta primera sessió— de visió general i no tan singularitzat, perquè s'anirà tractant a les sessions amb posterioritat, amb les intervencions sobre les qüestions més singularment jurídiques de cadascuna de les qüestions que es debatran. Tot això amb un objectiu —ho diu el mateix marc del programa—: cercar bones pràctiques en la gestió local dins d'aquest marc de la col·laboració publicoprivada, però també —la qual cosa és important en una trobada com la d'avui— compartir experiències, així com tenir aquesta visió més transversal i d'experiències que puguin ser objecte d'anàlisi i de debat: anàlisi de l'assignació de riscos, de concessions d'aigua (també des d'una visió comparada), de rescat de concessions, realitat jurídica i realitat política —no podem, en els termes en què ens trobem avui, dissociar la realitat jurídica dels nostres ajuntaments de la realitat política en el govern d'aquests ajuntaments, el que és, probablement, l'arrel de bona part d'allò que nosaltres qüestionarem avui aquí—, etc.

Per tant, des d'aquesta perspectiva, permeteu-me que comenci parlant d'una qüestió que algunes vegades pot semblar tòpica i que és coneguda, però que convé posar sobre la taula quan parlem del món local. Crec que no és possible fer una reflexió al capdavant del model del govern local que tenim en l'actualitat —una altra cosa és cap a on podem anar— si no ho fem des d'una triple perspectiva: primerament, una primera anàlisi de la planta territorial (quina és la planta territorial que nosaltres tenim?); després, una segona anàlisi, combinada amb aquesta, del règim jurídic des

d'una visió competencial i prestacional dels nostres governs locals; i, finalment, una tercera anàlisi del seu impacte, del seu model econòmic.

Sense els tres, sense tenir el prisma dels tres elements alhora, crec que no és possible afrontar aquest debat. Per què? Perquè el nostre és un país amb un govern local no del tot homogeni: hi ha parts del territori en què el model local té unes característiques, i unes altres parts, aquesta en particular, en què són absolutament diferents. D'aquí també, i ara ho veurem, el paper del nivell supramunicipal perquè, en l'actualitat, o en matèries com aquestes, la diputació provincial (o l'ens que en el seu dia el substitueixi si així s'estableix, però en aquest cas, avui, la diputació provincial) pot jugar un paper actiu en aquesta visió supramunicipal, en aquestes qüestions que es plantegen més enllà d'un sol ajuntament.

Unes dades molt breus de contextualització: en l'actualitat, a Catalunya hi ha 948 municipis. D'aquests 948 municipis, n'hi ha 487 que no arriben al miler d'habitants. Estem plantejant la meitat gairebé del país. Aquests 487 municipis, que no arriben a mil habitants, representen el 2,6% de la població, però, alhora, el 53% del territori. Per tant, quan parlem dels governs locals, no podem perdre de vista que tenim municipis on hi ha una col·laboració publicoprivada, on hi pot haver qüestions vinculades a la municipalització o a la discussió sobre com s'ha de prestar un servei determinat, però, alhora, i gairebé en el mateix marc jurídic —ara ho veurem—, podem trobar-nos davant d'un govern local, d'un municipi, d'un ajuntament... de 1.800 habitants o de 250.000 (per no citar la mateixa ciutat de Barcelona).

Per tant, davant d'aquest model i d'una norma que des de la perspectiva del règim jurídic sovint analitza aquest fet des de l'uniformitat, no podem desconèixer que la nostra realitat és absolutament asimètrica des d'un punt de vista territorial. A més a més, aquí es conjuguen 4 diputacions provincials —d'una forma també asimètrica pel que fa a l'assistència i cooperació que pretén—, 42 consells comarcals i tot un teixit de personificacions instrumentals locals —consorcis, mancomunitats...— que també presten serveis i que, per tant, també en gestionen.

Així les coses, quan nosaltres, des d'una perspectiva local, parlem d'una concessió, ens podem trobar davant d'un ventall molt ampli, i alhora desigual, de diferents nivells de govern local o d'ens instrumentals, que depenen d'aquests, que s'ocupen d'aquestes qüestions. I això sense oblidar la part en què nosaltres ara ens trobem: l'Àrea Metropolitana de Barcelona o el mateix paper de capitalitat que, en aquesta qüestió, hi juga la mateixa ciutat de Barcelona. I tots aquests governs locals (insisteixo, d'una forma gairebé comuna) acaben havent de prestar la mateixa tipologia mínima de serveis i l'exercici d'unes competències gairebé iguals dels serveis que es presten i dels drets que els ciutadans reclamen.

Certament, diran: «Escolti, que hi ha un escalonat pel que fa a la demografia». Sí, és cert, però estem parlant del fet que aquest escalonat es dona només amb els serveis més essencials: el cementiri, l'enllumenat, l'aigua...; justament alguns dels que són objecte de debat. Per tant, qual-sevol municipi, per petit que sigui (Sant Jaume de Frontanyà, per exemple, amb 28 habitants),

també ha de prestar el servei d'aigua i, per tant, també pot estar subjecte a haver de gestionar, des d'aquesta perspectiva, un servei públic, com també ho ha de fer una gran ciutat.

Això no ho podem desconèixer perquè, si no, tampoc no s'explica quin és el paper de l'àmbit supramunicipal, que és justament el de donar cobertura, des d'una perspectiva de suport jurídic, des d'una visió tècnica i econòmica, a aquesta mateixa realitat. Per tant, hi ha poques diferències entre el nivell prestacional dels serveis que han de prestar governs locals tant diferents, i és aquí on entra, justament, el paper de les diputacions.

No acabaria aquest primer enfocament, tal com l'he enunciat, si no parlés, alhora, del finançament —i veig en aquesta sala algun reputat professional del tema—. És clar, el finançament és la quadratura d'aquest model. Si nosaltres tenim una planta de govern local com la que hem definit, si disposem d'un marc molt homogeni pel que fa a la prestació dels serveis públics, hem de comprovar en quin estat es troben les finances locals, d'on ve el sistema de finançament del món local, i aquí trobarem —amb allò que hem anomenat la «crisi de la suficiència financera local»— alguna resposta del que ha pogut passar durant els anys anteriors pel que fa a la concessió de determinats serveis públics. Vostès saben que algunes vegades s'han portat a terme grans concessions en determinats serveis perquè, alhora, aquestes portaven implícita la millora en la inversió d'allò que el nivell de finançament municipal no podia permetre: «Jo concessionaré el sistema d'aigua, però, alhora, que em reparin totes les xarxes del municipi durant els tres primers anys, perquè, amb capacitat inversora, no tinc el mecanisme, no tinc la musculatura per poder-ho fer».

Si aquesta és la realitat des d'una estructura més de «model», si aquesta és la realitat que tenim avui, aquesta també és la realitat des d'una perspectiva del règim jurídic i, després ho definirem, del marc vigent. No sé si recorden, i alguns perfectament ho treballen, que, des de 2013, hi ha sobre la taula una reforma de règim local (coneguda com la LRSAL, la Llei 27/2013, de 27 de desembre, de racionalitat i sostenibilitat de l'Administració local) que, precisament, facultava les diputacions i la coordinació —al juny d'aquest any, el Tribunal Constitucional ho ha matisat, però facultava la coordinació d'aquests serveis públics d'aquesta part de municipis més petits, però sobretot, i ho eleva en determinats casos, als de menys de 20.000 habitants (per tant, tenint en compte les dades que he comentat abans, a una part molt important del conjunt del govern)— i, per tant, si aquesta norma també ho planteja així, és important que tinguem pendent, que posem també sobre la taula, que cal abordar aquí nous paradigmes davant de noves realitats.

Per tancar aquesta primera qüestió, faré algunes referències també a les noves realitats de la governança política... Ha canviat també, d'una forma substantiva, el model de governança dels nostres governs locals dels darrers anys: allò que li diem la «fragmentació», que acaba comportant també noves visions, noves realitats i noves formes de gestió que avui també tenim sobre la taula en el nostre model local. Per tant, davant d'aquesta realitat, també cal atendre noves realitats polítiques i ideològiques, però, alhora, afrontar nous debats, que és on ens trobem ara.

Aquí és on crec que adquireix una rellevància particular el paper de la col·laboració publicoprivada, però de la col·laboració publicoprivada no només com una forma típica de contractació —que

ho podríem dir—, sinó de la col·laboració publicoprivada com a model de col·laboració de dos àmbits molt rellevants (d'un àmbit públic i de la recerca d'un equilibri amb un àmbit privat). Crec que adquireix aquesta rellevància amb tota la seva potencialitat i amb tota la seva força, però només si ho analitzem des d'una perspectiva absolutament objectiva; és a dir, la col·laboració publicoprivada pot donar moltes oportunitats —amb relació al que comentava al principi i, també, des de la perspectiva del reequilibri econòmic i territorial del país—: portar tecnologia, que avui és una de les grans mancances a bona part del nostre país, pot articular-se perfectament en formes de col·laboració publicoprivada; en l'exercici de determinades prestacions de serveis públics, on encara avui hi ha dificultats pel que fa a la seva gestió integral (el cicle de l'aigua a determinades parts del territori), la col·laboració publicoprivada és una oportunitat, etc.

No obstant això, un té la impressió que, sovint, quan ara estem qüestionant o intentant obrir noves fórmules de col·laboració publicoprivada, aquesta col·laboració s'intenta plantejar també —almenys aquesta és la meua visió— des d'una perspectiva no tan col·laborativa, sinó des de la visió que la col·laboració publicoprivada o alguns règims de concessió realitzats en el passat han estat sinònims de privatització. Per tant, en lloc de mirar-ho des d'un enfocament eminentment col·laboratiu, participatiu, d'equilibri..., sovint ho mirem, també, des de la perspectiva següent: «Això és sinònim de privatització i ara ens trobem a l'altre extrem i hem de tornar a la municipalització d'allò que prèviament hem privatitzat».

Tinc la sensació que, sovint, aquest enfocament no prové d'una anàlisi estructurada, des d'una perspectiva jurídica, social, ambiental, econòmica..., sinó que, en moltes ocasions, es planteja vehiculat per una sensibilitat ideològica determinada: als 2000 tocava privatitzar, ara toca “remunicipalitzar”. Sovint tinc la impressió que aquest tema es tracta amb una certa lleugeresa, que no s'aborda amb una anàlisi del que estem parlant. Per tant —dedicarem la part final a aquesta qüestió—, crec que, des d'una perspectiva local, no hem d'analitzar aquesta qüestió com si es tractés d'un model general, sinó, més aviat, com a una casuística particular: probablement, hem d'analitzar servei a servei, cas a cas, en lloc d'establir modes o tendències amb relació a cap on anem, perquè ni tots els serveis es poden gestionar igual ni, en aquest país, des de la perspectiva territorial, demogràfica, l'organitzativa de què parlàvem, etc., ni tots els tipus de prestacions de serveis públics han de respondre necessàriament a un mateix patró.

Parlem, dins d'aquest marc col·laboratiu publicoprivat, dels règims concessionals. La perspectiva del dret administratiu ens establiria les «concessions del demani», les «concessions d'obra pública» o les «concessions de serveis», però nosaltres ens trobem aquí. Des d'una perspectiva local, crec que per a les col·laboracions de la publicoprivada o de la gestació dels serveis, hi hauria, probablement, moltes classificacions, però podríem parlar de dos blocs: els serveis públics personals i els serveis públics territorials. Dintre dels serveis públics personals es troben els serveis socials, els serveis educatius, els serveis culturals, els serveis de biblioteques, els museus, els conservatoris, les llars d'infants, la primera educació, el cicle inicial de la primera educació, les llars per a la gent gran... —tots els serveis relacionats, per tant, amb aquesta visió més benefactora, més social—. Per tant, disposem d'un gran ventall de possibilitats de gestió dels serveis públics des d'aquesta perspectiva més social i no tan territorial, encara que la pràctica del dret gairebé les hagi focalitzat

en dos o tres àmbits —dins d'aquesta perspectiva, bàsicament, l'experiència que hem anat adquirint s'ha vinculat a la gestió de llars d'infants, de centres per a la gent gran..., però no, per exemple, a uns altres serveis relacionats amb qüestions culturals (la qual cosa no significa que no hi hagi hagut experiències, però, probablement, pel que fa al nombre, no han estat les més significatives)—.

Des de la perspectiva dels serveis públics territorials, trobem el transport col·lectiu de viatgers, l'accés als nuclis de població, la neteja, la conservació de vies públiques, el clavegueram, les aigües, la recollida de residus (el tractament de residus en tot el seu cicle)... En aquest àmbit sí que hem tingut i que tenim un camí molt més llarg recorregut, sobretot pel que fa a qüestions clàssiques com els residus o l'aigua. Per tant, des d'aquesta perspectiva, des d'aquests serveis que cal prestar, ens trobem davant d'una doble classificació possible —podria haver d'altres—: els serveis personals i els serveis territorials. Amb alguns, però, ja hem recorregut un camí, un camí —insisteixo— que no podem basar en modes, sinó que hem basat en formes i models de gestió i que, ni en un sentit ni en un altre, no es pot basar exclusivament en factors merament ideològics.

Certament, en un debat com aquest, no podem obviar que el món de les concessions, de la gestió dels serveis públics en general, de la concessió publicoprivada, ha presentat durant aquests darrers anys alguns exemples que l'han situat, justament, en el centre de la diana. No ho podem obviar. Jo, territorialment —i potser després se'n parla— i no estrictament en l'àmbit local, provinc d'un territori on vam viure de prop el cas Castor. Ens trobem situats, per tant, on ens trobem. Ara bé, no podem generalitzar, ni en un sentit ni en un altre, la perspectiva d'allò que tenim al davant, perquè no té res a veure una cosa amb una altra.

En qualsevol cas, però, davant d'un debat sobre si actualment, i és la realitat que ens estem trobant als ajuntaments, hem de començar —en alguns casos, a cop de moció— a reiniciar aquests debats, crec que ho hauríem d'enfocar des de la perspectiva en què ens trobem, la qual es basa estrictament en l'anàlisi del dret i dels sectors i impactes econòmics. Això no vol dir que la decisió de si un servei s'ha de prestar d'una forma directa o indirecta no pugui constituir, també, una decisió política; evidentment que ho pot ser, però ha de tractar-se d'una visió política acompanyada, justificada i motivada en el dret, no en una arbitrarietat en la forma de gestió, no en una càrrega exclusivament ideològica. Ho hem de fer —segurament això es desgranarà després— des d'una perspectiva acompanyada del dret. Fixin-se que el mateix article 85 de la reforma local de què els he parlat afirma: «D'entre els diferents serveis públics, aquests es gestionaran, directament o indirectament, amb la forma que sigui més sostenible i més eficient».

Per tant, darrere de la decisió, hi ha d'haver també una anàlisi de què és allò que entenem per més sostenible i per més eficient analitzant totes les perspectives: les socials, les ambientals, les econòmiques... i també les de recursos humans, en un sentit o en un altre —quan decidim prestar un servei públic o tornar a incorporar a l'ens públic, hem d'analitzar també quin impacte tindrà aquest fet amb allò que anomenem la «successió d'empreses», amb la subrogació de personal—. Per tant, tot això requereix un estudi i una anàlisi profunda. Probablement, des de la perspectiva —tal com es comentava a l'inici— del que nosaltres estem analitzant des d'un punt de vista supramunicipal, s'observa que hi ha una certa tendència a dir: «Hem de començar a municipalitzar

serveis, hem de començar a estudiar-ho». Però un té la impressió —tal com deia al principi, vinc del món del dret i sóc secretari municipal de professió— que, sovint, moltes qüestions es troben regulades als plecs i que, probablement, el que cal fer moltes vegades és fer-los complir amb la seva exhaustivitat. Potser ens estem situant en un debat que, en molts casos, volem que sigui motivat exclusivament per causes ideològiques; potser és per realitzar un seguiment més exhaustiu d'allò que ja tenim escrit; potser de vegades es tracta de tenir personal a les nostres administracions que faci un seguiment més exhaustiu d'allò que el plec ha acabat comportant, com la lex del mateix contracte, i no fiar-ho tot al fet de perseguir després, quan ja tenim el problema. Potser —i d'això n'estic convençut— una bona anàlisi del cicle del mateix contracte ens evitaria algunes de les qüestions que ara estem posant sobre la taula.

Evidentment, si posem en crisi el fet que tenim algunes dificultats per seguir el cicle —posem per cas, d'una concessió, del cicle contractual que pugui comportar una concessió determinada—, no deixem de reconèixer que ens enfrontem, també, a una crisi més «interna» pel que fa a la capacitat autoorganitzativa de realitzar un seguiment, un acompanyament, i aplicar-hi unes mesures. Si aquesta realitat es constata mitjançant aquest exemple, també costaria d'entendre que, sense implantar-hi mesures addicionals de reforçament d'aquesta qüestió, poguéssim començar a internalitzar, sense més ni més, d'un dia a l'altre o a través d'un procés, altres serveis. Per tant, si algunes coses se'ns escapen ja avui des de la perspectiva de la no exhaustivitat, des del punt de vista del control, molt més complex ens resultarà quan el servei sigui exclusivament propi i, per tant, també necessiti un enfocament, una anàlisi i un reforçament de la nova prestació que tenim sobre la taula.

Per tant, insisteixo —i, per no allargar-me més en el temps, vaig conclouent—: crec que, davant d'aquesta perspectiva, el que hem de fer, el que estem notant, és que els ajuntaments se situen en un terreny fruit de la gestió política complexa d'aquests nous temps; és a saber, d'anar aprovant mocions, d'anar començant a estudiar la situació de la municipalització de serveis..., però amb un enfocament en temes determinats. És molt difícil fer un debat general perquè —insisteixo— cada servei, cada prestació i cada realitat són diferents i, davant d'aquestes diferències, no podem aportar solucions normatives globals.

També, per tant, des d'aquesta anàlisi cas per cas, cal exercir un enfocament acurat, el qual tampoc no es realitza des d'una perspectiva temporal ràpida: analitzar què fem amb el possible rescat d'una concessió a no sabem quants anys encara fins el finiment del termini requereix uns estudis exhaustius, però, també, un pla de viabilitat. Si aquí hi ha d'haver indemnitzacions —que n'hi haurà—, com s'afrontarà? Com es pagarà? Quina realitat tenim al costat per afrontar-ho? Per tant, un té la impressió —potser el temps m'acabarà contradient— que, sovint, això es va portant a terme més aviat a cop de debat polític que amb una anàlisi rigorosa. Probablement —i també en parlarem al llarg del programa—, en alguns casos ens hauríem de situar no des de la perspectiva d'un possible rescat, sinó des d'una visió més aviat renegociadora de la gestació i l'operació d'un servei públic determinat.

En tot cas, ens trobem amb una realitat política i de la gestió pública sobre la taula, en aquesta perspectiva local, on sovint —insisteixo— el paper de les diputacions també és requerit, on nosaltres, des de la Diputació, estem començant a realitzar aquestes anàlisis d'aquests sectors determinats —i jornades com les d'avui també ens ajuden en aquesta línia—, on aquesta qüestió pot tenir una especial incidència, però sent molt conscients que es requereix una visió de cas per cas; un canvi de model que no es pot generalitzar perquè una bona part dels nostres ajuntaments —potser tampoc des d'una perspectiva interna— no estan preparats avui per aquest canvi «brusc» de sistema; que si aquest ha de ser el model, això necessita una translació en el temps; que no es pot realitzar un debat com aquest sense tenir en compte aquesta triple perspectiva del model de governs locals territorials, però, i sobretot, financera... Què acaba comportant això? Com li farem front?

No podem oblidar que, avui, la realitat del món local pel que fa a la situació econòmica és molt millor que el 2011 —la situació del 2011 era, en alguns casos, extremadament complexa—. Avui és relativament millor, però no és extraordinàriament millor; ens trobem, senzillament, en termes d'equilibri, però no tenim tampoc la capacitat d'afrontar grans perspectives econòmiques. Per tant, necessitem desenvolupar una reflexió i un debat serè, rigorós, casuístic, tècnic... que ajudi a prendre les decisions polítiques, però mai no hem d'assessorar —i també en el cas d'una administració com la nostra— als ajuntaments que ens demanen aquest suport que es faci a la inversa, que es faci primer la presa de decisions polítiques per, després, comprovar quin és l'impacte econòmic, quina és l'anàlisi interna, etc. Per tant, la rigorositat i la seriositat del plantejament ens porten a invertir els termes, a posar la gestió i el bon govern davant de la ideologia. Moltes gràcies.

Reflexiones a partir de casos reales

Buenos días. Después de las intervenciones de Joaquim y de Xavier, damos comienzo al bloque centrado en la explicación de casos concretos. En este bloque, escucharemos, primero, tres ponencias, tras las que tendremos una pausa para el café, y, después, terminaremos con dos ponencias más.

Antes de que empiecen a hablar los ponentes, me gustaría presentarlos brevemente. En primer lugar, contaremos con Mario Aymerich, asesor del Director General de proyectos del Banco Europeo de Inversiones, que hará una presentación introductoria sobre las colaboraciones público-privadas, a partir de la cual explicará el caso de la asignación de riesgos en proyectos.

Más tarde, Rafael Pérez, International Operations Director de Aqualia, tratará el proceso de implantación de los servicios de abastecimiento de agua en la región de Caltanissetta, en Sicilia, y el impacto que tuvo la crisis económica de los últimos años en dicho proceso.

Por último, en esta primera parte del bloque, escucharemos la ponencia de Pablo Navarro, abogado del Estado en excedencia y socio responsable de Derecho Administrativo de PwC, que hará una reflexión sobre la posibilidad de hacer un rescate de concesiones.

Miquel Rodríguez Planas

Gerente del Specialist Centre on PPP in Smart and Sustainable Cities

Asignación de riesgos de un proyecto entre los agentes

Mario Aymerich

Asesor del Director General de proyectos, Banco Europeo de Inversiones

Gracias. Buenos días. Supongo que muchos de ustedes ya conocen el Banco Europeo de Inversiones (BEI). A quienes ignoraran su existencia, les diré que se trata de una institución europea creada por el tratado de Roma y que, por lo tanto, está obligada a implantar las políticas y los objetivos que marcan la Comisión, el Consejo y el Parlamento. En este momento, evidentemente, tenemos muchos objetivos, como la mejora del medioambiente o el desarrollo de las redes transeuropeas, entre otros, y las dos grandes prioridades son, por un lado, el crecimiento y el empleo, debido a los efectos de la crisis, y, por otro, el cambio climático.

El BEI es, por tanto, una institución europea, pero, al mismo tiempo, es un banco; es decir, desde el punto de vista financiero, funcionamos como una institución absolutamente independiente. Nosotros tomamos dinero prestado de los mercados internacionales de capitales, analizamos los proyectos que nos piden que financemos y concedemos los préstamos. Obviamente, luego esperamos que nos los devuelvan con un cierto tipo de interés, destinado a cubrir nuestros gastos, pues el BEI es, evidentemente, una institución sin ánimo de lucro y, debido a ello, nuestras condiciones financieras son muy ventajosas.

El BEI ofrece tres grandes bloques de servicios o productos. El primero de ellos son los préstamos. El segundo es lo que llamamos *blending*, es decir, la combinación de nuestros préstamos con fondos europeos (fondos estructurales, fondos de cohesión, etcétera.). Cuando hay un fondo de cohesión que se aplica a un proyecto por parte de la Comisión Europea, nosotros podemos completar dicho fondo con un préstamo nuestro. Éste es un instrumento que se ha utilizado muchísimo en el ámbito de las Administraciones Públicas.

Por último, ofrecemos asesoramiento técnico para el desarrollo o la preparación de los proyectos. Esto es algo relativamente nuevo en el BEI y, aunque llevamos pocos años con ello, ahora contamos con un departamento específico para ayudar a los promotores de los proyectos en el proceso de preparación y, en particular, en el complicado tema de los PPP. Finalmente, desde hace un par de años, gestionamos el fondo EFSI, más conocido como «plan Juncker», del que hablaré más adelante.

En los, aproximadamente, dieciocho años que llevo en el BEI, he participado directa o indirectamente en unos cuatrocientos proyectos, y les puedo decir que el proyecto ideal no existe, o bien es una *rara avis* muy difícil de encontrar. Para nosotros, un proyecto ideal es un proyecto que guarda cierto nivel de calidad en cuanto al proceso de construcción, la puesta en marcha, etcétera. Ésta es una condición *sine qua non* pero, para nosotros, un proyecto bien hecho es aqueél que cumple

en plazos y en costes desde el principio. De todos esos cuatrocientos proyectos, sólo he visto que esta condición se cumpla en un caso. Con lo cual, conforme a nuestra experiencia, tenemos un departamento que hace evaluaciones *ex post* de los proyectos, no sólo cuando éstos se terminan y se ponen en marcha, sino también después de que lleven unos años funcionando. Se trata de un departamento independiente que hace sus propios análisis. Como pueden ver en la Tabla 1, hay infinidad de posibilidades de encontrar problemas en los proyectos. Evidentemente, no es lo mismo llevar a cabo un proyecto en España o Alemania que en Malauí, pues los contextos y los tipos de problemas que pueden surgir son totalmente distintos. Esto es algo a tener en cuenta cada vez que se realiza un análisis de los proyectos y es lo que nosotros llamamos la «fase de instrucción».

Tabla 1. Experiencia del BEI

Ejecución (sobre todo en proyectos públicos)

- Mala o deficiente capacidad de gestión (promotor débil)
- Problemas técnicos en proyectos innovadores (sobre todo de diseño)
- Sobrecostes en fase de construcción y demoras en la ejecución
- Inversiones adicionales en medioambiente (adaptación a las nuevas normas)

Mercado/Marketing (principal problema en proyectos privados)

- Previsiones generalmente optimistas
- Incapacidad de prever cambios y adaptarse al mercado
- Sobreestimación de la capacidad de pago (willingness to pay)
- Exceso de oferta en el mercado o productos no adaptados al mercado
- Problema de impagos

Operación y mantenimiento (generalmente pocos pero, si los hay, problemas complejos)

- Costes de explotación superiores a los previstos, falta de previsión en reposiciones
- Producciones inferiores de algunos productos, demanda inferior a la prevista
- Reservas sobreestimadas
- Sostenibilidad medioambiental
- Falta o escasez de subsidios adecuados

Contexto político y económico

- Crisis políticas, guerras, transición a economía mercado
- No cumplimiento de contratos gubernamentales
- Cambios regulatorios o legislativos o no cumplimiento de la legislación
- Recesión económica
- Fuertes cambios en la paridad de la moneda
- No realización de infraestructuras públicas relacionadas con el proyecto
- Bajas tarifas de los servicios públicos (“quien consume, paga”)

Con esta experiencia, pasaremos al campo de los proyectos PPP. Evidentemente, ustedes saben que los PPP tienen muchas ventajas, pues movilizan capital privado (se supone que el sector privado es más ágil en la gestión que la Administración Pública) y pueden asumir ciertos riesgos, aunque, por otro lado, tienen ciertos inconvenientes (algunos de ellos ya han sido mencionados); por ejemplo, el contexto jurídico-administrativo tiene que estar muy bien elaborado. Como se pueden imaginar, hacer un PPP en ciertos países es absolutamente imposible, ya que no existen ni garantías, ni marco, ni experiencia, ni nada. Por otro lado, el proceso de elaboración de un proyecto de este tipo es complicado porque hay que tener en cuenta muchos aspectos. Por ejemplo, en términos de contexto administrativo, les puedo decir que el mundo latino y el mundo anglosajón son absolutamente distintos, por lo que hay que prestar mucha atención al contexto en el que nos encontramos.

Hemos visto que, aunque, en teoría, los riesgos van a ser transferidos al sector privado, en la práctica, esto no es así, pues muchos de los riesgos se conservan (y se tienen que conservar) en el sector público. Hemos visto grandes errores, que se han producido incluso recientemente en España, donde se ha intentado transferir un riesgo y el concesionario lo ha admitido, pero la concesión ha sido un fracaso total. Por lo tanto, hay que tener mucho cuidado en la preparación de estos proyectos. Sé que esto no es nada extraordinario y supongo que los mensajes que les estoy dando no son ninguna novedad, pero es importante insistir en estos aspectos.

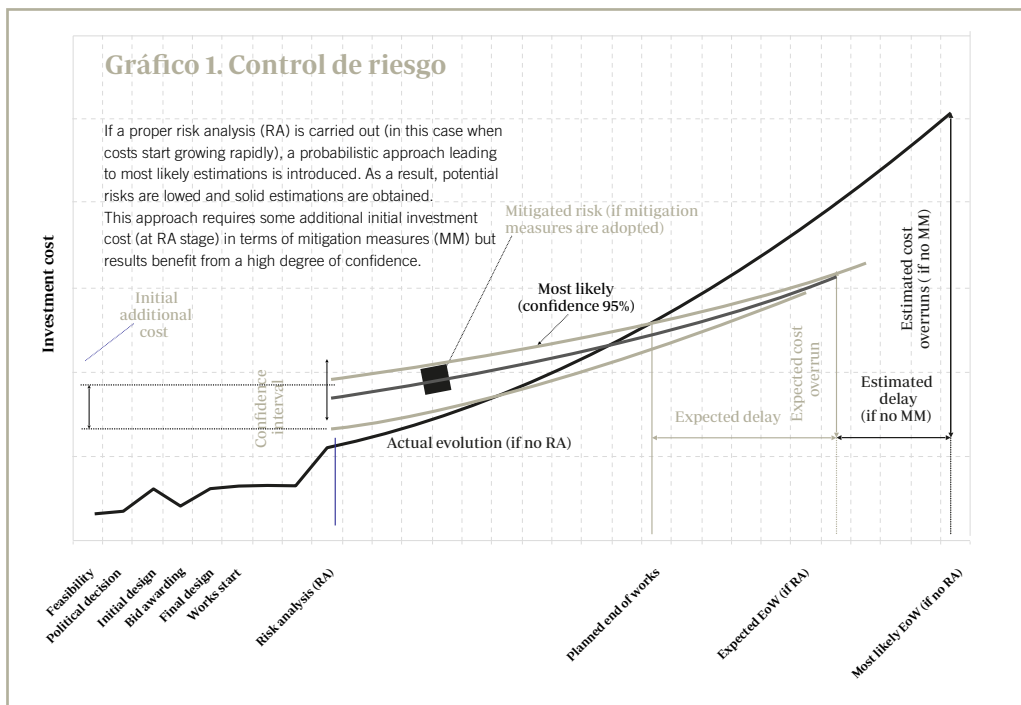
Durante la fase de construcción, nuestras grandes preocupaciones son las demoras, que generan sobrecostes, y los sobrecostes propios del proyecto. Esto ocurre en cualquier proyecto, no sólo en los PPP, aunque hay proyectos en los que estamos viendo demoras de tres, cuatro, cinco y hasta diez años, lo cual es absolutamente inaceptable (o debería serlo) y, en algún caso, esta situación podría obligarnos nosotros a pedir el rescate del préstamo.

Por lo tanto, hay mensajes (algunos de ellos, como digo, ya se han transmitido esta mañana) que apuntan hacia los PPP como un medio muy eficaz. No obstante, es necesario que los dos actores de un proyecto de PPP sean conscientes de que este tipo de colaboraciones constituye un matrimonio a largo plazo, pues los divorcios son desastrosos y altamente costosos. Más tarde hablaremos de los rescates, pero me gustaría mencionar que la mentalidad que tienen que tener tanto el concesionario como la Administración es la de embarcarse en un matrimonio a muy largo plazo y, por ello, es fundamental que haya un buen entendimiento entre las partes, ya que, en caso contrario, los resultados pueden ser catastróficos.

Los PPP no son, en sí mismos, proyectos finalistas; es decir, la inauguración de la planta de tratamiento de residuos (ese momento en el que, todos contentos, nos hacemos la foto) es simplemente el primer paso. Los proyectos se diseñan a muy largo plazo y, por lo tanto, su fin no reside en la fase de construcción. En este sentido, cuando se desarrolla el proyecto, hay que tener en cuenta, como ya he dicho, no sólo la fase de construcción, sino también todos aquellos costes, riesgos y dificultades que éste va a tener a lo largo de toda su vida útil. Con lo cual, muchas veces hemos visto proyectos en los que, por ejemplo, no se han tenido en cuenta los gastos de reposición de forma adecuada. Es decir, los ordenadores no duran los treinta años que dura una concesión, al igual que

muchos otros bienes fungibles, y muchos equipos necesitan ser renovados y rehabilitados. Por lo tanto, todos estos costes se tienen que tener en cuenta cuando se desarrolla el proyecto. En este sentido, como decía antes, el banco puede ayudar en el proceso de elaboración.

Para ello, es absolutamente fundamental llevar a cabo un análisis de los riesgos. Los griegos decían, por ejemplo, que una explosión volcánica se producía por mandato de los dioses. Evidentemente, no podemos controlar todavía las erupciones volcánicas, pero sí podemos controlar un poco los riesgos que éstas pueden comportar y, por lo tanto, establecer medidas de adaptación y de mitigación para minimizar las consecuencias que puedan tener sus efectos. Al igual que en una erupción volcánica, en otros muchos casos, al final, el análisis de riesgos consiste en intentar comprender dónde pueden estar los focos de las dificultades y, por lo tanto, intentar identificar cuáles son las medidas que podemos poner en marcha para evitar que se produzca el problema o, en caso de no ser posible, paliar, al menos, sus efectos.



En el caso del periodo de construcción, la situación habitual es la que representa la curva roja del Gráfico 1. Es decir, se hace una primera estimación del coste del proyecto y de la duración, pero, luego, según va avanzando el proyecto, vemos que las cosas se complican debido a, como decía antes, las dificultades que surgen, y es necesario poner en marcha modificaciones (éste es uno de los vicios españoles) y replantear los plazos. Se le dice a la gente, por ejemplo, que la cárcel

Modelo (Barcelona) va a estar vacía en un plazo de diez años, pero ya llevamos más de treinta esperando a que dichas instalaciones se conviertan en un espacio municipal público.

Tabla 2. Riesgos en proyectos PPP			
Actor	Riesgos en general	Riesgos durante la fase de construcción	Riesgos durante la fase de explotación
Administración (estado, autonomías)	<ul style="list-style-type: none"> • Político • Oposición al proyecto • Fuerza mayor 	<ul style="list-style-type: none"> • Condiciones de la • Concesión • Modificaciones legislativas (fiscales, medio-ambientales) 	<ul style="list-style-type: none"> • No devolución de • Préstamos participativos (si los hay) • Rescate (fallo de la concesión)
Accionistas	<ul style="list-style-type: none"> • Comercial • Construcción 	<ul style="list-style-type: none"> • Capital • Costes de inversión 	<ul style="list-style-type: none"> • Demanda → resultados • Operativos • Implicaciones fiscales • Bancarrota
Bancos	<ul style="list-style-type: none"> • Financiero • Construcción • Comercial 	<ul style="list-style-type: none"> • Deuda 	<ul style="list-style-type: none"> • Impago de la deuda • Refinanciación • Bancarrota
Operador	<ul style="list-style-type: none"> • Ejecución • Explotación 	<ul style="list-style-type: none"> • Terminación fallida • Retrasos • Costes adicionales • Técnico • Trabas diversas (ONGs, expropiaciones) 	<ul style="list-style-type: none"> • Experiencia suficiente • Sanciones o sustitución • Costes de operación y mantenimiento • Obsolescencia tecnológica
Garantizadores	<ul style="list-style-type: none"> • Político • Comercial 	<ul style="list-style-type: none"> • Ejecución fallida 	<ul style="list-style-type: none"> • Ingresos por debajo de las previsiones
Compañías aseguradoras	<ul style="list-style-type: none"> • Político • Fuerza mayor • Pérdidas operativas • Responsabilidad civil • Accidentes 	<ul style="list-style-type: none"> • Cobertura de los posibles retrasos en la construcción • (Otros riesgos deben ser asegurados por el constructor / suministrador) 	<ul style="list-style-type: none"> • Lucro cesante • (Otros riesgos deben ser asegurados por el responsable de la operación / conservación)
Constructor, suministrador	<ul style="list-style-type: none"> • Construcción • Técnico • Tecnológico 	<ul style="list-style-type: none"> • Fecha de entrega • Precio cerrado • Llave en mano 	<ul style="list-style-type: none"> • Garantía de obra • Defectos latentes
Clientes	<ul style="list-style-type: none"> • Oferta de servicios • Precios / tarifas 	<ul style="list-style-type: none"> • Demora en la prestación de servicios • Molestias / perjuicios 	<ul style="list-style-type: none"> • Mala calidad de los servicios

Por lo tanto, el análisis de riesgos intenta acortar el proceso del proyecto en sí mismo y analizar cuáles son los riesgos y las dificultades, en tiempo real y constantemente, para intentar minimizar los sobrecostos y los plazos de ejecución. Este es el concepto general del análisis de riesgos. En el caso de los PPP, hay muchísimos riesgos posibles, como pueden ver. En la Tabla 2 se muestran muchos de estos riesgos, aunque no todos, pues hay más. Tal como ha dicho el señor Forcadell, cada proyecto es individual y necesita un análisis específico, por lo que no podemos tratar todos los proyectos de la misma forma.

Tal como ven, hay muchos actores posibles implicados en un PPP: los bancos, los promotores, los accionistas, el operador... Otro de los defectos que hemos visto en muchos casos de PPP en España es que quien hace la oferta, es decir, el promotor del proyecto, es una constructora, la cual se termina olvidando de la operación. Y, por otro lado, ha habido movimientos de socios en distintas concesiones, debido a que, durante la fase de construcción del proyecto, el constructor sí que tiene mentalidad finalista, pero, luego, durante la operación, ya falla en este tema. Por lo tanto, es necesario que ambas partes estén involucradas en la gestión del proyecto desde el principio del todo. Evidentemente, también están los bancos, las compañías de seguros, etcétera, con lo cual, tenemos una panoplia de distintas fuentes de riesgo que hay que analizar, como decía antes, en la fase de preparación del proyecto.

Se me ha pedido, además, que hable de algunos proyectos concretos: en principio, los relacionados con edificios. Como saben, hay proyectos en el ámbito de las aguas, en el de las carreteras... en definitiva, en muchísimos ámbitos, y a mí se me pidió que diera algunos ejemplos de experiencias que hayamos tenido en proyectos relacionados con edificios.

Tabla 3. La Ciudad de la justicia

Condiciones básicas para el concesionario

- Respetar la urbanización de la zona y los accesos al recinto
- Respetar las superficies estimadas inicialmente por la administración
- Cumplir con la normativa de cercanía a un aeropuerto
- Prever ampliaciones en función de la demanda

Obligaciones del concedente

- Pagar según las tarifas acordadas en la oferta
- Proveer el suelo y todos los permisos de construcción
- Arqueología
- Supervisar la calidad de las prestaciones durante la operación

Obligaciones del concesionario

- Limpieza interior y exterior de los edificios y el recinto, gestión de residuos, gestión de los estacionamientos
- Seguridad y vigilancia, gestión del correo e información al público
- Custodia y archivo de la documentación generada por los juzgados

Riesgos para el concesionario

- Fijación de la tarifa y mecanismo de pago en la oferta
- Gestión de las áreas comerciales

El primero de ellos es una ciudad de la justicia. En la Tabla 3, pueden ver cuáles son, básicamente, las obligaciones del concesionario y del concedente. La ciudad de la justicia es un conjunto de edificios que, en el caso de las grandes ciudades, muchos miles de personas utilizan a diario y que tiene unos usuarios con unas características muy distintas, es decir: por un lado, están los jueces y los fiscales; por otro, los abogados; por otro, el público en general; y, finalmente, los detenidos, a quienes hay que tener también en cuenta. Por tanto, la gestión de los movimientos de todo este tipo de personas resulta bastante complicada, y, además de lo mencionado, hay servicios de tipo comercial (cafeterías, etcétera). El concesionario es el encargado de gestionar todo lo mencionado, y, en este caso, además, se le pidió que, además del mantenimiento, la limpieza y la gestión de los residuos de todo el conjunto, asumiera la gestión del archivo. Como pueden imaginar, en el caso de una gran ciudad como Barcelona, Madrid o Belgrado, donde hicimos también un proyecto de este tipo, la generación de papeles y documentos es enorme y, por tanto, la gestión del archivo es un elemento de gran importancia.

Por ello, cuando el concesionario hace la oferta, se le pide que fije una tarifa, la cual debe tener en cuenta toda una serie de criterios por los que éste va a ser evaluado. Por un lado, están los costes de construcción, pero, por otro, como he dicho, están los costes de operación y de mantenimiento a lo largo de toda la vida del proyecto. Por lo tanto, el análisis de la tarifa y de los criterios por los que ésta se va a pagar es muy importante; es decir: ¿cómo se mide la limpieza? ¿Por el número de papeleras que están llenas? ¿Cómo se miden las colas que hace la gente para entrar a través de los arcos de seguridad? ¿Cómo se miden todas estas cosas?

Por lo tanto, hay que establecer unos criterios que ayuden a fijar cómo se va a pagar al concesionario, es decir, lo que los británicos llaman «mecanismo de pago», que tiene que tener todos estos componentes. No obstante, la forma de evaluar y de cuantificar dichos elementos tiene que ser, por un lado, rigurosa, pero, por otro lado, no excesivamente compleja, ya que, en caso contrario, da lugar a discusiones, negociaciones, etcétera, que hay que gestionar.

En otro caso, se le pidió al concesionario que construyera catorce centros de asistencia médica primaria en distintos lugares del país. Por lo tanto, aquí el riesgo de construcción era importante, y la forma de mitigarlo fue que las constructoras firmaran contratos «llave en mano». Ésta es una forma que tiene el concesionario de mitigar su riesgo, aunque hay otros elementos. Los riesgos de operación y mantenimiento se mitigaron, aquí, a través de subcontratos con empresas especializadas; es decir, no es necesario que el concesionario se encargue de todo, sino que basta con que tenga suficiente visión como para hacer el *outsourcing* de los servicios especializados en cada caso.

Un problema importante en este tipo de proyectos es el deterioro de las instalaciones, el cual, como decía antes, hay que prever durante toda la vida útil del proyecto, pues va a ser necesario reponer sillas, mesas o cualquier otro tipo de elementos. El contrato anteriormente mencionado no implica la fase de operación, pues, evidentemente, ésta queda a cargo del director médico o de la Administración médica del sistema. Por lo tanto, tiene que haber una buena relación entre el concesionario del edificio y su mantenimiento con el responsable de los servicios médicos, lo que, en algunos casos, no es del todo sencillo, y ya hemos visto problemas en este sentido.

De nuevo, las tarifas tienen que ser suficientes para asegurar el pago de la deuda a los bancos, lo que constituye un factor clave en todos los proyectos de PPP. Por lo tanto, como decía antes, la tarifa que se estructura a través de distintos componentes debe tener, al menos, un riesgo cero basado en que ésta permita el repago de la deuda, pues, en caso contrario, los bancos tampoco van a aceptar financiar un proyecto de este tipo.

Un elemento que se tuvo muy en cuenta en este caso fue la posible rescisión del contrato, es decir, la rescisión del rescate. De hecho, prever cómo se va a hacer ése rescate desde el principio no está mal y, la verdad, es algo que casi nunca se tiene en cuenta, lo que genera, evidentemente, muchos problemas. Por tanto, en este caso ya se previó la figura de un experto independiente que pudiera realizar la tasación de los bienes. En este caso, el derecho que regía era la legislación anglosajona y, como saben, en este sistema, hacer cualquier cambio en un contrato es prácticamente imposible, por lo que se analiza muy bien todo este tipo de detalles y elementos que pueden dar lugar a discusiones o negociaciones a lo largo del proceso de concesión.

El tercer ejemplo tiene que ver con la construcción de una serie de escuelas primarias y guarderías asociadas a éstas. Hay ciertos países que crean pequeños campus donde los niños que empiezan en la guardería pasan inmediatamente después a la escuela primaria. Se trata de un modelo educativo y, en este caso, sí se incluía la fase de operación, aunque, evidentemente, la parte educativa estaba en manos de los profesores o del claustro, etcétera.

En este caso, el problema era que la construcción de los nueve pequeños campus debía realizarse de manera espaciada en el tiempo hasta el año 2023, a diferencia del proyecto anterior, en el que los catorce centros tenían que construirse inmediatamente. Esto entrañaba ciertos riesgos de indeterminación en el programa. Por lo tanto, era muy complicado, en este caso, establecer una estructura financiera, ya que, evidentemente, no se iba a desembolsar el cien por cien del préstamo cuando, a lo mejor, sólo el 30% del proyecto se iba a construir inmediatamente, mientras que el resto se dejaría para después de tres o cinco años; con lo cual, se trataba de un proyecto donde el riesgo estaba precisamente en el programa, en el calendario de ejecución del proyecto.

Los bancos tuvieron muchas dudas porque, a lo largo de cinco años, pueden cambiar las circunstancias políticas, los presupuestos de la Administración e, incluso, la evolución demográfica, y, a lo mejor, llegado el momento, ya no hace falta construir todos los centros. Con toda esta nebulosa de incertidumbres, se nos pidió, de todas formas, que financiáramos el proyecto, ya que el contrato de financiación del BEI tiene toda una serie de condiciones que recogen muchos de estos aspectos. La pregunta es, entonces: ¿por qué se ha financiado el proyecto si se ha previsto toda esa nebulosa de incertidumbres? Por un lado, el BEI tiene una confianza muy grande en este promotor, pues llevamos financiando proyectos de vivienda social desde hace muchísimos años y siempre han sido un éxito, y, por otro lado, el tema de la educación es una de las prioridades de la Unión Europea, y, por lo tanto, la tenemos que apoyar de una forma u otra, aunque entendamos que esto implica ciertos riesgos. En resumen, ¿qué hemos aprendido de la financiación de proyectos relacionados con edificios, que(puede tratarse, como hemos visto, de conjuntos de edificios o de edificios individuales)?

En este tipo de proyectos, actualmente, otra de las prioridades de la Unión Europea es la eficiencia energética. Por lo tanto, el respeto del medioambiente y la eficiencia energética de las instalaciones es un elemento importante a tener en cuenta. Haciendo un inciso o un paréntesis, me gustaría aclarar que hemos hecho un proyecto con la Diputación de Barcelona para mejorar la eficiencia energética de los edificios públicos en toda la provincia, aunque no se trataba de un PPP. No obstante, es uno de los contactos que hemos tenido con esta institución. Tal como decía anteriormente, los criterios para medir hasta qué punto se están cumpliendo las condiciones del contrato pueden ser exhaustivos, pero tienen que ser justos y estar bien definidos. De otro modo, se producen problemas de conflictos y hay que establecer también un mecanismo para resolverlos. No hay que llegar siempre a los tribunales, pues, como bien es sabido, los procesos pueden llegar a eternizarse. Las penalizaciones tienen que ser justas, hay que establecer un procedimiento sencillo y equitativo para las discrepancias, etcétera.

En definitiva, los PPP son un buen instrumento. Se han utilizado de forma exitosa en muchísimos casos, aunque también ha habido grandes fracasos. Por ejemplo, en el caso de los proyectos de servicio público, como los proyectos de transporte urbano (los cuales conozco muy en detalle), será necesaria una cierta subvención por parte de la Administración, ya que las tarifas son totalmente políticas y no llegan a cubrir ni siquiera la operación y el mantenimiento de las redes de transporte. Esto es algo de lo que la Administración tiene que ser consciente a la hora de lanzar un proyecto de PPP, ya que, si se mantiene una tarifa muy baja, será necesario aportar una subvención durante toda la vida del proyecto. Por lo tanto, como decía al principio, los PPP son una colaboración a largo plazo, y dicha colaboración no se queda simplemente en un contrato. Precisamente a esto se refiere el dibujo aportado por nuestros amigos del Banco Mundial mostrado en la Imagen 1: no se puede permitir que la barca se hunda sólo por un lado, porque, si termina de hundirse, arrastrará a todas partes.



Para finalizar, les recuerdo que el BEI cuenta con un servicio de asistencia técnica, dentro del que se encuentra el *advisory hub*. Tenemos un departamento especializado en proyectos de PPP, el EPEC (European PPP Expertise Centre), cuyas funciones no quedan limitadas a conocer qué pasa en el mercado o cuáles son, por ejemplo, los criterios de Eurostat para definir cuándo se trata realmente de un *project finance* o de una concesión, etcétera, es decir, a tener toda una base bibliográfica del mundo de los PPP, pues también puede ayudar a las Administraciones Públicas que lo requieran a desarrollar y elaborar contratos de PPP.

Por lo tanto, para resolver cualquier duda, puede consultarse la web del BEI (en el apartado «EFSI» se encuentra la sección de asistencia técnica), donde hay información de todo tipo sobre los proyectos que financiamos y sobre todos los servicios que ofrecemos. Si no hay ninguna pregunta, terminamos aquí. Muchas gracias por su atención.

Concesiones de agua: cómo adaptarse a una realidad cambiante en entornos desfavorables. El caso de Caltanissetta (Sicilia, Italia)

Rafael Pérez Feito

International Operations Director, FCC Aqualia

Rafael Pérez Feito: Buenos días. Me gustaría agradecer al Centro PPP for Cities, al IESE y a la Diputación de Barcelona la oportunidad que nos han dado de estar en esta I Jornada sobre Gestión Pública. Consideramos, como integrantes del sector privado, que este tipo de debates es fundamental. Especialmente en los tiempos políticos actuales, no sólo es muy conveniente debatir desde el punto de vista ideológico, sino también teniendo en cuenta aspectos técnicos y económicos. Estos debates en los que compartimos experiencias y opiniones son, y serán, cada vez más importantes. Por lo tanto, estoy encantado de estar aquí.

Les voy a presentar un caso práctico. Se trata de un caso bastante extremo, pero yo creo que, para ilustrar determinadas ideas, los casos extremos a veces son los más útiles. Probablemente, algunas de las cosas que veamos aquí nunca ocurrirían en nuestro país.

Me gustaría comenzar con una pequeña presentación acerca de quiénes somos, para aquellos que no nos conozcan. Básicamente, Aqualia es la empresa de agua perteneciente al grupo FCC (Fomento de Construcciones y Contratas) y proveemos servicios de abastecimiento, saneamiento y depuración de aguas residuales a ciudades, generalmente, bajo el modelo concesional. Esta es nuestra principal actividad, aunque cada vez están cobrando mayor importancia otras como el diseño y la construcción de la infraestructura hidráulica, así como la operación y el mantenimiento de determinadas infraestructuras hidráulicas singulares por cuestiones de tamaño o de complejidad. Aqualia, nació hace, aproximadamente, 30 años y, en este momento, ya operamos en 22 países y en torno a 1.100 municipios. Con lo cual, considero que tenemos un *track record* con un cierto grado de experiencia basado en el conocimiento de distintos casos complejos, que se adaptan a la realidad de cada cliente, de cada servicio y de cada municipio, lo que es absolutamente fundamental. Al mismo tiempo que somos una empresa global, trabajamos como una empresa absolutamente local, como si fuéramos una empresa del municipio. Eso es lo que tratamos de hacer en el servicio que prestamos a más de 23 millones de personas en todo el mundo.

Una vez presentada la empresa, me gustaría dar también mi opinión acerca de los PPP. No voy a profundizar en esto, ya que me pidieron que me centrara en un caso en particular. De todos modos, me lo han puesto muy fácil mis predecesores. Como han señalado, los PPP son una herramienta útil, ni buena ni mala por sí misma, que puede funcionar o no, así que, para dar una visión lo más neutral posible, voy a mostrar tres casos de fracasos estrepitosos: el aeropuerto de Castellón, las radiales de peaje de Madrid y el caso de Aguas del Tunari en Cochabamba. En nuestra opinión, estos casos no invalidan el modelo, simplemente se trata de ejemplos de una concesión mal diseñada y peor implementada.

En términos estadísticos, tenemos una serie de casos muy llamativos, que, como se ha mencionado antes, a veces, colocan el modelo en el centro de la diana, aunque, sin embargo, la muestra de casos en los que las concesiones han funcionado es infinitamente más amplia. En el Gráfico 2, pueden observarse en el mapa algunas de las concesiones que tenemos en vigor en la práctica totalidad de la geografía española. En este momento, no recuerdo que haya habido ningún rescate, jurídicamente hablando, dentro de esta muestra de mil concesiones. Aquí, hablo, evidentemente, de «rescate» en el sentido jurídico del término; es decir, con estos datos me refiero a «rescates» y no a «recuperaciones», pues hay una gran diferencia entre ambos, ya que no es lo mismo prorrogar una concesión que termina, que rescatarla.

Gráfico 2. Mayoría de concesiones de FCC Aqualia



Gráfico 3. El mercado del agua en España



Es obvio que no todo el mundo piensa de la misma forma y hay un debate que se ha avivado mucho en los últimos tres o cuatro años acerca de si las concesiones son una herramienta válida o no. Todas las opiniones son absolutamente respetables y pertenecen a agentes y actores del sector, con una cualificación y una formación fuera de toda duda. Hay casos de universidades, partidos políticos y asociaciones de sindicatos, entre otras organizaciones, que no consideran, quizá desde el punto de vista ideológico, que un PPP y el agua sean algo que deba mezclarse.

No obstante, también es justo señalar que, por otro lado, también en estos últimos años, ha aumentado enormemente el número de instituciones y organismos que se han mostrado abiertamente a favor de los PPP. Organismos tan relevantes como el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo o el Banco Africano de Desarrollo se están posicionando a favor de los PPP, así como varias ONG. Asimismo, la ONU está creando centros de PPP, y la AECID ha realizado un Protocolo para la Gestión de Alianza Público Privadas. Por lo tanto, considero que toda opinión es válida, pero, a efectos del debate de hoy, quizá sea mejor dejar de lado esta discusión, que puede más bien conducirnos a debatir sobre aspectos ideológicos en lugar de sobre lo que nos ha traído aquí.

Una concesión para funcionar debe ser sostenible. No entraré tampoco mucho en detalle, pero, evidentemente, hoy las concesiones son herramientas que deben tener en cuenta muchos más factores que hace diez o quince años, pues se trata de factores económicos, ambientales y, hoy más que nunca, sociales. Sólo si estos tres factores se tienen en cuenta en conjunto, una concesión, que es inevitablemente un contrato a largo o a medio-largo plazo, tendrá posibilidades de salir adelante.

A continuación, pasaré directamente a explicar tanto los cambios como las adaptaciones a dichos cambios a través del concepto de «flexibilidad». Una concesión tiene que estar diseñada para evitar que haya cambios contractuales y para incluir mecanismos flexibles de adaptación a cambios que van a ocurrir con certeza. En treinta años, es imposible que todo ocurra tal como se había previsto y no puede conseguirse que todo el funcionamiento de una concesión se adapte de manera automática y matemática a la totalidad de los cambios que puedan ocurrir, ni siquiera haciendo uso de mecanismos diseñados con gran sofisticación. Por lo tanto, creo que hoy repetiré la palabra «flexibilidad» en numerosas ocasiones a lo largo de esta presentación. Esta «flexibilidad» no hace referencia a retorcer el marco legal o a cambiar las reglas del juego para favorecer a una de las partes, sino que debe entenderse dentro de la legalidad y del marco contractual pactado al inicio de la concesión; se trata de tener un enfoque flexible de adaptación a una realidad que es inevitablemente cambiante, por el bien de todas las partes involucradas en esta relación a largo plazo.

Las concesiones o los PPP pueden ser en términos generales flexibles. Los cambios que hemos observado en 1.100 concesiones, en distintos países, son de todo tipo. Hemos visto revoluciones sociales y políticas, como en el caso de Egipto; grandes variaciones de los tipos de cambio; modificaciones radicales de la normativa de regulación; la crisis financiera mundial, que ha impactado de lleno en muchas concesiones; problemas en la fase de construcción, que también se han mencionado antes; etcétera. Con lo cual, en una relación a largo plazo podrán producirse cambios de todo tipo. Los mecanismos de los PPP también deben ser flexibles, puesto que, aunque cuentan

con un elevado nivel de complejidad, no son infalibles. Estos mecanismos pueden ser tan complejos como uno quiera y pueden llegar a escribirse auténticas tesis doctorales de econometría y de matemáticas para tratar de adaptarse automáticamente en casos como los mecanismos tarifarios, compensatorios, resarcitorios, de penalizaciones... Sin embargo, las matemáticas nunca van a ser capaces de reproducir todos los cambios que se pueden llegar a dar ni de encontrar un equilibrio justo (sí no perfecto).

Por citar una fuente que considero autorizada (cuando hablamos de cambios, parece que éstos siempre favorecen a uno de los agentes o actores que participan en el proyecto), creo que la ONU ha tomado una posición clara y asume el cambio y la flexibilidad como algo absolutamente natural. En 2008, la Comisión Económica de Naciones Unidas para Europa en su *Guidebook on Promoting Good Governance in Public-Private Partnerships* apuntaba: *“Governments can change the conditions of the agreement because of the long duration of projects. Yet, it is important before the change is made, that the private partners are fully consulted.”*

Incluso, señala que, antes del cambio, se debe consultar a las dos partes, aunque no debemos dar por supuesto que esto haya sido siempre así.

¿Cómo se consigue flexibilidad? No entraré en detalle por cuestiones de tiempo y, también, porque ya se ha mencionado algo en las presentaciones anteriores, pero es fundamental que la flexibilidad se tenga en cuenta desde el momento en que se diseña la licitación. Si la licitación y el marco contractual no están apropiadamente diseñados, probablemente eso genere unas rigideces y unas imposibilidades que, a la hora de encontrarnos con una realidad posterior, impidan que haya una adaptación. Para ello, ¿qué es aconsejable tener en cuenta? Hay que contar con asesores solventes que estén acostumbrados a este tipo de marcos contractuales y tener en cuenta aspectos de distribución de riesgos (como ya se ha dicho) y mecanismos ágiles y rápidos de resolución de disputas y de cálculos tarifarios. Hay que tener en cuenta el máximo número de factores del modo más amplio posible, pues la vida y la realidad superan infinitamente cualquier previsión.

Obviamente, esto se aplica también a la fase operativa, que quizá sea la más compleja de todas. Hay que tener flexibilidad y capacidad de cambio cuando ya se ha echado a andar, siempre, evidentemente, bajo el ojo fiscalizador de la opinión pública y de los órganos de Gobierno, que deben monitorizar este tipo de relaciones contractuales. ¿Qué tipo de actuaciones o de elementos se pueden recomendar? Deben emplearse mecanismos tarifarios, como las indexaciones. Se debe medir, además, el desempeño del operador de manera objetiva mediante indicadores de desempeño y deben tenerse también en cuenta aspectos sociales, ya que, según se va andando, puede que las condiciones cambien y haya que adaptarse. Por último, hay que mantener siempre una actitud abierta de negociación y de responsabilidad, puesto que los PPP, como hemos mencionado, normalmente se refieren a servicios básicos de la ciudadanía.

A continuación, detallo, sin más dilación, el caso práctico que me habían pedido mostrar aquí hoy: el caso de Caltanissetta. Caltanissetta es una provincia en el centro de la región de Sicilia en la que se firmó una concesión de 30 años para prestar servicio de abastecimiento y saneamiento

de agua a aproximadamente 270.000 habitantes de la zona, a la que concurrimos en el año 2006 como miembros de un consorcio con socios italianos. La provincia está formada por 22 municipios y nuestra contraparte contractual sería el equivalente italiano a la diputación, ya que la provincia es el organismo gestor y tiene las atribuciones de la prestación de servicios de agua desde 1994, tras la reforma legislativa que dio lugar a la llamada «ley Galli». Voy a hablar, concretamente, de siete sucesos o cambios que hemos disfrutado o sufrido, según se vea, a lo largo de los diez años de concesión que llevamos actualmente (de 2006 a 2016).

En primer lugar, antes de comenzar, hubo un primer cambio tras la década de los noventa. En esa década, el mercado italiano suscitó un interés muy importante por parte de los operadores privados a raíz de la introducción de la ley Galli en 1994, ya que constituía un mercado de casi sesenta millones de habitantes con una participación del sector privado extremadamente pequeña y que, a raíz de la reforma legislativa, iba a pasar por un proceso de concentración y consolidación, con una nueva legislación razonablemente previsible. Por lo tanto, Italia despertó el interés tanto de grandes empresas internacionales como de grandes actores italianos que, progresivamente, uno después de otro, fueron abandonando el mercado aproximadamente diez años después. El interés inicial fue decayendo conforme se fue conociendo la situación real, en la que las tarifas eran insostenibles; los planes de inversiones, inabordables; la legislación, ni tan objetiva, ni tan predecible como se esperaba; y la Administración también había atravesado ciertos cambios. Aquí, he puesto un ejemplo de cómo las licitaciones se iban quedando, si no desiertas, prácticamente con una o dos ofertas, algo casi impensable a día de hoy.

Por lo tanto, el mercado italiano, poco a poco, decayó. En ese contexto, en el año 2006, la Administración Provincial de Caltanissetta decide intentarlo y organiza una licitación, una concesión a treinta años, para la prestación del servicio, que queda desierta en dos convocatorias. Éste es uno de esos extraordinarios casos en los que una Administración Pública rediseña por completo la licitación de una manera extremadamente proactiva, pragmática e inteligente. Según nuestra opinión, analizaron qué había ocurrido y se dieron cuenta de que, evidentemente, los incentivos para que el sector privado participara no eran suficientes.

Por lo tanto, se introdujeron cuatro elementos, entre los que se contaba un subsidio tarifario durante seis años, es decir, por un período de tiempo limitado (que, en nuestra opinión, es como deben ser los subsidios), para ayudar a arrancar en una situación social en la que un aumento brusco de las tarifas habría producido tensiones y problemas, lógicamente, entre la ciudadanía. También se dieron cuenta de que el plan de inversiones que necesitaba dicha concesión, 250 millones de euros, era inasumible por una sola parte. Por lo tanto, junto con la región siciliana, que haría las veces de Comunidad Autónoma en nuestro caso, deciden cofinanciar la totalidad del plan de inversiones, quedando cada parte a cargo del 50%.

Por último, rediseñaron la concesión para que no fuera sólo una concesión de servicios, sino también de ejecución, como se denomina allí, *in house*, del plan de inversiones. Por lo tanto, el propio adjudicatario, el propio consorcio, ejecutaría todas las obras asociadas a dicho plan de inversiones, generando, si todo iba bien, un beneficio, un retorno de accionista, adicional al de la propia pres-

tación de servicios. En ese caso, la licitación no quedó desierta: se presentaron tres consorcios y ganó el nuestro. Hemos podido ver, por tanto, un primer cambio que la propia Administración sufrió en la fase de licitación y que supo gestionar de una manera extremadamente acertada y considero que podría servir como ejemplo en muchos otros casos.

Un segundo cambio se dio en la información de partida. He elegido intencionadamente las fotografías de la Imagen 2, pues muestran muy bonita la ciudad de Caltanissetta (parece, incluso, Roma). Muchas veces presento esta imagen idílica para dar una idea de la situación, ya que, cuando el sector privado se acerca a una oportunidad, tiene una posibilidad de estudio limitada. Incluso, a veces, sin mayor intención por un lado ni por otro, la propia Administración tiene un conocimiento limitado de una realidad tan compleja como puede ser la de las redes de distribución y saneamiento y la depuración. Por lo tanto, no pretendo en absoluto señalar a nadie ni a ninguna de las partes, pero la realidad es que muchas veces, nos encontramos con unas instalaciones e infraestructuras muy deterioradas, insuficientes y en muchos de los casos inadecuadas como puede observarse en la Imagen 3. Esta fue la Caltanissetta con la que nos encontramos.

Imagen 2



Imagen 3



Por lo tanto, cuando te encuentras con la realidad tienes dos opciones: adaptarte o marcharte. Nuestra vocación nunca ha sido la de marcharnos, sino la de tratar de continuar con un proyecto que se ha iniciado conjuntamente. Llevamos a cabo una aceleración tremenda de lo que denominamos planes directores o planes de diagnóstico del territorio, en un territorio, insisto, amplio (22 municipios, 270.000 habitantes), aun asumiendo pérdidas económicas. No obstante, decidimos apostar por el proyecto, seguir adelante y sentarnos a negociar con la diputación de Caltanissetta, o, como se denomina allí, el ATO (*ambito territoriale ottimale* o ámbito territorial óptimo) de Caltanissetta. No fue posible llegar a un pacto, pues, a pesar de que convocamos reuniones de todo tipo (mesas de negociación...), no logramos ponernos de acuerdo ni en los importes, ni en las razones, ni en las soluciones.

Seguimos con una segunda fase, ya que, el tiempo pasaba y la economía y las finanzas no perdonan. Esta sería una fase de economía de crisis: buscamos el máximo de eficiencias posibles; llegamos a tener que hacer, durante un periodo de aproximadamente tres años, un ERE temporal entre los empleados, sin despidos, pero con una reducción de entre el 10 y el 20% de la jornada de trabajo; y tuvimos que optimizar todos los aspectos aunque siempre tratando (creo que lo conseguimos) de prestar el servicio, un servicio básico, que es algo que en ningún caso puede comprometerse.

En relación a la Administración, señalaré que de una manera leal y transparente, invocamos conjuntamente el artículo 40 de nuestra concesión, que hacía referencia al arbitraje, y comenzamos uno que ha durado, aproximadamente, dos años y que se ha desarrollado de forma modélica, sin mayores trabas, habiéndonos sometido a un colegio arbitral en Roma.

Otro cambio considerable se dio en la financiación. Evidentemente, un plan de inversiones de este tipo se estructuró con un *project finance* a largo plazo, sin recurso, en el cual la garantía de la financiación era el propio proyecto. Estamos hablando de los años 2007 y 2008, cuando la crisis todavía no era una realidad; con lo cual, comenzamos a hacer una *due diligence* con BNL y con BBV, tratamos con diversos consultores y estuvimos seis meses trabajando.

En esta situación, llegó la crisis y seguíamos sin financiación. Se nos exigió de vuelta el crédito puente de 18 millones de euros a un año que se habían empleado en el arranque de la concesión y en las primeras inversiones por parte del sector privado. La concesión pasó a pertenecer en un 98,5% a Aqualia, tras las sucesivas diluciones de los socios italianos. Esta fue, por lo tanto, otra muestra de un gran cambio. Ya he dicho que se trata de un caso extremo, pero, aunque pueda no ocurrir ahora o no volver a ocurrir nunca, yo creo que ilustra bien que un PPP puede llegar a tener mucha resiliencia.

Centrémonos ahora en un aspecto quizá menos controlable: los cambios legislativos y regulatorios. Por si fuera poco, en Italia cambió también toda la regulación. Contábamos con una única fórmula tarifaria muy clara: la «C» significaba «costes»; la «A», amortizaciones; y la «R», «remuneración del capital privado invertido». Sin embargo, en aquel momento se estaba librando una batalla política a nivel nacional: era la época de Berlusconi y de Prodi y se dirimieron ciertas diferencias políticas a golpe de referéndum. En concreto, para resolver el debate ideológico del sector privado, se convocó un referéndum para decidir si se eliminaba –hay que tener en cuenta que en Italia los referéndums son derogatorios, es decir, que nunca pueden legislar, sino sólo derogar partes de la regulación– de la ley la siguiente frase: «la tarifa tiene remuneración del capital». Dicho referéndum también incluía tres preguntas relativas a las nucleares, el funcionamiento de determinados procesos judiciales y algunos aspectos de las empresas públicas de servicios.

Cuando los referéndums son complejos, los resultados suelen ser interesantes; en este caso, el 95% votó «sí» a todas las cuestiones planteadas. Por lo tanto, se suprimió la frase de la legislación y, como consecuencia, la Administración se encuentra con una situación en la que todo un sector tiene que invertir billones de euros y no se puede contemplar por ley la remuneración del capital privado. Por tanto, se habla de que se ha producido un auténtico terremoto en el sector del agua y de que en Sicilia habrá problemas por partida doble.

Hay quienes interpretan el referéndum como que hay que el agua debe ser gestionada siempre por empresas públicas, mientras que otros entienden que hay que rescindir los contratos donde el sector privado participa. La Administración italiana, de nuevo, debe adaptarse a un cambio y crea un regulador nacional y establece un nuevo método tarifario que, inevitablemente, no puede contemplar la remuneración del capital privado. El método se publica en 2012 y se atribuyen las

competencias sobre el agua al regulador situado en Milán que ya se encargaba de la energía y del gas. Un encargo difícil ya que debían gestionar cerca de ochocientos municipios. El regulador, que cuenta con una amplia experiencia, se pone manos a la obra y crea un nuevo método tarifario más sofisticado y avanzado, que ya no es una simple fórmula. Por tanto, no puede negarse la capacidad de adaptación.

En cualquier caso, considero que el regulador nacional ha hecho un trabajo excelente. También es cierto que la nueva regulación eliminó el ciclo político de la negociación tarifaria, siendo esto muy importante, ya que se centraliza en un ente único y neutral. Y una vez que se profundiza, ha elaborado un método que creemos que es bastante objetivo. Evidentemente, teniendo en cuenta que el sector privado reacciona ante los incentivos, a día de hoy se espera que se produzca un renacimiento del sector privado del agua en Italia.

Otro cambio interesante es que desaparece la contraparte, es decir, desaparecen las diputaciones; o, más bien, se aprueba una ley en la que van perdiendo competencias poco a poco. Se trata de las provincias. Quizá estoy haciendo una analogía demasiado simple, pero, para que nos entendamos, se trata del ámbito supramunicipal de la estructuración italiana. Al surgir esta nueva ley, vuelve a reinar la confusión: ayer había provincias, pero hoy ya no existen, y los municipios no saben si cuentan o no con un organismo que se encargue de regular los servicios básicos. Y, entre tanto, liquidan el ATO, lo que supone un cambio más que el PPP tiene que estar preparado para asumir.

Finalmente, es probable que las provincias no desaparezcan, porque el día 4 de diciembre se celebra otro referéndum que, nuevamente, se ha interpretado como una discusión política, pues el partido de Gobierno considera que, en caso de ganarlo, quedará reafirmada su posición, una posición que lo legitimará. Por tanto, se votará dentro de uno o dos meses, aproximadamente, en referencia a las nueve preguntas sobre las provincias, la reforma del Senado y sobre el nombramiento del presidente de la República.

No hay forma de resolver este asunto o, al menos, yo no puedo sugerir propuestas de adaptación. Si se plantea alguna propuesta, estaremos encantados de oírla, pero, para un cambio de este tipo, no podemos aportar mucho. No hay que olvidar que en treinta años pueden ocurrir muchas cosas en relación con los gestores públicos, los ciclos políticos y los ciclos de los mandatos y, en este sentido, muchas veces se producen cambios de gestor público en las concesiones. En este caso, tienen que votar veintidós municipios en cinco fechas distintas de elecciones. A diferencia de lo que ocurre aquí en España –donde hay una fecha para las elecciones municipales, generalmente otra para las comunidades y una para elegir al Gobierno central–, en este caso no hay una fecha única, por lo que, teniendo en cuenta que hay veintidós municipios, nos podemos hacer una idea de la complejidad que supone tratar con tu contraparte (el ATO) cuando sus accionistas (los municipios) están sometidos a distintos ciclos políticos. Los nuevos representantes de los municipios no saben en qué consiste la concesión, no conocen su evolución, su origen y eso dificulta la interlocución.

Hasta ahora ha habido tres presidentes de la región de Sicilia y nueve en nuestro ATO o provincia. Nueve presidentes en diez años, es decir, que vamos aproximadamente a uno por año. Imagine-

mos lo que supone este sistema tan complejo para un concesionario, que tiene que explicar a nueve personas diferentes, con distintos perfiles y procedencia toda la problemática pasada y la problemática futura. La verdad es que es bastante complicado. Además, ha habido tres presidentes regionales. Por lo tanto, la región de Sicilia, que es la que se encarga de financiar el subsidio tarifario y el plan de inversiones, la parte pública, también ha experimentado grandes cambios. Teniendo en cuenta todo esto, es necesario un esfuerzo enorme de comunicación continua por ambas partes: explicar con la mayor transparencia y sentido de la responsabilidad posibles. Recordemos que estamos hablando de un servicio básico y no de algo que se pueda quitar y poner según las condiciones.

El principal elemento de comunicación con el que contamos es proporcionar siempre un buen servicio; es decir, que nuestras acciones son las que hablan por nosotros y, por tanto, la mejor forma de explicar lo que es una concesión es recurrir a ratios, a KPI, a mejoras objetivas y mantener las inversiones. Además, tal y como ya he señalado anteriormente, es importante que ambas partes tengan una actitud dialogante, constructiva y abierta.

Por último, y por si fuera poco, se producen retrasos en la financiación pública de inversiones y en el cobro de los subsidios tarifarios. Nos encontramos en plena crisis y el rating de la región de Sicilia ha bajado cuatro puestos en tan sólo cinco años. Nos encontramos en una concesión con una contraparte financiera que tiene un rating de A1, lo que no sólo la sitúa en rating de inversión, sino que también la dota de una solvencia razonablemente buena, mientras que en la actualidad es bono basura. Como consecuencia, el pago de los subsidios y de las inversiones se retrasa e incluso, en algunos casos, llega a colapsarse. El compromiso inicial contemplaba un total de 125 millones en 3 años y, 10 años después, la realidad es que llevamos un tercio, aproximadamente, de la parte pública. En cuanto a la parte privada, hemos mantenido los compromisos.

Para resolver la situación, fue preciso remodelar los planes de inversión. En nuestra opinión, se trató de un cambio contractual oportuno, transparente e imprescindible. De lo contrario, habría que haber terminado la relación, porque, evidentemente, si una parte tiene que poner 120 millones y pone sólo 30, es ineludible remodelar las reglas del juego si queremos que el proyecto salga adelante. Por lo tanto, se remodeló también la inversión privada, se flexibilizó la aplicación de determinadas cláusulas contractuales (concretamente, de penalizaciones que no tenía sentido aplicar al operador, puesto que no tenía una infraestructura que operar) y, de nuevo, se estableció un canal de comunicación con las autoridades nacionales y regionales (que son las canalizadoras de esa inversión, puesto que se trataba de fondos públicos y fondos nacionales y europeos) y con nuestras contrapartes municipales.

Para concluir, me gustaría insistir en una idea que ya se ha mencionado hoy: los PPP son una herramienta útil y válida, como se demuestra diariamente en cientos de municipios de todo el mundo. Evidentemente, el debate es legítimo e, incluso, conveniente, aunque se mueve más en la esfera de lo ideológico que en la de lo técnico. Sin embargo, son una herramienta a la que podemos recurrir y, a pesar de que no es sencilla de usar, creemos que resulta de gran utilidad, especialmente en las condiciones actuales, en las que el sector privado es necesario no sólo para financiar, como

se suele pensar, sino para transferir una tecnología y un *know-how* importante. En determinados municipios pequeños, de 1.000 habitantes, 2.000 habitantes o 5.000 habitantes, no pueden permitirse desarrollar su propia tecnología, no pueden financiarla, por lo es inevitable que se apoyen en el sector privado, que tiene unas economías de escala clarísimas.

En definitiva, los PPP son una herramienta útil siempre y cuando sean flexibles, ya que siempre van a producirse cambios a lo largo de su ejecución. Como han comentado antes, sólo uno de cada mil proyectos salen exactamente como se esperaba, así que, en treinta años, no todo va a salir según lo previsto. Por lo tanto, si la Administración no puede permitirse ideológica o filosóficamente una renegociación o una relación flexible, continua y sana con su sector privado, entonces es mejor no iniciarla. Una interpretación maximalista y rígida de todos los elementos contractuales y de dicha relación impedirá, inevitablemente, que las nuevas realidades se puedan integrar en la prestación del servicio. Por eso, recomiendo encarecidamente que se tenga en cuenta este aspecto, sobre todo en la fase de diseño y licitación, ya que ahorrará muchísimos problemas. También es importante apoyarse en los asesores adecuados en cada momento (también en fase operativa). Y, como ejemplo de ello, está el caso de Caltanissetta, en el que ambas partes hemos sido un ejemplo de flexibilidad y de negociación. Aunque se trata de un caso extremo, puede servirles de referencia para situaciones similares que tengan ustedes que vivir, quizá, en alguno de sus municipios. Muchas gracias.

El rescate de concesiones administrativas: ¿Es posible?

Pablo Navarro

Abogado del Estado en excedencia y socio responsable del departamento de derecho administrativo, PwC

I Introducción

El título de mi intervención en el marco de estas Jornadas –*El rescate de las concesiones administrativas: ¿es posible?*– tiene un doble objeto. Por un lado, exponer, de forma muy resumida, el vigente régimen jurídico del rescate como institución jurídica. Y, de otro, explicar cuáles son los límites al ejercicio de esta potestad administrativa.

II Régimen jurídico del rescate

1 El concepto de rescate de las concesiones administrativas

Comenzado, pues, con el régimen jurídico del rescate, resulta obligado señalar, en primer lugar, que la concesión administrativa es una institución que presenta tres especies claramente diferenciadas; (i) la concesión de dominio público, (ii) la concesión de obra pública y, (iii) la concesión de servicio público.

La concesión de dominio público o demanial se conceptúa legalmente como un contrato en cuya virtud la Administración faculta a un particular para que utilice de modo privativo bienes de dominio público mediante su ocupación con obras o instalaciones fijas o, en su caso, sin éstas, pero por un plazo superior a cuatro años (artículo 86 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, en adelante, “LPAP”).

La concesión de obra pública, por su parte, se define legalmente como un contrato administrativo típico cuyo objeto principal¹ consiste en la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones características del contrato de obras, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio (artículo 7.1 del

1. El contrato, empero, puede tener otros objetos accesorios, en la forme prevista en los apartados 2 y 3 del artículo 7 del TRLCSP.

Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en adelante, “TRLCSPP”).

Y la concesión de servicio público, en fin, es una de las modalidades de gestión típica del contrato administrativo de gestión de servicios públicos², caracterizada porque el particular gestiona el servicio a su propio riesgo y ventura.

Pues bien, estas tres especies del “genero” concesión administrativa presentan una causa común de extinción conocida, técnicamente, como el rescate.

El rescate, en este sentido, se configura como una forma de terminación anormal y anticipada de la concesión, que no tiene carácter sancionador, cuya finalidad o elemento teleológico es la protección del interés público o interés general, mediando indemnización a favor del concesionario por los daños que dicha decisión le produce.

En palabras del Consejo de Estado (Dictamen núm. 2918/2003, de 27 de noviembre de 2013):

<El rescate es una forma de extinción de las concesiones en firme en la que la Administración acuerda poner término a su existencia, al concurrir una causa de interés público prevalente, mediante indemnización a favor del concesionario por los daños que dicho acuerdo le produce.>

En esta materia es indudable la pervivencia en España de la influencia francesa, esto es, del modelo denominado de *régime administratif*, frente al modelo propio del *common law* de *rule of law*, que en este ámbito no es relevante.

Si acudimos al ordenamiento jurídico francés y a las decisiones judiciales que lo han aplicado, podemos comprobar que, efectivamente, existe en el mismo una prerrogativa contractual similar a la española, el *<pouvoir de résiliation unilatérale por motif d'intérêt général o rachat>* de las concesiones. De conformidad con la doctrina (por todos, RICHER³, 2010, 239 y ss.) y la jurisprudencia existente, se pueden destacar las siguientes notas. La resolución no puede ser decidida salvo que exista un “motif légitime” que es controlado por el juez. De acuerdo con el *Conseil d'État* francés, el motivo de interés general puede ser el abandono de un proyecto, una modificación de una reglamentación o estar vinculado a la organización y funcionamiento del servicio público, por ejemplo (como indica RICHER, 2010, pág. 243, con cita de numerosas decisiones en tal sentido).

En cuanto al equivalente a nuestras concesiones de dominio público, el Derecho francés conoce también la posibilidad de retirada de las mismas, por razones de interés general (*résiliation du*

2 Este contrato se define en el artículo 8.1 del TRLCSPP como aquel en cuya virtud una Administración Pública o una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración o Mutua encomendante.

3 RICHER, L.: *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 7ª edición, 2010.

contrat d'occupation), revocación que puede ser anulada por el juez en caso de ilegalidad y que comportará indemnización (AUBY⁴, BON, AUBY, TERNEYRE, 2008, pág. 138).

Pues bien, el ejercicio de esa potestad administrativa prevista, limitada y regulada en el ordenamiento jurídico vigente dará lugar, en todos los casos, a la producción de lo que, en terminología jurídica española tradicional, se conoce como *rescate* (de la(s) concesión (es) administrativa (s)).

2 La regulación legal del rescate de las concesiones administrativas

El rescate de las concesiones administrativas no dispone de una regulación única en nuestro ordenamiento jurídico. Al contrario, el análisis de la normativa vigente sobre esta institución permite diferenciar entre las normas reguladoras del rescate en el ámbito de las concesiones de dominio público, y las que hacen lo propio en el marco de la contratación administrativa.

2.1 Concesiones demaniales

El rescate de las concesiones demaniales, a su vez, presenta una dualidad de regulaciones en la que se contraponen, por un lado, la normativa general sobre dominio público y, por otro, la de carácter sectorial relativa a concretas dependencias demaniales.

Así, desde la perspectiva general del dominio público, los artículos 100.d) y 101.3 de la LPAP, reconocen el rescate como una de las causas de extinción de las concesiones, y regulan el derecho del titular a ser indemnizado por el perjuicio material surgido como consecuencia de la extinción anticipada.

En el ámbito local, el artículo 80.10 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de bienes de las entidades locales (en adelante, "RBEL"), reconoce implícitamente el rescate como causa de extinción del título, cuando prevé la necesidad de que en toda concesión conste la:

<facultad de la Corporación de dejar sin efecto la concesión antes del vencimiento, si lo justifican circunstancias sobrevenidas de interés público, mediante resarcimiento de los daños que se causaren, o sin él cuando no procediere>.

Y también en referencia al ámbito local cabe citar el artículo 61.d del Decreto catalán 336/1988, de 17 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de patrimonio de los entes locales, cuando al regular los principios que rigen las concesiones de dominio público, prevé el de que:

4AUBY, J-M., BON, P. AUBY, J-B, TERNEYRE, P.: *Droit Administratif des biens*, Dalloz, 5ª ed., 2008.

<se considera siempre implícita la facultad del ente local de resolver las concesiones antes de su vencimiento, si lo justifican las circunstancias sobrevenidas de interés público. En estos supuestos, el concesionario debe ser resarcido de los daños que se le hayan producido>.

Por otro lado, desde la perspectiva de las leyes reguladoras de dependencias demaniales en particular, son de destacar, en nuestra opinión, las relativas al dominio público marítimo-terrestre y el portuario, en la medida que comprenden dos sectores donde se ha prodigado el ejercicio de la esta potestad por la Administración, motivando un importante número de pronunciamientos, tanto por órganos consultivos, como por los tribunales de justicia.

Así, en primer lugar, la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas (en adelante, “LC”), prevé el rescate como una causa de extinción, total o parcial, de las concesiones en dominio público marítimo-terrestre (artículo 78.1.i)), regulando específicamente los parámetros para determinar la indemnización debida al concesionario (artículo 89).

Y, en segundo lugar, el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (en adelante, “TRLPE”), también contempla el rescate como una causa de extinción, total o parcial, de las concesiones en dominio público portuario (artículo 96.h)), regulando (i) las causas que legitiman el ejercicio de la potestad, (ii) los órganos competentes en la materia, (iii) los aspectos basilares del procedimiento, (iv) los criterios para cuantificar la indemnización debida al concesionario y, (v) las modalidades de abono de la indemnización (artículo 99).

22 Contratos administrativos

En el caso de los contratos administrativos, esto es, la concesión de obra pública y la de gestión de servicios públicos, el rescate tiene su regulación básica en el TRLCSP.

Por lo que se refiere al contrato de concesión de obra pública, el artículo 269.g) del TRLCSP, prevé que:

<Son causas de resolución del contrato de concesión de obras públicas las siguientes: g) El rescate de la explotación de la obra pública por el órgano de contratación. Se entenderá por rescate la declaración unilateral del órgano contratante, discrecionalmente adoptada, por la que dé por terminada la concesión, no obstante la buena gestión de su titular>.

Esta norma se completa con los artículos 271 y 272 del mismo legal, donde son regulados, respectivamente, los efectos del rescate y el destino de los bienes y las obras tras la extinción del contrato administrativo.

En el caso del contrato de gestión de servicios públicos, el rescate está previsto en los arts. 286.b) y 287.2 del TRLCSP. Estos preceptos disponen que:

<Son causas de resolución del contrato de gestión de servicios públicos, además de las señaladas en el artículo 223, con la excepción de las contempladas en sus letras d) y e), las siguientes: b) El rescate del servicio por la Administración>.

<2. Por razones de interés público la Administración podrá acordar el rescate del servicio para gestionarlo directamente>.

Estas previsiones, asimismo, se completan en el artículo 288.4 del mismo texto legal, que define los criterios para cuantificar la indemnización debida al contratista

Adicionalmente, en el caso de la Administración Local, también debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 99 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Vigentes en Materia de Régimen Local (en adelante, “RD-Leg. 781/1986, de 18 de abril”), en la medida que, de un lado, prevé que en caso de rescate de concesiones se debe dar aviso a los interesados con, al menos, seis meses de anticipación y, de otro, que la determinación del justiprecio a abonar al contratista debe determinarse por las reglas y el procedimiento establecidos en la Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954 (en adelante, “LEF”).

Y, finalmente, si se trata, en particular, de una Entidad Local sita en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña, las normas anteriores deben compaginarse con las disposiciones que, sobre esta materia, contiene el Reglamento de Obras, Actividades y Servicios, aprobado por Decreto 179/1995, de 13 de junio (en adelante, “ROAS”).

En efecto, el ROAS prevé el rescate como causa de extinción de la concesión de gestión de servicios públicos y le dedica sus artículos 185.3, 241.c, 249.c) y 263 a 265, donde regula con cierto detalle (i) su concepto, (ii) los efectos y, (iii) el procedimiento para su ejercicio efectivo.

3-La naturaleza jurídica del rescate

Por lo que concierne a la naturaleza jurídica del rescate, tanto el Consejo de Estado como el Tribunal Supremo han declarado repetidamente que esta causa de extinción anticipada y anormal de las concesiones administrativas participa de la naturaleza de la institución expropiatoria.

Así, en el caso concreto de las concesiones de dominio público, la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, “STS”), de 24 de diciembre de 2001, declaró que el rescate:

<(…) tiene un sentido evidentemente expropiatorio, y entra dentro de los supuestos a que se refiere el artículo 1 de la Ley de Expropiación Forzosa, esto es, a la privación singular de derechos de contenido patrimonial. En efecto, las concesiones sobre el dominio público atribuyen a su titular un derecho real, cuya privación por parte de la Administración requiere de un procedimiento con todas las garantías, que puede dar lugar a indemnización (...)>.

Y en la misma línea, el Consejo de Estado, en cuyo Dictamen núm. 2536/1995, de 23 de diciembre, declaró que:

<El rescate exige la concurrencia de un interés público, lo que se concreta en la previa declaración de utilidad pública de las obras, proyectos o actuaciones que se pretendan ejecutar en los terrenos recuperados. Dicho interés público concurre en el caso presente, habida cuenta que el rescate es consecuencia de la ejecución del Proyecto de regeneración de la playa de Rosas, aprobado y declarado de utilidad pública por Resolución de 5 de abril de 1991 (...). El rescate tiene naturaleza expropiatoria, de ahí que el concesionario tenga derecho a ser indemnizado por el valor material de las obras (...)>.

En el caso de los contratos administrativos, la STS de 8 de abril de 1999 (recurso de casación 7541/1994) explica que el rescate se configura como:

<(…) una especie de potestad expropiatoria para las concesiones de servicios públicos por razones de interés público expresamente contemplada en el artículo 41 de la Ley de expropiación forzosa y sujeta como toda expropiación a una indemnización determinada. (...) el rescate del servicio supone una reversión anticipada cuyo motivo se encuentra en la conveniencia para el interés general de que el servicio sea gestionado en lo sucesivo por la propia Administración o a través de un ente público dependiente de la misma (...)>.

La doctrina jurídica, por su parte, también considera que el rescate de las concesiones administrativas tiene una evidente naturaleza expropiatoria (MESTRE DELGADO, 2005: 509⁵, 1992: 269⁶).

En definitiva, el rescate de las concesiones administrativas constituye el ejercicio de una potestad administrativa, de naturaleza esencialmente expropiatoria, que, tras seguir el procedimiento debido, conducirá a la producción de un acto administrativo definitivo de extinción anticipada y anormal de la concesión.

El ejercicio de esta potestad, como veremos, presenta un cierto margen valorativo (rescate por “interés público”) o de discrecionalidad técnica, que en ningún caso puede confundirse con la arbitrariedad (FERNÁNDEZ⁷, 1991), en la medida que siempre deberá actuarse en servicio a los intereses generales o públicos (art. 103 CE y concordantes de la legislación analizada, expresiones ambas que pueden emplearse como sinónimos, véase NIETO⁸, 1991) y que habrá de respetar las

5 MESTRE DELGADO, J.F.: “La extinción de las autorizaciones y concesiones demaniales”, en CHINCHILLA MARÍN, C. (Coord.), *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Thomson Civitas, 2004, pp. 491 y ss.

6 MESTRE DELGADO, J.F.: *La extinción de la concesión de servicio público*, La Ley, 1992.

7 FERNÁNDEZ, T.R.: *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Civitas, 1991.

8 NIETO, A.: “La Administración sirve con objetividad los intereses generales”, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., (Ed.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. III, Ed. Civitas, Madrid, 1991, pp. 2185 y ss.

obligaciones de buena administración que garantizan la adopción de la mejor decisión posible para los intereses generales.

4-La competencia administrativa para acordar el rescate

Por otro lado, la decisión de rescatar deberá ser adoptada por la Administración (persona jurídica) competente y, dentro de ésta, por el órgano que tenga otorgada la competencia, dado que, en otro caso, la decisión adoptada podría ser nula de pleno derecho o anulable, de acuerdo con lo previsto en los artículos 47.1.b) y 48.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, “Ley 39/2015, de 1 de octubre”).

No existe, empero, una norma jurídica que determine con carácter general el órgano o autoridad de cada Administración competente para ejercitar la potestad de rescate. Por ello, en cada caso concreto, será preciso analizar la normativa reguladora de la concesión en cuestión, para dilucidar quién tiene atribuida dicha competencia.

No obstante, en términos generales, se puede sostener que deberá rescatar el mismo órgano que contrató u otorgó la concesión demanial, pues *quien puede lo más, puede lo menos* (como señala, por ejemplo, el dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad Autónoma de Madrid núm. 604/11, referido al rescate de una concesión demanial del Ayuntamiento de Las Rozas).

Así, por ejemplo, en el ámbito local lo prevé expresamente el artículo 114.1 del RDLeg. 781/1986, de 18 de abril, cuando dispone que el órgano de la Entidad local competente para contratar según la ley ostenta también la prerrogativa de acordar su resolución dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados legalmente, lo que significa, en última instancia, que será de aplicación lo previsto en la Disposición Adicional Segunda de TRLCSP, según la cual:

1.-En los municipios de gran población a que se refiere el artículo 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, “LBRL”), la competencia para acordar el rescate de las concesiones administrativas corresponde a la Junta de Gobierno Local, cualquiera que sea el importe del contrato o la duración del mismo.

2.-En los demás municipios:

2.1.-En el caso de las concesiones de dominio público, la competencia corresponde al Alcalde o Presidente de la Entidad Local cuando su valor no supere el 10 % de los recursos ordinarios del presupuesto ni el importe de tres millones de euros, y al Pleno en los restantes casos.

2.2.-Y en los supuestos de contratos administrativos, la competencia corresponde al Alcalde o Presidente de la Entidad Local cuando su importe no supere el 10 % de los recursos ordinarios del presupuesto ni, en cualquier caso, la cuantía de seis millones de euros, incluidos los de carácter plurianual cuando su duración no sea superior a cuatro años, siempre que el importe acumulado de todas sus anualidades no supere ni el porcentaje indicado, referido a los recursos ordinarios del presupuesto del primer ejercicio, ni la cuantía señalada, y al Pleno en los restantes casos.⁹

5-El procedimiento para ejercer la potestad de rescate

Como es sabido, el procedimiento administrativo se configura como una institución relevante para proteger los derechos de los ciudadanos (en este caso, los de los concesionarios) y garantizar el cumplimiento de las obligaciones de buena administración, a las que luego nos referiremos (en este caso, contribuir a que el rescate sirva realmente a los intereses generales).

No existe, sin embargo, una norma que regule con carácter general el procedimiento de rescate de las concesiones administrativas.

En este sentido, en el caso de las concesiones demaniales no reguladas en leyes especiales, ni la LPAP ni el RBEL prevén el procedimiento administrativo para declarar su extinción mediante el rescate.

Obviamente, lo anterior no significa que la decisión de rescatar pueda ser adoptada por la Administración de plano, esto es, sin la previa tramitación de un procedimiento administrativo, dado que ello, como es sabido, determinaría la nulidad radical de la resolución en cuestión, ex artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

Por este motivo, si, pese a esta ausencia de regulación legal, una Administración decide extinguir una concesión demanial aplicando la figura de rescate, deberá observar, al menos, los siguientes trámites esenciales:

1.-En primer lugar, dada la naturaleza expropiatoria del rescate, será necesaria la previa declaración de interés público o utilidad social¹⁰, así como el correspondiente acuerdo de necesidad de ocupación¹¹. Dichas declaraciones podrán efectuarse, bien de forma explícita mediante resolución del órgano competente para ello, bien de forma implícita cuando una norma jurídica asocie su existencia a la de otros actos o acuerdos adoptados por la Administración.

9 Cabe advertir, no obstante, que el artículo 265.3 del ROAS atribuye al Pleno la competencia para acordar el rescate en el caso de la concesión de gestión de servicios públicos.

10 Así lo prevé, por ejemplo, el artículo 71.3 de la LC.

11 Así lo prevé, por ejemplo, el artículo 99.2 del TRLPE.

Así, respecto a la previa declaración utilidad pública o interés social, se pronuncia el Dictamen del Consejo de Estado núm. 144/1993, de 25 de febrero de 1993, cuando señala lo siguiente:

<Versan las actuaciones sobre la extinción de una concesión demanial, que cuenta con la oposición de los causahabientes del primitivo concesionario.

De entre las cuestiones procedimentales que suscita el expediente, destacan dos a que hace referencia las interesadas en sus últimos escritos. La defectuosa notificación de la declaración de utilidad pública es la primera de ellas.

Basta examinar el oficio de 21 de julio de 1992, en el que se les notificó el acuerdo mencionado, para percatarse de la omisión de las circunstancias prevenidas en el artículo 79.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo en materia de recursos contra tal acuerdo. El Órgano instructor quizás entendió que, por tratarse de un acto de trámite, no resultaba procedente consignar las circunstancias indicadas.

Sin embargo, una correcta interpretación del ordenamiento jurídico conduce a la conclusión de que las declaraciones de utilidad pública son susceptibles de recurso sin esperar a que se produzca el acto administrativo que ponga fin al expediente. Así se deduce del artículo 119 de la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877, según el cual “las resoluciones que en materia de utilidad pública tome la Administración competente, central, provincial o municipal, serán ejecutivas, salvo los recursos que procedan con arreglo a las Leyes”. Análogamente, el artículo 160 del Reglamento de esta Ley, aprobado por Decreto de 6 de julio de 1877, establece que contra las resoluciones que en materia de utilidad pública tome la Administración cabe el recurso por la vía administrativa para ante el superior jerárquico; y luego que la resolución de éste cause estado, procederá la vía contenciosa cuando en los expedientes que al efecto se instruyan se falte a la forma del procedimiento, infringiéndose las disposiciones que regulan los trámites que en ellas se han de observar. No es otra, por lo demás, la solución a que ha llegado la jurisprudencia en materia de expropiación forzosa, pues, salvo aquellos casos en que la declaración de utilidad pública se haga por norma de rango legal, ha admitido la impugnabilidad directa de tales declaraciones o de su reconocimiento sin esperar al trámite final del expediente expropiatorio (...).

Por consiguiente, la Administración debería haber indicado a las interesadas que la declaración de utilidad pública no era definitiva en vía administrativa, y que contra ella cabía interponer recurso de reposición ante el Ministro de Obras Públicas y Transportes, en el plazo de un mes (...).

Y, respecto al acuerdo de necesidad de ocupación, el mismo Consejo de Estado, en su Dictamen núm. 807/1991, de 31 de octubre de 1991, declaró lo siguiente:

<(…) Se trata de un recurso de reposición interpuesto contra la resolución ministerial que acordó declarar extinguida, por rescate, la concesión de estación de servicio (...). En el escrito del recurso administrativo se insiste en que el expediente tiene defectos de procedimiento, al no acreditarse

la necesidad de ocupación o interés público del rescate, indicándose que la tramitación ha de hacerse por el procedimiento previsto en la Ley de Expropiación Forzosa.

Se trata, concretamente, de un concurso de normas, en que hay que tener en cuenta la Ley de Expropiación Forzosa, así como también la Ley y el Reglamento de Contratación.

En efecto, en este expediente no se ha aplicado directamente la Ley de Expropiación Forzosa, sino que la declaración de necesidad de ocupación se ha subsumido en la aprobación técnica del proyecto de ampliación de la terminal del Aeropuerto. Del expediente parece claro que es imposible ampliar dicho terminal si no se rescata la concesión a favor de (...), instalada en las proximidades del edificio actual del Aeropuerto.

La Dirección General de Infraestructura del Transporte hace hincapié en que “la solución general para la urbanización descrita en el anteproyecto de ampliación y remodelación del edificio terminal en el Aeropuerto de Barcelona, supone la construcción de los ramales de salida hacia Barcelona, sobre el emplazamiento actual de la estación de servicio; y la propia aprobación por la Administración del Anteproyecto que se menciona, supone la necesidad de ocupación de los terrenos necesarios para su aplicación, sin que en el presente supuesto sea necesaria una declaración oficial de la necesidad pública o interés social, que resulta implícita con la aprobación del proyecto. El art. 78 de Reglamento General de Contratos del Estado establece que: “Realizada la correspondiente información pública, en su caso, supervisado el proyecto y emitidos cuantos informes de otros órganos de la Administración sean preceptivos o se estime conveniente solicitar para un mayor conocimiento de cuantos factores puedan incidir en la ejecución o explotación de las obras, el Jefe del Departamento o la Autoridad en quien haya delegado o desconcentrado esta facultad, resolverá sobre la aprobación del proyecto”.

La aprobación del proyecto lleva consigo la declaración de necesidad de ocupación, por lo que en modo alguno puede ser aceptado el argumento esgrimido en el recurso de haberse omitido tal trámite>.

2.-En segundo lugar, será preceptivo conceder un trámite de audiencia al concesionario por un plazo no inferior a diez días ni superior a quince, para que pueda alegar y presentar los documentos y justificaciones que estime pertinentes, de acuerdo con el artículo 82.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

3.-En tercer lugar, si el concesionario comparece en el expediente y formula oposición, será preceptivo recabar dictamen del Consejo de Estado, de conformidad con el artículo 22.12 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado.

4.-Y, finalmente, se deberá adoptar la resolución definitiva del procedimiento acordando el rescate. En este sentido, la propia resolución podrá fijar el importe de la indemnización a percibir por el concesionario o, en su caso, ordenar la formación de expediente contradictorio para determinarla.

En el caso de las concesiones demaniales reguladas en leyes especiales, se deberá aplicar el procedimiento previsto en dichas normas y, en su defecto, la tramitación señalada en los párrafos precedentes.

En el ámbito de los contratos administrativos, el artículo 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, “RLCAP”), regula el procedimiento general de resolución donde se encuadra la figura del rescate. Este precepto dispone, en concreto, que:

<1. La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, previa autorización, en el caso previsto en el último párrafo del artículo 12.2 de la Ley, del Consejo de Ministros, y cumplimiento de los requisitos siguientes:

a) Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio.

b) Audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía.

c) Informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos previstos en los artículos 41 y 96 de la Ley.

d) Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista.

2. Todos los trámites e informes preceptivos de los expedientes de resolución de los contratos se considerarán de urgencia y gozarán de preferencia para su despacho por el órgano correspondiente>.

En el ámbito de la Administración Local, además, deberán observarse los siguientes requisitos:

1.-En primer lugar, comunicar al contratista la decisión de efectuar el rescate de la concesión con seis meses de antelación (artículo 99.1 del RDLeg. 781/1986, de 18 de abril).

2.-En segundo lugar, debe emitir informe el Secretario de la Corporación (artículo 114.3 del RDLeg. 781/1986, de 18 de abril).

3.-En tercer lugar, debe emitir informe el Interventor de la Corporación (artículo 214.2.a) del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales).

4.-Y, en cuarto lugar, para determinar el importe de la indemnización debida al concesionario, se aplicarán las reglas y el procedimiento establecidos en el capítulo III del título II de la LEF (artículo 99.2 del RDLeg. 781/1986, de 18 de abril)

Además, si se trata de una Entidad Local sita en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña, lo anterior deberá compaginarse con lo previsto en el artículo 265 del ROAS, según el cual:

<265.1 El interés público en que se funde el rescate de la concesión tendrá que estar justificado técnica y jurídicamente antes de que el presidente de la corporación ordene el inicio del expediente.

265.2 De los informes técnicos y jurídicos emitidos se dará traslado al concesionario para que formule las alegaciones que crea conveniente en defensa de sus derechos, en un plazo de quince días.

265.3 El rescate de la concesión deberá ser aprobado por acuerdo plenario de la corporación, la cual fijará un plazo de ejecutividad no inferior a seis meses e instará al contratista a que formule una valoración de la indemnización que crea que le corresponde percibir.

265.4 En el mismo acuerdo se nombrará un interventor técnico para que las obras y las instalaciones afectadas pasen a la corporación en las condiciones que señale el pliego de cláusulas o, en su defecto, el acuerdo plenario.

265.5 Si la corporación aceptare la valoración, se cerrará el expediente por lo que respecta a la indemnización. Si hubiere desacuerdo, el trámite de determinación del justiprecio se seguirá en pieza separada, conforme al procedimiento de expropiación forzosa, no afectando a la ejecutividad del acuerdo de rescate.

265.6 Una vez ejecutivo el acuerdo de rescate, la Corporación prestará el servicio mediante cualquiera de las fórmulas de gestión directa que prevé la legislación aplicable, sin perjuicio de la posibilidad de suprimirlo>.

Finalmente, el plazo para resolver y notificar la resolución del procedimiento será el establecido en la norma que regule el rescate de la concesión en particular y, en su defecto, el de tres meses previsto en el artículo 21.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

6-Consecuencias del rescate

El análisis del régimen jurídico del rescate no se puede entender en su plenitud sin hacer siquiera una breve referencia a sus importantes consecuencias jurídicas y económicas.

En este sentido, el correcto ejercicio de la potestad de rescate despliega unas consecuencias que se proyectan en un triple ámbito, (i) el real, (ii) el económico y, (iii) el personal.

El primero, se refiere al destino de los bienes, obras e instalaciones que, durante la vigencia de la concesión, se encontraban en su perímetro.

El segundo, por su parte, alude al derecho inalienable del concesionario a recibir una justa indemnización por los daños y perjuicios derivados del ejercicio de la potestad de rescatar.

Y, el tercero, en fin, guarda relación con la situación del personal que durante la vigencia del título prestaba servicios para el concesionario.

A continuación, se hará una sucinta referencia a cada una de estas consecuencias.

6.1-Reales

Así, en el ámbito de las concesiones demaniales no reguladas en leyes especiales, el destino de los bienes, obras e instalaciones a la extinción del título se regula, con carácter general, en el artículo 101, apartados 1 y 2, de la LPAP. Este precepto dispone, en concreto, que:

<1. Cuando se extinga la concesión, las obras, construcciones e instalaciones fijas existentes sobre el bien demanial deberán ser demolidas por el titular de la concesión o, por ejecución subsidiaria, por la Administración a costa del concesionario, a menos que su mantenimiento hubiera sido previsto expresamente en el título concesional o que la autoridad competente para otorgar la concesión así lo decida.

2. En tal caso, las obras, construcciones e instalaciones serán adquiridas gratuitamente y libres de cargas y gravámenes por la Administración General del Estado o el organismo público que hubiera otorgado la concesión>.

En el caso de concesiones otorgadas sobre bienes de dominio público regulados en leyes especiales, deberá aplicarse lo que dispongan estas normas sobre el particular. Así, por ejemplo, en el caso concreto del dominio público portuario, el artículo 100, apartados 1 y 2 del TRLPE prevé lo siguiente:

<1. Extinguida la autorización o concesión, el titular tendrá derecho a retirar fuera del espacio portuario los materiales, equipos o instalaciones desmontables que no reviertan gratuitamente a la Autoridad Portuaria en función de lo previsto en el título, estando obligado a hacerlo cuando así lo determine la Autoridad Portuaria, la cual podrá efectuar la retirada con cargo al titular de la autorización o concesión extinguida, cuando el mismo no la efectúe en el momento o plazo que se le indique.

2. En todos los casos de extinción de una concesión, la Autoridad Portuaria decidirá sobre el mantenimiento de las obras e instalaciones no desmontables, que revertirán gratuitamente y libre

de cargas a la Autoridad Portuaria, o decidirá su levantamiento y retirada del dominio público por aquél y a sus expensas.

Si la Autoridad Portuaria no se pronunciara expresamente, se entenderá que opta por su mantenimiento, sin perjuicio de que, previamente a la fecha de extinción, pueda decidir su levantamiento y retirada.

En el caso de que la Autoridad Portuaria haya optado por el levantamiento de las obras e instalaciones, el titular retirará las mismas en el plazo fijado por aquélla, pudiendo la Autoridad Portuaria ejecutar subsidiariamente los trabajos que no haya efectuado el titular en el plazo concedido.

Si la Autoridad Portuaria hubiese optado por el mantenimiento, el titular procederá a la reparación de las obras e instalaciones en el plazo y condiciones indicadas por aquélla.

La Autoridad Portuaria, sin más trámite, tomará posesión de los bienes e instalaciones, pudiendo solicitar a las empresas suministradoras de energía eléctrica, agua, gas y telefonía la suspensión del correspondiente suministro>.

En el caso concreto del contrato de concesión de obra pública, esta cuestión se encuentra regulada en el artículo 272 del TRLCSP, según el cual:

<1. El concesionario quedará obligado a hacer entrega a la Administración concedente, en buen estado de conservación y uso, de las obras incluidas en la concesión, así como de los bienes e instalaciones necesarios para su explotación y de los bienes e instalaciones incluidos en la zona de explotación comercial, si la hubiera, de acuerdo con lo establecido en el contrato, todo lo cual quedará reflejado en el acta de recepción.

2. No obstante, los pliegos podrán prever que, a la extinción de la concesión, estas obras, bienes e instalaciones, o algunos de ellos, deban ser demolidos por el concesionario, reponiendo los bienes sobre los que se asientan al estado en que se encontraban antes de su construcción>.

Y en el contrato de concesión de gestión de servicios públicos adjudicado por una Entidad Local sita en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña, debe tenerse en cuenta también el artículo 264.a) del ROAS, conforme al cual:

<Serán efectos del rescate: a) La transferencia de las obras e instalaciones a la entidad local>.

6.2-Económicas

Por otro lado, el rescate siempre genera la obligación de abonar una indemnización al contratista o concesionario que, contra su voluntad, se ve privado coactivamente de su contrato o título, pues,

como ya se ha explicado, nos encontramos ante una auténtica expropiación de sus derechos derivados del contrato o la concesión demanial.

Así, en el ámbito de las concesiones demaniales no reguladas en leyes especiales, este derecho es reconocido sin ambages en el artículo 101.3 de la LPAP, cuando dispone que:

<En caso de rescate anticipado de la concesión conforme a lo previsto en el párrafo d) del artículo anterior, el titular será indemnizado del perjuicio material surgido de la extinción anticipada. Los derechos de los acreedores hipotecarios cuya garantía aparezca inscrita en el Registro de la Propiedad en la fecha en que se produzca el rescate serán tenidos en cuenta para determinar la cuantía y receptores de la indemnización>.

En el caso de las concesiones demaniales es preciso, además, efectuar un estudio sectorial, que aquí no vamos a emprender, para conocer en detalle las consecuencias indemnizatorias del rescate. Así, en el ámbito del dominio público marítimo-terrestre, la LC establece en su artículo 89 las reglas para determinar la indemnización debida al concesionario. Y, en el ámbito portuario, el artículo 99 del TRLPE también se ocupa detenidamente de esta cuestión.

En el ámbito de los contratos administrativos, el artículo 271.3 del TRLCSP establece los efectos del rescate en relación al contrato de concesión de obra pública, mientras que, por su parte, el 288.4 se ocupa de esta misma cuestión en el caso del contrato de gestión de servicios públicos.

El primero de los citados dispone que:

<En los supuestos de los párrafos g), h) e i) del artículo 269, y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, la Administración concedente indemnizará al concesionario por los daños y perjuicios que se le irroguen. Para determinar la cuantía de la indemnización se tendrán en cuenta:

a) los beneficios futuros que el concesionario dejará de percibir, cuantificándolos en la media aritmética de los beneficios antes de impuestos obtenidos durante un período de tiempo equivalente a los años que restan hasta la terminación de la concesión. En caso de que el tiempo restante fuese superior al transcurrido, se tomará como referencia este último.

La tasa de descuento aplicable será la que resulte del coste de capital medio ponderado correspondiente a las últimas cuentas anuales del concesionario.

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

Mientras el segundo establece que:

<En los supuestos de las letras b), c) y d) del artículo 286, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, la Administración indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que se le irroguen, incluidos los beneficios futuros que deje de percibir, atendiendo a los resultados de la explotación en el último quinquenio y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquélla, habida cuenta de su grado de amortización>.

6.3-Personales

Por último, en relación con la situación laboral de los empleados que prestaban sus servicios en la empresa concesionaria, el análisis de la jurisprudencia y normativa existente en la materia no permite extraer una conclusión única sobre el particular, pues, se trata de una cuestión que está condicionada por las circunstancias concurrentes en cada caso.

No obstante, esta es una materia en la que debe tenerse presente el artículo 44 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, precepto que, en algunas ocasiones, se ha aplicado por los Tribunales provocando la subrogación de la Administración que rescata en las previas relaciones laborales del concesionario.

Cuando sucede este último, se provoca una fórmula atípica de adquirir la condición de empleado público no prevista en la legislación sobre personal al servicio de la Administración. La jurisprudencia ha señalado, sin embargo, que quienes formaban parte de la plantilla de la compañía concesionaria no serán trabajadores fijos de la Administración, sino que estarán en una situación provisional o interina, hasta que se convoquen las correspondientes pruebas selectivas para ingresar al servicio de la Administración siguiendo la vía jurídicamente correcta y respetando los principios constitucionales de mérito y capacidad (artículo 23 CE, STS de 20 de enero de 1988, sala de lo social entre otras).

III-Límites al ejercicio de la potestad de rescate

1-Introducción

El presente apartado de la ponencia analiza la cuestión central de la misma, esto es, los límites jurídicos al ejercicio de la potestad de rescate. Antes, sin embargo, conviene acabar de precisar el tipo de potestad administrativa que se ejerce y la clase de acto administrativo a que el rescate da lugar.

a) Como dijimos en su momento, la decisión de rescatar supone el ejercicio de una potestad administrativa discrecional. Discrecionalidad que, entendemos, es *predominantemente técnica*, por cuanto el ordenamiento jurídico reconoce en favor de los administradores un ámbito de decisión para tomar una resolución en función de evaluaciones de naturaleza técnica o características de

un saber profesional, basadas en valoraciones propias del Derecho, de la gestión pública y de la Economía. De ahí que el incorrecto ejercicio de la discrecionalidad para rescatar pueda ser controlado y anulado en función de pruebas que demuestren el error de la Administración, siendo plenamente controlable y sustituible por los tribunales (por todos, DESDENTADO DAROCA¹², 1997, 66).

b) Por otro lado, la decisión de rescatar no supone en ningún caso un acto político o de gobierno (ni siquiera cuando es adoptada por un Ayuntamiento, por ejemplo), pues se trata del ejercicio de una potestad administrativa, discrecional pero vinculada a la técnica de gestión de los servicios públicos o del demanio público.

Por ello, como sucede en Francia¹³, no es aceptable, por ejemplo, que un simple cambio de mayorías políticas en un gobierno local conduzca a fundamentar el rescate por razones, digamos, ideológicas. Si bien, obviamente, la ideología tiene un lugar destacado en la lucha por el poder político, dado que los sistemas ideológicos sirven para legitimar el poder diferencial que tienen los grupos” (GIDDENS, citado por ARPAL¹⁴, 1998, 367 y 368), una vez alcanzado éste, la Política deviene ya políticas públicas concretas en sectores específicos (medio ambiente, urbanismo, aguas, servicios sociales, etc.).

Por utilizar la más expresiva lengua inglesa en este punto, la *Politics* se transmuta en *policies*. Y estas políticas públicas no pueden dar lugar a decisiones administrativas arbitrarias, sin justificación racional en la técnica de gestión pública (no lo es la cita de una ideología cualquiera) y que no cumplan sus obligaciones de buena administración. En otras palabras, la ideología puede tener su papel en la Política (*politics*) pero no lo tiene en la política pública concreta (*policy*) si no supone el correcto ejercicio de la discrecionalidad técnica de gestión, que en el caso de los rescates podrá ser objeto de control judicial (sobre la estéril contraposición entre legitimidad democrática y Derecho, y la evidente necesidad de que los gestores públicos de origen democrático respeten el Estado de Derecho como modo, precisamente, de garantizar una auténtica democracia, véase por todos GARCÍA DE ENTERRÍA¹⁵, 1995, *in totum*).

c) En esta línea, de conformidad con la doctrina y la jurisprudencia actual, que exista discrecionalidad no significa que las Administraciones (y los gobiernos) puedan decidir de forma arbitraria (esto es, de modo irracional o no justificado), ni tampoco que puedan decidir de modo libre. Como

12 DESDENTADO DAROCA, E.: *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (un estudio crítico de la jurisprudencia)*, Civitas, 1997, Madrid.

13 Como señala PREBISSY-SCHNALL (2008), al referirse a una decisión litigiosa (TA Grenoble, 9 avr. 1980, Sté aménagement touristique Alpe-d'Huez: D. 1981, jurisp. P. 581, nota de F. SERVOUIN), un cambio de mayoría política en un ayuntamiento sólo puede dar lugar a un rescate si se invocan motivos de interés general y no exclusivamente políticos. Asimismo, la doctrina francesa considera que no es un motivo de interés general legítimo resolver el contrato y rescatarlo por la única razón de obtener condiciones financieras más favorables.

14 ARPAL, J.: Voz “Ideología” en GINER, S., LAMO DE ESPINOSA, E. y TORRES, C. (Eds.), *Diccionario de Sociología*, Alianza editorial, 1998, pp. 366 y ss.

15 GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Democracia, Jueces y control de la Administración*, Civitas, 1995.

señala reiteradamente la jurisprudencia, no hay *libertad* para decidir si rescatar o no una concesión, pues tal decisión *debe* ser resultado del mejor servicio posible al interés general.

Así, en relación con las concesiones demaniales, el TS ha señalado repetidamente que la Administración carece de facultad para rescatar las concesiones “a libre voluntad”, “arbitrariamente”, no existiendo “libre actuación de la Administración” incluso si ha incluido una cláusula de precario, puesto que a diferencia del ámbito civil, aquí la Administración no es libre, sino que está vinculada por el ordenamiento jurídico tanto respecto a límites como a orientaciones (SSTS de 29 de septiembre de 1980 o 4 de noviembre de 1997, entre otras).

En un Estado de Derecho, pues, al ordenamiento jurídico (y a los jueces que en última instancia lo aplican) no le es *indiferente* el resultado del ejercicio de la potestad de rescatar, sino que, como vamos a ver, el mismo pretende la mejor solución posible para los intereses generales, estableciendo orientaciones en positivo y límites en negativo a ese ejercicio de la discrecionalidad. Como señala la STS de 7 de octubre de 1999:

<resultará que se incurre en el ámbito de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, garantizada en el art. 9.3 de la Constitución, y se priva al órgano jurisdiccional de la posibilidad de controlar si la actividad de la Administración sirve con objetividad los intereses generales, conforme al art. 103.1 de la Norma Fundamental, y viene inspirada por las exigencias de los principios de buena administración (art. 3 de la Ley de Contratos y 111 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril que es lo que justamente impone a los Tribunales el art. 106.1 de la Constitución”. De ahí que “Dicha motivación es exigible, por tales razones, (...) cuando la Administración ejercita facultades discrecionales que requieren la posibilidad de elegir entre un mayor o menor abanico de opciones, o entre una pluralidad de alternativas justas o «razonables» desde el punto de vista del Derecho, o de decidir entre diversas alternativas «jurídicamente indiferenciadas», como textualmente expresa la Sentencia recurrida -aunque cabría preguntarse si en un Estado de derecho puede admitirse la existencia «a priori» de algo «indiferente jurídicamente»>.

d) No es aceptable, pues, una interpretación de la potestad de rescate como un instrumento al servicio de la Administración pública, para recuperar algo que le pertenece y que ha dejado en manos de tercero. La potestad de rescate está al servicio de los intereses generales, no del gobierno de turno ni de la administración, y ese algo que se pretende recuperar (la concesión administrativa) una vez cedido mediante contrato o concesión demanial ya no *pertenece* únicamente a la Administración responsable de la obra o servicio o titular del demanio, sino que ha generado derechos para el concesionario, los cuales han de ser respetados en el ejercicio de la potestad de rescate.

Así, por un lado, en el caso de los contratos (incluyendo a las concesiones demaniales, como hace un sector doctrinal), el punto de partida es que el contrato obliga a su cumplimiento (artículo 1.258 del Código Civil, lo que se expresa con los conocidos brocardos latinos *pacta sunt servanda* o con-

tractus lex interpartes, por todos GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ¹⁶, 2002, 732 y ss.). Sin duda, la Administración goza en nuestro sistema jurídico de prerrogativas para la protección de los intereses generales, como la de rescatar el contrato, pero se trata de supuestos tasados legalmente, que deben ser, por ello, de interpretación restrictiva y en cuyo ejercicio concreto, como ha sido señalado, *<debe atenderse a la posición jurídica del concesionario que no puede verse alterada con libertad en cualquier caso; incluso el principio de libertad de empresa, constitucionalmente garantizado, se erigirá en límite a tales intentos>* (MESTRE DELGADO¹⁷, 1992, 268).

Este principio general de no rescate encaja perfectamente con la regulación tradicional en nuestro Derecho de la irrevocabilidad de actos administrativos favorables o declarativos de derechos (que, por otro lado, sería de aplicación directa, por cierto, si se entendiera que las concesiones demaniales son actos administrativos). Efectivamente, como es conocido, en nuestro Derecho el punto de partida histórico ha sido la imposibilidad de revocar por motivos de oportunidad actos administrativos ya dictados si son favorables o declarativos de derechos, establecido por la doctrina (véase un estudio sobre la revocación, con abundantes citas doctrinales, en PONCE¹⁸, 1997, 165 y ss.) y la jurisprudencia (por todas, STS de 13 de mayo de 1974 o STS de 26 de febrero de 1987).

Sólo excepcionalmente se acepta la revocación de actos favorables a los particulares, si lo prevé una normativa sectorial (como es el caso, bien conocido en el ámbito local, del artículo del 16 Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, de 17 de junio de 1955 o, en Cataluña, del artículo 88 ROAS), mediante indemnización ante la naturaleza expropiatoria de la revocación, considerando estos casos como excepciones concretas a la regla general de irrevocabilidad (por ejemplo, STS de 17 de julio de 1995), que hoy en día se extrae del artículo 109 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, *a contrario* (*<Las Administraciones públicas podrán revocar en cualquier momento, mientras no haya transcurrido el plazo de prescripción, sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico>*).

e) En resumen, la Administración no es libre de rescatar una concesión administrativa, pues no puede entenderse que al dar algo que era suyo puede recuperarlo cuando le plazca. Bien al contrario, al celebrar el contrato o dictar el acto que permite el uso privativo del dominio, la autoridad queda vinculada por el ordenamiento jurídico en vigor, que protege la posición jurídica y económica del concesionario, al amparo de los artículos 33 y 38 CE (como titular del derecho a la libertad de empresa y titular, en su caso, de derechos reales amparados por la concesión, respectivamente). Y

16 GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, 11ª ed. 2002.

17 MESTRE DELGADO, J.F.: *La extinción de la concesión de servicio público*, La Ley, 1992.

18 PONCE SOLÉ, J.: “La revocació de llicències en el reglament d’obres, activitats i serveis”, en FONT LLOVET, T., (Coord.), *Dret Local*, UB-UAB-Marcial Pons, Barcelona, 1997, pp. 165 y ss.

si bien acepta excepcionalmente el rescate (que tiene naturaleza expropiatoria), rodea el ejercicio de esta potestad tan agresiva para los derechos de diversos límites y la enmarca con diferentes orientaciones, en protección, a la vez, del interés general y de los derechos del concesionario.

f) En fin, como indica la STS de 31 de Julio de 1990, en relación a la institución revocatoria, en el tema que nos ocupa se hallan en tensión dos principios constitucionales. Por un lado, el de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), que exige el respeto por parte de la administración de los derechos y las expectativas legítimas de los particulares. Por otro, el principio de eficacia de la actuación administrativa (art. 103.1 CE), que fundamenta la revocación y, en lo que ahora nos interesa, el rescate. La tensión entre estos dos principios constitucionales es resuelta de la manera que a continuación veremos.

Vamos a repasar a partir de este momento todos los *elementos reglados* que debe respetar el ejercicio de la potestad de rescatar, así como los *principios generales* que limitan la misma y las *obligaciones jurídicas que la orientan*.

A tal efecto, vamos a seguir las categorías firmemente establecidas en el Derecho español de control de la discrecionalidad (incorporadas a nuestro Derecho desde el capital trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA¹⁹, 1962), que son halladas con normalidad tanto en la doctrina (pudiéndose encontrarse en cualquier manual al uso, por todos, SÁNCHEZ MORON²⁰, 2014, pp. 88 y ss.) como en la jurisprudencia.

Por último, añadiremos a este estudio el papel que desde hace más de una década está representando el *derecho a una buena administración* como orientación del comportamiento administrativo hacia la calidad y el mejor servicio al interés general (PONCE²¹, 2001).

2-El interés público

Como es sabido, el ejercicio de una potestad administrativa cuando no concurren los hechos determinantes previstos en la norma atributiva de la potestad es ilegal. Como señala la jurisprudencia, su existencia y características escapan a toda discrecionalidad: los hechos son tal como la realidad los exterioriza. No le es dado a la Administración inventarlos o desfigurarlos, aunque tenga facultades discrecionales para su valoración (por ejemplo, STS de 1 de diciembre de 1986).

19 GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: “La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, *Revista de Administración Pública*, 38, 1962, pp. 159 y ss.

20 SÁNCHEZ MORON, M.: *Derecho Administrativo. Parte General*, Tecnos, Madrid, 10ª ed., 2014.

21 PONCE SOLÉ, J., *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Lex Nova, Valladolid, 2001.

Si una administración quiere rescatar una concesión administrativa tendrá que explicar qué hechos fundamentan su decisión. Dado que la legislación sólo prevé uno, que la concesión sea incompatible con el interés público o general, tendrá que existir esa incompatibilidad.

El interés público, pues, se configura como el concepto jurídico indeterminado contenido en la legislación de contratos y demanial que determina el ejercicio de la potestad de rescate (sobre el interés general o público como concepto jurídico indeterminado, por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ²², 2002, 463). En cada concreto rescate, existirá una única solución justa: o concurrirá interés público para efectuar el rescate o no. Obviamente, existirá un margen de apreciación administrativo que conducirá a la existencia, como dijimos, de una discrecionalidad técnica basada en la ciencia jurídica, de gestión pública o económica para determinar si el rescate es o no conveniente para el interés general. Pero no hay libertad arbitraria en tal margen de apreciación, que no puede basarse, como dijimos, en puras razones ideológicas desconectadas de la concreta concesión administrativa y de sus circunstancias particulares.

Así, de nuestra jurisprudencia se deduce que no existe interés público para el rescate de contratos cuando se realiza para el otorgamiento del servicio a un tercero (STS de 5 de abril de 1999, recurso de casación 7541/1994); tampoco cabe confundir el orden público con el interés público (Sentencia del TSJ de Asturias de 8 de enero de 2013, recurso 224/2012).

El Consejo de Estado, por su parte, ha señalado que el rescate *<exige para su viabilidad la apreciación del interés público de su procedencia, que ha de quedar debidamente acreditada a juicio de la Administración actuante en el procedimiento>*, siendo *<obvio que no bastaría una abstracta invocación de su concurrencia que sin mayor precisión afirmaran los órganos instructores e informantes: al contrario, esta invocación ha de quedar suficientemente justificada en términos razonables siempre que se pretenda su aplicación>* (Dictamen 50197/1987, a propósito de un rescate autonómico de una concesión de transporte regular de viajeros).

No existirá interés público para rescatar cuando el servicio *<se venga realizando con la regularidad necesaria para su adecuado cumplimiento>* (Sentencia del TSJ de Asturias de 8 de enero de 2013, a contrario). Tampoco, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia ya vista, cuando exista un simple cambio político en la corporación municipal como razón del rescate.

En el ámbito de las concesiones demaniales, una constante y reiterada jurisprudencia (SSTS de 29 de octubre de 1979, de 29 de septiembre de 1980, de 4 de noviembre de 1997 o de 18 de diciembre de 1997) señala que el ejercicio del rescate debe tener como interés público a preservar la protección y salvaguarda del destino del bien demanial en el caso que surja un interés público sobrevenido incompatible con el que motivó el otorgamiento y sea preferente al primero, pues de

22 GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, 11ª ed. 2002.

lo contrario <no sólo iría la Administración contra sus propios actos, sino que lo verificaría desconociendo o lesionando los derechos de los particulares legítimamente adquiridos en el tráfico administrativo> (STS de 29 de octubre de 1979, citada antes).

Precisamente, con fundamento en este planteamiento, el Consejo de Estado ha dictaminado de modo favorable numerosos expedientes de rescate de concesiones demaniales, ante la evidencia de que dichos títulos eran incompatibles con proyectos de obras aprobados por la Administración. Este es el caso, por ejemplo, de:

1.-El Dictamen núm. 807/1991, de 31 de octubre, que informa de modo favorable el rescate de una concesión demanial para estación de servicios, por resultar incompatible con el anteproyecto de ampliación y remodelación del edificio de la terminal del Aeropuerto de Barcelona.

2.-El Dictamen núm. 2536/1994, de 23 de diciembre de 1995, que informa de modo favorable el rescate de una concesión demanial para la construcción de un tinglado de uso público, por resultar incompatible con el proyecto de regeneración de la playa de Rosas (2ª fase).

3.-O, por último, el Dictamen núm. 1504/2006, de 19 de octubre de 2006, que informa de modo favorable el rescate de una concesión demanial para la construcción de un varadero en un puerto, por resultar incompatible con el proyecto de modificación número 1 de la nueva base de contenedores en la dársena del este del Puerto de Santa Cruz de Tenerife.

3-La gestión sostenible y eficiente del servicio

Por otro lado, dada la posible afectación de la libertad de empresa y del derecho de propiedad de los concesionarios, existe una vinculación positiva de la Administración al ordenamiento jurídico, que mediante normas con rango de ley prevén la potestad de rescate, en los términos ya expresados.

Pues bien, en el caso concreto de la concesión de gestión de servicios públicos, la potestad de rescate sólo puede activarse para el caso de que se pretenda recuperar la gestión directa del servicio, siendo ilegal si se efectúa para realizar una nueva concesión en favor de un tercero distinto (así lo recuerda la jurisprudencia, que llega a anular rescates por esa causa: véase la STS de 5 de abril de 1999, recurso de casación núm. 7541/1994).

Ahora bien, ejercer la potestad de rescate supone, implícitamente, tomar una decisión sobre el modo de gestionar un servicio (pasando del modo indirecto al directo, lo que en el caso de los servicios se conoce informalmente con el nombre usual de *remunicipalización*). Esto es, al rescatar, se decide cómo gestionar un servicio. Por ello, la potestad de rescate no sólo está concedida y limitada por la legislación de contratos, sino que la legislación referida a la gestión de los servicios públicos también le será de aplicación.

Esto tiene singular relevancia en el ámbito local, donde el artículo 85 de la LBRL establece ahora (tras su reforma por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local) unas directrices legales sobre cómo deben gestionarse los servicios públicos de competencia local. Este precepto señala que en la elección entre la gestión directa (y aún dentro de ésta, aunque ahora no nos interese) y la gestión indirecta (y rescatar es una decisión de pasar de la segunda a la primera) deberá tenerse en cuenta este concreto mandato legal:

<Los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente entre las enumeradas a continuación>.

En otras palabras, antes de decidir rescatar una concesión administrativa, se deberá estudiar, tener claro y justificar, como veremos, que la gestión directa del concreto servicio es más sostenible (desde un punto de vista económico, ambiental y social) y eficiente (esto es, que emplea menos recursos o que dados unos recursos obtiene más resultados, por todos PONCE²³, 2001) que la gestión indirecta por el concesionario.

En caso contrario, esto es, si no se prueba por la Administración que la gestión directa es más sostenible y eficiente que la gestión indirecta, la decisión de rescatar será ilegal por vulneración de este precepto de la LBRL (artículo 48.1 Ley 39/2015, de 1 de octubre).

4-La desviación de poder

La anterior reflexión nos introduce en otro típico elemento reglado que también concurre en los rescates: su necesaria persecución del interés general o público. No, en ningún caso, de un interés privado, sea individual o colectivo (por ejemplo, ideológico propio de un grupo o partido político), pues de perseguirse tal interés privado estaríamos ante una clásica desviación de poder, como pone de relieve CASSAGNE²⁴ para el caso argentino, al señalar que:

<Uno de los aspectos de la teoría del contrato administrativo que demanda una reconstrucción legislativa y jurisprudencial se vincula con la extinción del contrato por razones de interés público cuya adaptación a los requerimientos de la justicia, seguridad jurídica y moralidad pública exige el fortalecimiento del pacta sunt servanda en los contratos públicos, particularmente aquellos vinculados con la prestación de servicios públicos que son, precisamente, los que soportan con mayor virulencia los cambios de orientación de las políticas de turno.>

23 PONCE SOLÉ, J.: *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Lex Nova, Valladolid, 2001.

24 CASSAGNE, J.C.: *Derecho Administrativo II*, Lexis Nexis Abeledo Perrot, 7ª edición, 2002.

En este sentido, la tentación de confundir esos cambios de orientación política con el interés público, además de traducir una evidente desviación de poder (...)>.

De existir tal desviación de poder, es decir, de ejercer la potestad de rescate para un fin diferente del legalmente previsto, la misma provocaría la invalidez de la decisión administrativa (artículo 48.1 Ley 39/2015, de 1 de octubre).

5-El deber de motivación

Asimismo, la garantía de que un rescate no va a ser arbitrario ni resultado de una mala administración (como luego veremos) es que se exterioricen las razones que justifican su ejercicio. De conformidad con el artículo 35.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, todo acto administrativo de rescate va a tener que incluir una sucinta referencia a los hechos y fundamentos de derecho que lo justifican. Y dado que en este caso la normativa atributiva de la potestad exige la concurrencia de un interés público, la motivación deberá explicar éste. La ausencia de motivación o una motivación puramente formal que no explique la razón de interés público concreto que da lugar al rescate convertirá a éste en ilegal, por vulneración de los artículos 9.3 CE y 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de conformidad con el 48.1 de esta misma ley.

6-Los principios generales del derecho: la interdicción de la arbitrariedad y la proporcionalidad

La técnica más sofisticada de control del ejercicio del margen de apreciación del concepto jurídico indeterminado “interés público” que fundamenta un posible rescate, es la consideración del respeto o no de los límites establecidos por los principios generales del Derecho. Entre ellos, dos nos parecen de singular importancia en este ámbito: el de interdicción de la arbitrariedad y el de proporcionalidad.

Respecto al primero, como es sabido, viene consagrado en el artículo 9.3 CE y es de corriente uso en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, que lo aplica habitualmente para controlar (y anular) decisiones administrativas irracionales o no motivadas (por todas, STS de 10 de mayo de 2000). Por tanto, un rescate que sea irracional, al no poder aportarse razones basadas en la técnica de gestión pública de los servicios, o que, siendo quizás racional, no esté motivado (en los términos vistos en el apartado anterior) será ilegal y susceptible de anulación judicial.

En cuanto al principio de proporcionalidad, también es conocido en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, “TEDH”), de nuestro Tribunal Constitucional (que lo considera inherente a nuestro Estado de Derecho y vinculado al valor Justicia del artículo 1 CE, STC 85/1992, FJ. 4 y STC 50/1995, FJ 7) y de nuestro Tribunal Supremo. La jurisprudencia y la doctrina distinguen tres subprincipios en el mismo. En primer lugar, el de necesidad, que implica que la decisión administrativa deba perseguir un interés general (pues en otro caso se produciría desviación de poder, en los términos ya aludidos). En segundo lugar, el subprincipio de idoneidad,

pues aun persiguiendo un interés general, la decisión (por ejemplo, un rescate) debe ser la menos restrictiva posible de derechos de los ciudadanos (por ejemplo, de los concesionarios). Esta vertiente del principio de proporcionalidad se hallaba explicitada en el hoy derogado artículo 39 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, cuando señalaba que:

<1. Las Administraciones Públicas que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público, así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias>.

Este subprincipio es singularmente importante en relación a los rescates, porque si la Administración contratante o titular del demanio puede servir al interés general sobrevenido de otros modos distintos a la expropiación de los derechos derivados del contrato o del título habilitante para el uso privativo demanial, está obligada a hacerlo. Efectivamente, como ya hemos indicado, el rescate es, en definitiva, una privación singular de derechos del concesionario, y el Tribunal Supremo ha dejado claro que, si existe una alternativa menos gravosa que la expropiación de bienes, esa es la que debe ser seleccionada, siendo ilegal entonces la expropiación (STS de 30 de diciembre de 1991).

Finalmente, aun persiguiendo una finalidad de interés general y haciéndolo de la manera menos restrictiva posible, una decisión de rescate no superará el test de proporcionalidad si los beneficios que genera son inferiores a los costes que origina (subprincipio de proporcionalidad *strictu sensu*). Este test, empleado también por nuestra jurisprudencia (por todas, STS de 18 de marzo de 1999), implica que la decisión de rescate no sólo ha de ser más sostenible y eficiente que la gestión indirecta preexistente (artículo 85 LBRL, ya analizado) sino que, siéndolo, los beneficios que reporte a la sociedad (ambientales, sociales, económicos) superarán los costes que le infrinja (de todo tipo también, ambientales, sociales y económicos).

Corresponderá, pues, a la Administración efectuar este análisis coste-beneficio y demostrar que la decisión no es desproporcionada. Para ello, antes de tomar la decisión, deberá haber analizado, por ejemplo, los costes que generará la gestión directa, el personal con el que contará, el impacto del rescate en los empleados de la concesionaria y sus obligaciones con ellos, etc.

7-El deber de buena administración

A-Derecho a una buena administración: Due care y due dilligence

En la última década, diversas iniciativas, normas jurídicas y decisiones judiciales han impulsado el derecho a una buena administración, y las obligaciones derivadas de él para las administraciones,

como un elemento relevante de la agenda jurídica internacional en el ámbito del Derecho administrativo (así, por ejemplo, entre otros muchos, BOUSTA, 2010, WAKEFIELD, 2007, PONCE²⁵, 2005).

A nivel europeo, el Consejo de Europa ha sido activo en el ámbito del deber de buena administración. Así, la Recomendación CM/REC (2007) 7 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre buena administración incluye varias sugerencias a los Estados Miembros para promover la buena administración. Entre ellas, hay una sobre la adopción de los estándares establecidos en un código modelo que se acompaña como apéndice a la propia Recomendación²⁶.

Por lo que se refiere a la Unión Europea, debe resaltarse la conocida consagración en la Carta de Derechos Fundamentales (artículo 41). El Tratado de Lisboa pasa a reconocer a la Carta y, por tanto, a su artículo 41, plena virtualidad jurídica²⁷. En cualquier caso, como es sabido, el derecho a una buena administración sólo es de aplicación en las relaciones jurídicas con las instituciones comunitarias, no respecto de las autoridades nacionales, aunque no falten opiniones que entiendan argumentable la necesidad de extender aquél a éstas, al menos cuando aplican Derecho Comunitario (NIETO y MARTÍN²⁸, 2007, 86 y ss.). Además, el Parlamento Europeo ha aprobado el *Código Europeo de Buena Conducta Administrativa*, por resolución de 2001, posible embrión de una futura codificación del procedimiento administrativo europeo.

El derecho a una buena administración también se encuentra incorporado en diversa normativa española. La Constitución de 1978 (PONCE²⁹, 2001), prevé, implícitamente un auténtico deber jurídico de medios: lo que viene denominándose, siguiendo la línea clásica de nuestra legislación, jurisprudencia y doctrina, *deber de buena administración*. Deber que se encuentra explicitado en los artículos 9.3 (principio de interdicción de la arbitrariedad), 31.2 (principios de economía y eficiencia) y 103.1 (principios de objetividad, coordinación y eficacia), que afectan a todo desarrollo de la función administrativa.

Modernos Estatutos de Autonomía han recogido también el derecho a una buena administración³⁰.

25 PONCE SOLÉ, J.: "Good Administration and Administrative Procedures," *Indiana Journal of Global Legal Studies*: Vol. 12: Iss. 2, 2005.

26 Efectivamente, el apéndice de la misma contiene un Código de Buena Administración con 23 artículos, divididos en tres partes: principios de buena administración, aspectos procedimentales y recursos.

27 Véase el artículo 6.1 del TUE de acuerdo con el Tratado de Lisboa, confiriendo a la Carta el mismo valor jurídico que a los Tratados.

28 NIETO-GARRIDO, E. y MARTÍN DELGADO, I.: *European Administrative Law in The Constitutional Treaty*, Hart, 2007.

29 PONCE SOLÉ, J.: *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Lex Nova, Valladolid, 2001.

30 Téngase en cuenta el artículo 30 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, aprobado por la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio; el artículo 31 del nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía, aprobado por la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo; el artículo 14 del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares, aprobado por Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero; el artículo 12 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, aprobado por Ley Orgánica

A nivel legal, la legislación de contratos, por ejemplo, contiene una referencia clásica a la orientación de la capacidad de contratación de las Administraciones públicas por los principios de buena administración (actual artículo 25.1 TRLCSP).

Pasando de los textos legales a la jurisprudencia generada por la resolución de problemas concretos, hay que mencionar la del TEDH, que ha construido en torno al artículo 6 del Convenio la noción de buena administración, aplicándola para resolver conflictos tanto en el ámbito administrativo como judicial³¹. Como señala el TEDH en su sentencia Öneriyildiz contra Turquía, de 30 de noviembre de 2004, aunque *<el ejercicio de la discrecionalidad administrativa incluya una multitud de factores locales inherentes en la elección, implementación de políticas públicas>* (como por ejemplo, las urbanísticas) y *<en las medidas que resulten>*, ello *<no significa que las autoridades puedan legítimamente apoyarse sólo en su margen de apreciación, el cual de ningún modo les dispensa de su deber de actuar>* conforme a principios de buen comportamiento público.

En la práctica, el TEDH alude al principio de buena gobernanza (*good governance*) derivado del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y lo aplica a la actividad administrativa. El TEDH mantiene una consistente jurisprudencia aludiendo al *principio de buena gobernanza* como instrumento jurídico para orientar y limitar la discrecionalidad de las autoridades de los países miembros del Convenio de 1950. Así, de las decisiones *Cazja* contra Polonia, de 2 de octubre de 2012, *Rysovskyy* contra Ucrania, de 20 de octubre de 2011, y *Öneriyildiz* contra Turquía, de 30 de noviembre de 2004, se deduce que aunque el ejercicio de la discrecionalidad administrativa incluya una multitud de factores locales inherentes en la elección, implementación de políticas públicas (como, por ejemplo, las urbanísticas) y en las medidas que resulten, ello no significa que las autoridades puedan legítimamente apoyarse sólo en su margen de apreciación, el cual de ningún modo les dispensa de su deber de actuar conforme al principio de buena gobernanza, que impone una actividad pública:

- Ágil y rápida y en su debido momento (*“promptly”, “speedily”, “in good time”*), desarrollada de una manera apropiada y “sobre todo” consistente, especialmente cuando afecta a “derechos humanos fundamentales, incluyendo el derecho de propiedad”.

-Llevada a cabo con sumo (*“utmost”*) cuidado, “en particular cuando se trata de materias de vital importancia para los individuos, como beneficios sociales y otros derechos parecidos”.

14/2007, de 30 de noviembre o, el artículo 9 de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma Valenciana.

31 En el ámbito administrativo, recuérdese, por ejemplo, la STEDH de 20 de septiembre de 2005, Caso Erstas Aydin y otros contra Turquía, Fundamento 52. En el ámbito judicial (con alusión a una buena administración de justicia), por todas, STEDH de 24 de mayo de 2005, caso Intiba contra Turquía, Fundamento 54.

-Mediante el desarrollo de procedimientos internos que permitan la transparencia y la claridad de sus operaciones, minimicen el riesgo de errores y promuevan la seguridad jurídica en las transacciones entre particulares afectando intereses relativos a la propiedad.

-Correctora de errores cometidos, con el pago, en su caso, de una adecuada compensación u otro tipo de reparación apropiada para el ciudadano afectado por los mismos.

En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal de Justicia de Primera Instancia, diversas sentencias se han referido a la buena administración de forma implícita y explícita.³²

En la misma línea, el Tribunal Supremo español ya se ha referido en numerosas ocasiones al derecho a una buena administración, en sectores tan variados como (i) la contratación, (ii) el medio ambiente, (iii) la motivación, (iv) el dominio público, (v) el urbanismo, (vi) la actividad administrativa de fomento, (vii) las autorizaciones, (viii) los servicios mínimo, (ix) la emisión de gases de efecto invernadero, (x) los parques eólicos, (xi) los reglamentos y, en fin, también hay SSTs referidas a las relaciones entre buena administración y transparencia. Es el caso de la STS de 30 de abril de 2012 (recurso núm. 1869/2011), donde, aceptando los fundamentos jurídicos de la sentencia de instancia, se señala como el derecho a una buena administración, “derecho de última generación”, es integrado por el acceso de los ciudadanos a archivos y registros, vinculado a principios de transparencia. En la STS de 27 de marzo de 2013 (recurso 224/2011), se señala como los “principios informadores de la gobernanza” se encuentran “inscritos en el deber de buena administración”, no vulnerado en este caso, dado que los procedimientos administrativos relativos al caso (de otorgamiento de permisos de investigación de hidrocarburos situados en el mediterráneo ante las costas valencianas) han sido transparentes y participados por la ciudadanía.

En definitiva, el derecho a la buena administración supone un auténtico cambio de paradigma en la comprensión, análisis y control de la actividad pública, pues respecto a ésta debe entenderse, ante todo, que incluso la producción de actos jurídicos formalizados (autorizaciones, reglamentos, etc.), como resultado del ejercicio de potestades administrativas, supone un servicio para la colec-

32 Por lo que se refiere al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, son destacables diversas decisiones, sobre todo desde los años setenta, entre ellas, por ejemplo, el caso *C-260/90 Technische University München v. Hauptzollamt München-Mitle* (1991) ECR I-546, anterior a la Carta de Derechos Fundamentales, en el que la existencia de un deber de buena administración (*due care*) es conectado con el derecho a ser oído y con el deber de motivación. Como ha señalado el Tribunal de Primera Instancia en su sentencia de 30 de enero de 2002 (Caso T-54/99, *Max. mobil Telekommunikation Service GmbH. v. Commission*), ya tras la aprobación de la Carta, el derecho a una buena administración es “uno de los principios generales que son observados en un Estado de Derecho (*governed by the rule of Law*) y son comunes a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros”, con referencia al artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El Tribunal de Primera Instancia ha sido particularmente activo en la imposición de una serie de principios de guía del comportamiento de la administración europea: el derecho de acceso a la información, el derecho de audiencia, el principio de cuidado (o debido cuidado o debida diligencia, *due care* o *due diligence*) y la obligación de motivación.

tividad, como lo es la gestión de hospitales o de escuelas, servicio que puede y debe ser evaluado tomando como parámetros, entre otros, los criterios de eficacia, eficiencia y economía, que pueden articularse a través del procedimiento de elaboración de esas decisiones³³. Esta reflexión nos conduce a la relevancia del Derecho en garantía de la buena administración, aunque ésta no sólo dependa de él.

Efectivamente, el ordenamiento español ha diseñado diversas técnicas para hacer efectivo este derecho a una buena administración (cartas de servicios, códigos éticos o de conducta, etc.) en las que ahora no entraremos, salvo en lo que se refiere a la obligación jurídica existente de tomar en consideración con la máxima diligencia y cuidado posible los hechos, intereses, derechos y normas jurídicas implicadas en la toma de toda decisión administrativa discrecional, también, claro está, en el caso de los rescates.

Este debido cuidado y diligencia comporta la necesidad de generar alternativas al rescate antes de adoptar éste, alternativas menos gravosas para el concesionario que la expropiación de sus derechos, para dar cumplimiento al principio de proporcionalidad.

B-Principios de buen gobierno y obligaciones de buena administración: las leyes de transparencia y buen gobierno

La normativa y jurisprudencia mencionada sobre la buena administración ha sido completada recientemente con la aprobación de una nueva generación de leyes de transparencia, acceso a la información y buen gobierno, empezando por la ley estatal 19/2013, de 9 de diciembre y siguiendo por numerosas leyes autonómicas, entre ellas, por ejemplo, la catalana 19/2014, de 29 de diciembre (al respecto, CERRILLO³⁴ y PONCE, 2015).

En ellas se concretan las obligaciones de buena administración y *se establecen también referencias al buen gobierno de cargos electos y altos cargos*. En este sentido, es destacable que tanto la ley estatal (artículo 26) como la catalana, (artículo 55) establecen como principios jurídicos de buen gobierno, que deben ser respetados por la actividad de los cargos electos y de los altos cargos, los de imparcialidad, objetividad, servicio exclusivo a los intereses generales, persecución de la calidad de los servicios o la gestión adecuada de los recursos públicos.

33 Llama la atención sobre este punto CERULLI IRELLI (CERULLI IRELLI, V.: "La simplificación de la acción administrativa", *Documentación Administrativa*, núm. 248-249, 1997) señalando el cambio cultural "de verdadera y propia revolución" que esto comporta, respecto a los administradores, los jueces y los ciudadanos.

34 CERRILLO, A y PONCE, J.: *Transparència, accés a la informació públic i bon govern. Comentaris a la llei 19/2014, de 9 de desembre*, UOC-Generalitat de Catalunya, 2015.

Estos principios, cuya vulneración puede dar lugar a la comisión de infracciones tipificadas (artículos 27 y ss. ley estatal, arts. 76 y ss. de la Ley catalana), y que se articulan a través de técnicas específicas (véanse los artículos 56 y ss. de la ley catalana, por ejemplo), en lo que ahora nos interesa, si son vulnerados pueden conducir a la invalidez de una decisión de rescatar adoptada por un cargo electo o alto cargo.

C-Eficiencia, economía y equilibrio presupuestario de los entes locales

Por último, en la ponderación diligente y cuidadosa de todos los elementos relevantes para la toma de la decisión de rescatar, ya vimos que era preciso constatar por el decisor que la gestión directa sería más sostenible y eficiente que la indirecta existente (artículo 85 LBRL). Además, el artículo 31 CE, al establecer el principio de economía como elemento de la buena administración, también obliga a ponderar el posible ahorro de recursos públicos que una u otra solución suponen.

Esa ponderación debe efectuarse, además, en el contexto establecido por el artículo 135 CE y la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria, que lo desarrolla, que exigen estabilidad presupuestaria a los entes estatales y autonómicos y *equilibrio presupuestario* a los entes locales.

En este sentido, la decisión de rescatar o no deberá medir el impacto del rescate en las arcas públicas y garantizar que no suponga incumplimiento de estos requisitos constitucionales y legales. Si se adoptara la decisión de rescatar y ello implicara vulnerar dichas obligaciones jurídicas, la decisión sería inválida por contravenir estos preceptos y el decisor sería susceptible de cometer una infracción de las tipificadas en el artículo 28 de la ley estatal 19/2013, de 9 de diciembre de transparencia, acceso a la información y buen gobierno.

Bibliografía

ARPAL, J.: Voz "Ideología" en GINER, S., LAMO DE ESPINOSA, E. y TORRES, C. (Eds.), *Diccionario de Sociología*, Alianza editorial, 1998.

AUBY, J-M., BON, P. AUBY, J-B, TERNEYRE, P.: *Droit Administratif des biens*, Dalloz, 5ª ed., 2008.

CASSAGNE, J.C.: *Derecho Administrativo II*, Lexis Nexis Abeledo Perrot, 7ª edición, 2002.

CERRILLO, A y PONCE, J.: *Transparència, accés a la informació pública i bon govern. Comentaris a la llei 19/2014, de 9 de desembre*, UOC-Generalitat de Catalunya, 2015.

CERULLI IRELLI, V.: "La simplificación de la acción administrativa", *Documentación Administrativa*, núm. 248-249, 1997.

DESDENTADO DAROCA, E.: *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (un estudio crítico de la jurisprudencia)*, Civitas, 1997, Madrid.

FERNÁNDEZ, T.R.: *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Civitas, 1991.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: “La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, *Revista de Administración Pública*, 38, 1962.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Democracia, Jueces y control de la Administración*, Civitas, 1995.

GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, 11ª ed. 2002.

MESTRE DELGADO, J.F.: *La extinción de la concesión de servicio público*, La Ley, 1992.

MESTRE DELGADO, J.F.: “La extinción de las autorizaciones y concesiones demaniales”, en CHINCHILLA MARÍN, C. (Coord.), *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Thomson Civitas, 2004.

NIETO, A.: “La Administración sirve con objetividad los intereses generales”, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., (Ed.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. III, Ed. Civitas, Madrid, 1991.

NIETO-GARRIDO, E. y MARTÍN DELGADO, I.: *European Administrative Law in The Constitutional Treaty*, Hart, 2007.

PONCE SOLÉ, J.: “La revocació de llicències en el reglament d’obres, activitats i serveis”, en FONT LLOVET, T., (Coord.), *Dret Local*, UB-UAB-Marcial Pons, Barcelona, 1997.

PONCE SOLÉ, J., *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Lex Nova, Valladolid, 2001.

PONCE SOLÉ, J.: “Good Administration and Administrative Procedures,” *Indiana Journal of Global Legal Studies*: Vol. 12: Iss. 2, 2005.

RICHER, L.: *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 7ª edición, 2010.

SÁNCHEZ MORON, M.: *Derecho Administrativo. Parte General*, Tecnos, Madrid, 10ª ed., 2014.

Ahora empezaremos el segundo bloque de reflexiones a partir de casos reales. Para ello, contaremos, primero, con la presentación de Fernando Cacho, socio de Broseta Abogados, quien nos contará la experiencia de su bufete en temas de renegociación de concesiones. Luego, tendremos al profesor Francesc Trillas, de la Universidad Autónoma de Barcelona, que abordará cuándo es necesario una concesión desde el punto de vista del presupuesto público. Y, para cerrar el bloque, tendremos una mesa redonda con los diferentes ponentes, en la que reflexionaremos sobre varias cuestiones.

Miquel Rodríguez Planas

Gerente del Specialist Centre on PPP in Smart and Sustainable Cities

Renegociación de una concesión

Fernando Cacho

Socio, Broseta Abogados

Buenos días. Ante todo, agradecer al foro PPP for Cities y a la Diputación de Barcelona esta invitación. Es un honor para mí participar en este foro de colaboración público-privada. Respecto a mi ponencia, la idea es que sea práctica. Voy a explicar nuestra experiencia como despacho en temas de colaboración público-privada, en este caso, sobre infraestructuras deportivas y sanitarias que hemos estado llevando en el ámbito de la negociación con la Administración Pública.

En primer lugar, hemos de tener en cuenta que, cuando hablamos de una renegociación de una concesión, lo que tenemos que ver es que, como se comentaba en el foro anterior, es que habido casos en los que o no se han hecho las cosas bien de manera previa o han surgido imprevistos que han dado lugar a la renegociación. Nosotros somos firmes defensores de que, para que una concesión, un modelo concesional de colaboración público-privada, funcione, la planificación previa es esencial. Y me refiero a la planificación previa desde el punto de vista técnico, desde el punto de vista económico y desde un punto de vista en el que se repartan los riesgos entre el operador privado y el operador público de forma coherente, de modo que cada uno tenga la responsabilidad de lo que realmente sabe hacer. Lo que el operador privado tiene que hacer es gestionar, construir; y la Administración, fiscalizar, intervenir –entendemos– en las menores cuestiones posibles, pero en las que realmente sepa actuar. Todo contrato, obviamente, tiene que salir a licitación con un equilibrio económico (esencial); legalmente debe ser así. Se deben aunar el beneficio del concesionario y el interés general, y así es como debe materializarse el contrato. El pliego debe recoger todas aquellas cuestiones que hagan que el contrato sea equilibrado, y para ello existen mecanismos que lo facilitan. En el reparto de riesgos, tal como comentaba anteriormente, es fundamental. En la mesa redonda que celebraremos posteriormente, avanzaré las nuevas directivas comunitarias que entraron en vigor de manera directa el 18 de abril de este año y que afectan muy mucho a este reparto de riesgos, siendo esencial para determinar lo que es una concesión y, sobre todo, lo que supone para la Administración el cómputo de déficit público. Hoy en día resulta también esencial para que cualquier concesión salga adelante.

Entonces, a partir de este marco de planificación previa, que es –como comentaba– fundamental, debe salir una concesión. Otra cuestión también muy importante es la de la responsabilidad patrimonial de la Administración (RPA). Hoy en día, las Administraciones Públicas, sobre todo, se sorprenden de que esta RPA, este concepto que ha existido desde siempre, desde que cualquier contrato que se licita y adjudica, la RPA existe. Pero desde la época de las radiales de Madrid está muy de moda de que la RPA sea un importe que deba pagar la Administración, como si no

hubiera existido nunca. ¿Qué es lo que ha pasado? Pues que no se planificó bien, o, en general, no se planificaron bien los contratos concesionales ni se hizo un reparto de riesgos adecuado. Así que nos estamos encontrando con modelos en los que la Administración desconocía que existía la RPA, y está provocando numerosos procedimientos administrativos y judiciales. Dicho todo esto, también es verdad que, cuando se inicia la concesión, se producen muchas vicisitudes, muchas circunstancias que generan la alteración de la concesión: desde incumplimientos por parte de la Administración hasta modificaciones contractuales, actuaciones directas de la Administración, incumplimientos del concesionario... Y luego están las circunstancias vinculadas al *factum principis*, al riesgo imprevisible, que no dependen de las partes, pero que están ahí y provocan alteraciones en el equilibrio del contrato. Todas ellas generan una situación en la que se puede producir esa ruptura del equilibrio de la concesión y provocan que la Administración y el concesionario privado tengan que sentarse y analizar la situación de la concesión, para buscar soluciones.

Tal como se comentaba anteriormente, el modelo concesional debe ser flexible; un modelo que se vaya adaptando al día a día de la concesión, precisamente por estos cambios que se pueden ir produciendo. Hay modelos en Europa, en economías menos avanzadas que la nuestra, en los que es sorprendente, desde el minuto uno, el desarrollo del contrato: técnicos jurídicos y económicos de la Administración se sentaban con técnicos jurídicos y económicos de distintos licitadores para analizar y ver conjuntamente qué modelo de pliego se podía publicar para dotar de la mayor seguridad jurídica y económica posibles al contrato y tener una planificación adecuada. Y no sólo al principio, sino cuando se produce el momento de la renegociación, porque surgen situaciones que alteran el equilibrio del contrato, esa posibilidad de sentarse y analizar esas circunstancias sigue vigente, y así nos lo comentaba un cliente español que tiene muchísimos contratos en España y que no entendía como en nuestro país eso no era así. Se intentó, como en su día con el modelo de colaboración público-privada del artículo 11 de la Ley de Contratos, que, por cierto, ahora se ha eliminado de las directivas, en donde se establecía un procedimiento de diálogo competitivo en virtud del cual todas esas cuestiones parecían quedar resueltas. Lo que ha ocurrido es que, en la práctica, no ha sido muy utilizado y, por lo tanto, esa renegociación, esa flexibilidad, no se ha producido y se ha virado hacia los contratos convencionales que hoy en día seguimos teniendo; y que, por si fuera poco, la Administración, en este caso Europa, nos está restringiendo su aplicación en muchas cuestiones que luego comentaremos.

Una vez que llegamos al punto en el que nos sentamos con la Administración, vamos a negociar, y en la Administración sólo hay un planteamiento, desde nuestra experiencia. Ese planteamiento es el de «yo he licitado un contrato, yo no soy responsable del contrato. El responsable es el concesionario, por tanto, el riesgo y ventura le afecta sólo a él, que debe asumir cualquier responsabilidad de lo que ocurra en el contrato y, por lo tanto, yo no sé cómo tengo que colaborar en que este contrato se equilibre».

Y, por su parte, el concesionario dice: «Tú me prometiste o proyectaste en el pliego una serie de planteamientos económicos que hacían viable la concesión, que no has cumplido con ellos y, por lo tanto, debemos sentarnos e intentar buscar un punto intermedio para llegar a un acuerdo a nivel de equilibrio económico-financiero». Y ese equilibrio, ¿dónde se busca? Siempre desde el punto





de vista económico o desde el punto de vista del plazo. Desde el punto de vista económico, por ejemplo, en el tema de tarifas a usuarios, cualquier condición económica planteada en el modelo concesional es objeto de negociación. Y en el modelo temporal, a nivel de plazos. Hay una cláusula muy concreta en la ley en la que se establece que siempre que la retribución del concesionario proviniere en más de un 50 por ciento de tarifas abonadas por los usuarios, podrá prorrogarse el plazo de la concesión por un período que no exceda de un 15 por ciento de su duración inicial. Por tanto hay una serie de posibilidades en las que se puede alcanzar esa negociación, es decir, alcanzar ese equilibrio roto de la concesión, del mismo modo que se pueden plantear, por parte de la Administración, otras fórmulas como los préstamos participativos o subordinados, anticipos reintegrables, subvenciones, etcétera, en las tarifas. ¿Y qué ocurre en esa negociación? Pues insisto: la Administración suele trasladar la responsabilidad al concesionario, habla del riesgo y ventura de una manera amplia, y se alarga en el tiempo esa negociación, con una previsión futura en la que nos encontramos con una concesión deficitaria y, por consiguiente, con un concesionario que va perdiendo solvencia, va perdiendo capacidad y va perdiendo capacidad de respuesta respecto a las obligaciones que le corresponden derivadas del contrato.

A partir de ese momento, ¿cuál es el caballo de batalla? Pues la responsabilidad patrimonial de la Administración. La Administración empieza a darse cuenta de que, en caso de que se resuelva el contrato, que es una de las consecuencias esenciales que provocan esta situación de renegociación o que pueden provocar una renegociación que no tenga éxito, entre las posibles consecuencias está la resolución del contrato; dentro de esa resolución puede producirse el rescate de la concesión, tal como se comentaba en la anterior ponencia, y ese rescate puede generar la gestión directa de la concesión. Y, como se abordaba en la anterior ponencia, yo también quería destacar lo que supone el rescate a nivel práctico. Nosotros, en el bufete, estamos viviendo unas circunstancias a nivel práctico en una infraestructura que estamos llevando con un cliente, en la que la Administración ha decidido rescatar el servicio, ha decidido la reversión de las instalaciones, pero una vez sentados en la mesa de negociación, y una vez que se hace el planteamiento, cuando hablamos de las consecuencias que, a nivel jurídico, económico y social supone esta reversión, no tienen claro cómo plantear muchas de ellas. Y estamos hablando de inversiones tecnológicas muy importantes que debe asumir la Administración, y no es consciente del volumen y del alcance que ello supone realmente.

Las consecuencias a nivel de personal que, como se comentaba también en la anterior ponencia, suponen una subrogación de personal, y que, además, aquí hay una serie de interrogantes que se plantean. El otro día estuvimos en una ponencia de un magistrado del Tribunal Supremo de la Sala de lo Social en la que nos comentaba que, en el caso de que la infraestructura de personal de una concesionaria privada revertera en la Administración, el personal pasaba como indefinido no fijo, lo cual supone que la Administración asuma una serie de costes, con las limitaciones presupuestarias, que la sostenibilidad financiera actual exige y que le está exigiendo Europa, inasumibles hoy en día de hoy.

Además, también está la reclamación de daños y perjuicios que en todo caso va a suponer esta situación. Y en esa situación estamos, en la que la Administración ha dicho: «Yo quiero revertir

esta situación», más por una cuestión –entendemos– ideológica que real por interés público, pero cuyas consecuencias no son realmente analizadas de forma previa y, por lo tanto, consensuadas y dentro de un marco de negociación flexible, que es como deben plantearse, entendemos.

¿Y qué ocurre también con la resolución? Pues que el concesionario se plantea: «Yo, ¿cómo obtengo la RPA?, porque claro, yo tengo que plantear una causa de resolución por causa imputable a la Administración, o que no sea imputable a mí. Primero, para cobrar la RPA, y, segundo, para que no me repercutan los daños y perjuicios de mi imputabilidad en el caso de que la Administración lleve ese camino». Una táctica que se planteaba con la antigua norma y que, de hecho, se ha dado en diferentes circunstancias es la que, de inicio, el concesionario lo que hace para desarrollar una concesión –y así lo aconsejamos nosotros – es constituir una sociedad para el desarrollo de esa concesión.

Se trata de una práctica habitual dentro de los grupos de empresas, para, independizar la actividad y los resultados de explotación de esa concesión, para que, en el futuro, tal como está ocurriendo con muchísimas concesiones, si la concesión es deficitaria, al tener dicha sociedad solo ese activo si ésta entrara en concurso, nos encontraríamos en causa de resolución del contrato por causa no imputable al concesionario.

Y, ¿qué ocurre con esa situación de concurso? Pues, con la antigua norma –ahora comentaré lo que ocurre con la nueva–, el concurso era una causa potestativa de resolución de la concesión, y al entrar en fase de liquidación se convertía en una causa automática de resolución de la concesión, sin responsabilidad por parte del concesionario. Esto no significa que esta resolución automática genere una resolución en el momento en que se entra en liquidación; lo que significa es que se obliga a la Administración a iniciar un procedimiento de resolución de la concesión, que finaliza con esa resolución. Es también una de las cuestiones que la Administración pone en tela de juicio y hay diferentes interpretaciones.

Entrar en esa situación de concurso es una causa de resolución que genera el cobro de la RPA por parte del concesionario. La Administración eso lo sabe, y, entonces, en una renegociación, el concesionario se plantea forzar alcanzar esa situación de concurso para poder iniciar un procedimiento de resolución y cobrar la RPA si no llega a un punto de equilibrio del contrato. Se trata de un planteamiento que se está dando en la actualidad y que muchos concesionarios tienen en mente.

En el caso de la Administración, ¿cuál es su planteamiento? Pues que como «tengo que pagar la RPA sí o sí» –aquí también surge una duda muy importante, que tanto la Administración como los jueces confunden en ocasiones, según entendemos por la experiencia práctica que estamos teniendo con diferentes clientes–... La RPA surge, en todo caso, de una resolución anticipada de la concesión, porque revierte en las instalaciones antes de que finalice el plazo para que se acabe la concesión, en la Administración, y obtiene unas instalaciones a un precio, pero... ¿cuál? Pues el valor de las obras e instalaciones menos la amortización. Esto se da en todo caso, tenga o no tenga culpa el concesionario o la Administración, de que se produzca la resolución. Y después está la resolución por daños y perjuicios, que ahí sí se determina ya quién es el culpable de que se

produzca esa resolución. Entonces, la Administración, una vez que entiende que esa RPA la tiene que asumir, en esa negociación de la concesión analiza diferentes causas, en virtud de las cuales el concesionario puede haber incurrido en responsabilidad respecto al desarrollo de la concesión. Y ¿qué ocurre en la práctica? Que, en lugar de intentar buscar un entendimiento, unos planteamientos flexibles entre ambas partes, el concesionario inicia un procedimiento de resolución en vía administrativa para reclamar la RPA con la causa de concurso, en la que él no es responsable, y la Administración inicia un procedimiento paralelo reclamando en vía administrativa la resolución, por causa imputable al concesionario, con la idea de que, cuando se determine el importe y se cuantifique la RPA, la indemnización por daños y perjuicios compense esa RPA que tiene que satisfacer la Administración. Hasta tal punto que nosotros estamos en un procedimiento en el que por una concesión que la Administración, cuando se inició ese procedimiento de resolución por causa de concurso, hace diez años, solicitando la RPA por parte del concesionario, inició su procedimiento de resolución por causa imputable a éste alegando que había falseado las cuentas de la concesión, cosa que, durante esos diez años, nunca se había puesto de manifiesto y nunca se había producido.

Entonces nos encontramos con dos causas de resolución, dos procedimientos administrativos. Y ¿qué ocurre con esto? Pues que la jurisprudencia, cuando hay dos causas de resolución –la que se plantea por parte de la Administración y la planteada por el concesionario–, además de definir cuál es la que procede, la prevalente es la primera en el tiempo. Los procedimientos administrativos son cuestiones que se analizan a efectos de determinar si existe la causa, y, después, cuál es la primera en el tiempo. Estamos hablando de que se ha planteado una falsedad contable, que no ha existido, obviamente, desde nuestro punto de vista. La Administración nunca la ha puesto de manifiesto, pero estamos en una situación en la que todo se complica a nivel administrativo y a nivel judicial por no tener una negociación flexible, una negociación en la que se podría alcanzar un acuerdo, pero en la que el planteamiento, en muchas ocasiones ideológico, y por desconocimiento de lo que supone la RPA en una resolución contractual, genera estas circunstancias.

Respecto a la RPA y este planteamiento de concurso, se trata de un planteamiento que se hace conforme a la antigua norma. La nueva norma, la 40/2015, cambia el modelo de cálculo de la RPA. Todo ello viene dado por toda la época en la que estaban, con el planteamiento de las radiales, en el que desde el punto de vista legislativo por parte del Gobierno se dio un vuelco a lo que es la normativa de RPA, porque la situación para ellos a nivel económico era muy perjudicial, y se cambió el modelo de tal manera que ya se diferencia actualmente la resolución por causa imputable a la Administración y cuando no es imputable a la Administración. Y ¿qué ha ocurrido? Pues que cuando no es imputable a la Administración, el concurso es una causa no imputable a la Administración, lo cual no significa que sea imputable al concesionario. Y lo que ocurre en la práctica es que, para determinar esa RPA, ya no existe un modelo único, independientemente de que la causa sea imputable o no. Si bien no es imputable a la Administración, se saca un procedimiento de licitación de la concesión, se establece un tipo, y lo que salga de esa licitación será el importe de la RPA, lo cual es –entre comillas– una trampa, porque si una concesión es deficitaria y la clave es el precio, si lo sacas a licitación, estamos hablando de qué precio y dónde estamos a nivel económico en esa concesión. Es decir, estamos en cero o menos cero en muchas ocasiones. Y en ese

planteamiento nos encontramos respecto a la RPA hoy en día, para procedimientos posteriores a la aprobación de la nueva norma, aunque la mayoría de los que se están tratando en la actualidad son todavía con la antigua norma.

Otro punto que se plantea en la renegociación, menos traumático y bastante factible, que se ha dado en algunas ocasiones, es la cesión de la concesión. La cesión de la concesión es una figura jurídica en virtud de la cual se puede buscar a un tercer concesionario que esté interesado en el desarrollo de lo que resta de contrato. Este tercero tiene la obligación de subrogarse en todos los derechos y obligaciones de la concesión; no puede haber ningún cambio importante en el ámbito del contrato, porque entonces estaría vulnerando la concurrencia previa y la transparencia en la publicidad que se inició con el contrato. Y lo más importante es que esta cesión es factible tanto cuando la sociedad está en concurso como cuando está en liquidación. Es decir, en aras de darle continuidad a la actividad y al negocio, la jurisprudencia está admitiendo este tipo de cesiones. También es verdad que hay que analizar muy bien el porqué o las razones por las que se ha llegado a esa situación de desequilibrio económico en esa negociación, porque si el modelo no es factible, obviamente no habrá ningún tercero que asuma el desarrollo de esa concesión, que además tiene que garantizar que va a desarrollar de manera adecuada el tiempo que resta de concesión. Se exige una serie de requisitos como el periodo temporal, es decir, debe haber transcurrido un plazo determinado de tiempo, en este caso, el 20% de la duración del contrato; también se exige que cumpla con una solvencia económica financiera y técnica adecuada, pero es una situación que a la Administración le resuelve un problema, y al concesionario también, sin necesidad de entrar en estos modelos, en estas situaciones de RPA y resoluciones contractuales que, al final lo que suponen es una situación que, como todos sabéis, se alarga en el tiempo, procedimientos administrativos que lo que hacen es perjudicar al final la concesión que sigue estando en concurso, sigue estando en liquidación, y hasta que no se resuelva o se reciba por la Administración, hay un administrador concursal que está asumiendo unos costes en muchos casos inasumibles.

Nosotros entendemos que en este modelo de colaboración, insisto, en los modelos concesionales, pueden producirse muchos cambios, tal como comentábamos anteriormente, pero además hay que contar con imprevistos que se van a dar sí o sí, y si no se planifican adecuadamente de manera previa desde los puntos de vista jurídico, económico y social, y se busca la idoneidad real de lo que supone la obra pública que se va a desarrollar... Por cierto, al final, estos modelos concesionales realmente no tienen como base esencial la construcción de una obra pública, que es un poco el concepto que se ha tenido siempre en mente. Al final, se trata del desarrollo de una explotación de un servicio, donde deben estar alineados Administración, *sponsor* y empresa. Es decir, como comentaba antes, no se trata de ejecutar la obra y ya hemos acabado. Se trata de un desarrollo en el tiempo de un negocio que tiene que tener un modelo económico ajustado y equilibrado, si no, nos encontramos con que la mayoría de concesiones o muchas concesiones que hay en este país son, en muchos casos, deficitarias, porque esa planificación no ha existido, lo cual, unido a los imprevistos que surgen, generan estas discordancias y, al final, acabamos legislando en perjuicio del desarrollo de los modelos concesionales.

Por último, quería comentar algo respecto al tema de las directivas y el cómputo de déficit, pero lo voy a dejar para la mesa redonda, que yo creo que va a ser más interesante, respecto a lo que supone una colaboración público-privada y de la que nosotros somos fieles defensores.

Concluyo con esta reflexión y doy paso a preguntas, si procede, por parte de los asistentes.

Cuándo es necesaria una concesión desde el punto de vista del presupuesto público

Francesc Trillas

Profesor, UAB y Research Fellow, PPSRC-IESE

Buenos días. Muchas gracias por invitarme.

El título de mi presentación es «¿Cuándo hay que utilizar el método concesional desde el punto de vista del presupuesto público?» y, en realidad, la respuesta es bastante sencilla. Es decir, tal como se decía en parte del contenido de la intervención anterior, hay que hacerlo cuando se prevea que puede salir bien. La previsión es fundamental. O sea, el mensaje no es financiero; la respuesta a la pregunta no tiene que ver con técnicas presupuestarias, sino con que el proyecto tenga sentido y, en el caso del proyecto concesional, en particular en lo que definimos como colaboración público-privada o *public private partnership* (PPP), con que los contratos de este tipo puedan ofrecer unas ventajas que la provisión pública tradicional no permite. Esto es, cuando tengamos la seguridad de que el proyecto ejecutado mediante una colaboración público-privada puede dar mejores resultados que la provisión pública tradicional, pues en ese momento el resultado será mejor también para el presupuesto público. Por tanto, la respuesta a la pregunta no es una respuesta financiera o una respuesta presupuestaria, sino que tiene que ver con el paquete de organizar un proyecto que sea más eficiente de lo que sería una provisión pública tradicional.

Con el objetivo de mostrar esa idea, he dividido mi presentación en una serie de aspectos, aunque voy a ser muy breve en ellos y me voy a centrar en las cuestiones financieras y de gobernanza. Básicamente voy a hablar de cuatro cuestiones: de cómo el modelo tradicional de privatización y regulación, como caso extremo, nos puede servir para entender las posibles ventajas presupuestarias, o no, de un modelo concesional; de los incentivos, que son fundamentales, y de la existencia de razones de esa naturaleza por las cuales es posible que un modelo de colaboración público-privada dé lugar a mejores resultados; después voy a hablar de los aspectos relacionados con las finanzas públicas, presupuestarios; y, finalmente, me voy a referir a cuestiones de gobernanza.

El modelo tradicional que los académicos hemos estudiado y conocemos muy bien es el modelo de privatizar y regular. Sabemos mucho sobre él; lo hemos analizado desde los años ochenta. Sin embargo, tenemos menos estudiado y hay menos literatura académica sobre la cuestión de los PPP. Aunque estamos trabajando en ello, hay menos trabajo teórico y empírico sobre el caso específico de los PPP. Entonces, ¿qué lecciones se pueden extraer del modelo que conocemos bien? Es como cuando buscamos las llaves donde nos permite la luz del faro. Se trata de una limitación

que tenemos los académicos; hemos de buscar más, pero el faro que tenemos en este momento es el modelo de privatizar y regular. Y lo que nos dice este modelo es que, desde el punto de vista de las finanzas públicas, ¿cuándo puede ser útil privatizar? Pues puede ser útil privatizar cuando el operador privado vaya a ser más eficiente que el operador público, y las ganancias de eficiencia se puedan capturar en el precio de la transacción privatizadora. Tan sencillo como esto. Yo a mis alumnos les pongo un ejemplo que les resulta fácil de entender. Se trata del siguiente: si un ayuntamiento tiene una vaca pública, ¿en qué caso vender la vaca puede ser una buena idea para las finanzas municipales? Pues si se encuentra un operador privado que vaya a ordeñar mejor la vaca y este operador privado calcula que va a obtener unos ingresos con la vaca, y estos ingresos los puede capturar la autoridad pública en el precio de la transacción. Es decir, si la venta de la vaca es suficientemente competitiva y se encuentra un buen operador privado de vacas. Creo que se entiende bastante bien. La idea es la misma, o sea, si se puede encontrar un operador privado que sea más eficiente que el operador público –ya que a veces es posible encontrarlo y a veces, no– y, en segundo lugar, la cuestión del precio de la transacción, es decir, qué aporta a las finanzas públicas en el momento que el operador privado, ya que tiene que haber una captura que compense lo que el operador público deja de ingresar por la operación de esos activos en el futuro. Esto es lo que sabemos. Después, podemos añadir tener una regulación eficiente, o sea, si ese operador opera en un sector fundamental, habrá que regularlo; eso hay que hacerlo bien, ya que el operador debe tener estabilidad jurídica. Esto es lo que sabemos del modelo de privatizar y regular. Por tanto, privatizar no es ni bueno ni malo, sino que se puede hacer bien. Y se trata de una oportunidad. Se trata de encontrar operadores eficientes que puedan actuar en un contexto político y regulatorio que dé estabilidad, lo cual implica reconocer las obligaciones respecto al equilibrio económico-financiero de la empresa, pero, a la vez, saber explicar a la opinión pública que ese equilibrio económico-financiero tiene que darse. Por lo tanto, hay una labor social, pedagógica, política, que hay que hacer; una labor de explicación, de liderazgo, que no siempre se hace. Y si eso no se puede hacer, es mejor no empezar, porque entonces es cuando vienen los problemas. Esto es lo que sabemos.

Desde los años ochenta, conocemos bastante bien privatizaciones en Chile y el resto de Latinoamérica, en el Reino Unido y el resto de Europa, incluida España. Sabemos cuáles son las ventajas, los inconvenientes... y hay estudios empíricos, teóricos, etcétera, al respecto. Posteriormente, en los últimos años, los estudios académicos han ido analizando todo el movimiento privatizador, o promoviendo el análisis, de los PPP, o la colaboración público-privada.

¿En qué se diferencia una colaboración público-privada de una privatización tradicional? En una serie de aspectos. La colaboración público-privada se refiere a un proyecto acotado desde el punto de vista del proyecto y desde el punto de vista del tiempo. Una privatización, por su parte, es privatizar una gran empresa indefinidamente, o un sistema. Se puede privatizar el sistema eléctrico o el sistema ferroviario de un país, y de forma indefinida. Un PPP, o una PPD o una CPP es mucho más concreta, aislada. Esa es la primera diferencia.

En segundo lugar, en el modelo de privatización, tal como dice el propio término, se privatiza, y el Estado, o el Gobierno como máximo, queda como regulador. A veces la regulación no tiene por

qué ser muy estricta, ya que se puede privatizar algo que opera en un sector competitivo o que al mismo tiempo se liberaliza. Es decir, que el Estado queda como observador, como supervisor en muchos casos, pero ya no tiene una implicación directa en eso que se privatiza, en ese conjunto de activos. En cambio, una colaboración público-privada es eso: una colaboración. En ella, el Gobierno desaparece mucho menos, interviene en el día a día de la operación del servicio, al ser una de las partes contratantes, tiene una serie de obligaciones, quizá de garantizar la prestación del servicio y unos mínimos de calidad, y, a lo mejor, también ciertas obligaciones financieras que pueden recogerse en el contrato inicial. Es decir, en un contrato de una PPP, el Gobierno desaparece mucho menos; el Ejecutivo sigue estando ahí. Es una diferencia importante.

¿Cuáles son entonces las ventajas e incentivos de una colaboración público-privada? Ahí radica uno de los grandes secretos. Al igual que decíamos que si encontramos a alguien que ordeñe mejor la vaca es una buena idea privatizar, si en el precio de la transacción se refleja esa mejora de eficiencia, es muy importante saber en qué casos una colaboración público-privada puede dar lugar a mejores incentivos. Eso es lo que está mejor estudiado hasta el momento, y de lo que sabemos un poco, a partir de algo que está bien desarrollado: la teoría de los incentivos en microeconomía.

¿Qué nos dice la teoría de los incentivos? Nos dice que, para tener incentivos de alta intensidad que funcionen, hay dos aspectos a considerar referidos a actividades que se desarrollan conjuntamente; es decir, actividades que son multidimensionales, esfuerzos multidimensionales. En un contrato de colaboración público-privada, esta multidimensionalidad se da en varias esferas. Es decir, no estamos hablando de un operador que tiene que hacer una cosa; estamos hablando de un operador al que se le pide que construya, muchas veces, y que opere y que mantenga. En concreto, que opere un servicio sobre esos activos y que mantenga los activos, ya sea en una autopista, una escuela, un hospital, un puente, un túnel, una cárcel...: todos los ejemplos que hay en el mundo. Se le pide que construya, por lo menos, o que reconstruya, o que remodele un activo físico, y se le pide que opere un servicio sobre eso, por ejemplo, el peaje de una autopista, y que mantenga las instalaciones en debidas condiciones. Por tanto, se trata de un esfuerzo en varias dimensiones.

La teoría de los incentivos nos dice que es crucial conocer en estos casos características de sustituibilidad y complementariedad entre las actividades. Que aquellas actividades que sean complementarias deben ir empaquetadas. Y ahí está la gran ventaja de los PPP: empaquetar la construcción, la operación y el mantenimiento de una infraestructura con sus servicios, porque se considera que esas actividades son complementarias y, en cambio, separar ese proyecto de otras tareas de la Administración que pueden ser sustitutivas. Es decir, donde hay conflicto en los esfuerzos. Por tanto, la gran virtud de los CPP es que permiten aislar proyectos que son sustitutivos de otras tareas de la Administración. Por ejemplo, en el caso de un ministerio, que tiene muchas cosas que hacer, separa proyectos sustitutivos y empaqueta tareas complementarias. Si eso se hace bien, existen muchas posibilidades, es una gran oportunidad. Y ¿qué se requiere para que eso salga bien? Pues, de nuevo, encontrar un buen operador, y eso está facilitado por el hecho de que la licitación sea competitiva y atraer el máximo número de potenciales operadores posibles. Sin duda, es difícil, porque muchos proyectos son de una enorme dimensión y es complicado encontrar muchos operadores que se presenten a la licitación, pero se trata de un objetivo a con-

seguir, intentar que el operador sea el mejor posible para empaquetar bien este conjunto de tareas complementarias y, a la vez, aislar un proyecto de tareas que un ministerio, o una consejería, o una concejalía en un ayuntamiento, no harían suficientemente bien o entraría en conflicto con tareas que hace el concejal, el técnico, la concejala, la técnica y el personal de la Administración. Estos son, muy resumidamente, los retos en cuanto a incentivos.

A continuación, voy a abordar la parte de finanzas, y en esta parte me baso mucho en el libro de los economistas chilenos Engel, Galetovic y Fischer, que recomiendo: *Economía de las asociaciones público-privadas: una guía básica*. En Chile ha habido una muy valiosa experiencia en PPP con operadores españoles y de otros países, por lo que se conoce bien el tema. Los autores del libro, grandes expertos, incluyen dos grandes mensajes en sus páginas. Con uno estoy de acuerdo, pero con el otro, no tanto. Estoy de acuerdo con la parte financiera. Uno de los mensajes de este libro es que la ventaja de una colaboración público-privada no radica en las cuestiones financieras, a no ser que el operador sea más eficiente y que con el PPP se pueda llevar a cabo una operación más eficiente. Es decir, las ventajas financieras, o van asociadas a una mayor eficiencia, o no se producen. Por tanto, si el operador privado no es más eficiente que el público, no hay ganancias financieras. Obviamente, puede haber un truco contable, y es posible que con las reglas contables vigentes no parezca que estemos asumiendo unas obligaciones por parte del presupuesto público –puede parecer–, pero en el fondo sí lo estamos haciendo. Haré alusión a un ejemplo incluido en el libro que muestra que se está trabajando cuantitativamente. Se trata de qué sucede cuando la colaboración público-privada se financia con tarifas de usuarios, por ejemplo, con peajes, una autopista. Supongamos que los peajes también se pueden cobrar si la provisión es pública, si se trata de una autopista pública, construida por el sector público, nada impide cobrar peajes. O sea, el peaje no es intrínsecamente propio de una colaboración público-privada. Existen autopistas públicas con peajes privados, igual que hay servicios provistos por los ayuntamientos donde se cobra entrada, como es el caso de los zoos, por ejemplo. Por tanto, bajo la provisión convencional, ¿cuáles serían los ingresos del Gobierno? Serían los obtenidos en peajes menos la inversión inicial (suponiendo que no hay ningún coste de operación y mantenimiento, y que el único coste es la inversión, para simplificarlo al máximo).

¿Qué cambia entonces con una colaboración público-privada? Lo que cambia es que, entre el momento de la firma del contrato y el momento en el que termina la concesión, esos peajes los va a cobrar el operador privado. Por lo tanto, una vez que se produce este momento de reversión del activo al Estado, al sector público, el Estado vuelve a cobrar los peajes. Por lo tanto, en caso del CPP, ¿cuáles son los ingresos del Gobierno? Los peajes que ingrese desde el momento «T» hasta el futuro menos lo que el Gobierno le haya tenido que transferir al operador privado. Y, en este contexto, ¿cuáles son los beneficios de la empresa? Pone lo que gana en peajes, lo que el Gobierno le transfiere, menos el coste de la inversión inicial. Si hay una licitación competitiva, estos beneficios económicos son cero. No quiere decir que los inversores no ganen nada, ya que los inversores son remunerados por el coste de oportunidad del capital, pero eso está incluido en los costes de la empresa. Por tanto, la renta económica del operador es cero, una vez que se remunera el coste de oportunidad de capital. De este modo, si la licitación es competitiva, esto permite aislar una expresión para el valor presente esperado de la transferencia del Gobierno, que en la expresión anterior,

como es igual a cero, se puede aislar o despejar el valor presente esperado de transferencia del Gobierno. Entonces, ¿qué le tiene que transferir el Gobierno a este operador que necesita tener equilibrio económico-financiero, incluyendo la remuneración del coste de oportunidad del capital? Pues el valor de la inversión menos lo que la empresa ganará en peajes.

De este modo, si este valor de la transferencia del Gobierno se introduce ahora en la expresión anterior para el ingreso del Gobierno en caso de CPP, lo que tenemos al final es que los ingresos del Gobierno con CPP acaban siendo los mismos que el valor presente esperado de los ingresos del Gobierno en provisión convencional; si no suponemos ninguna ganancia de eficiencia, en términos financieros es lo mismo. Esto, por supuesto, también es aplicable si, en lugar de peajes, tenemos pagos por la disponibilidad del servicio, o simplemente una previsión, porque no haya peajes, sino que el Gobierno, en algún momento, pagará peajes en la sombra o con cualquier otro método de financiación.

O sea, si el operador privado no es más eficiente, o, mejor dicho, si el paquete de operador privado más supervisión, regulación, etcétera, no es más eficiente que la provisión tradicional, no hay ningún tipo de ventaja desde el punto de vista de las finanzas públicas. Por lo tanto, el mensaje es que las personas que trabajan en la Administración no deben esperar que en un sentido intertemporal vaya a haber ganancias financieras presupuestarias, a no ser que se supervise y se regule al operador privado y eso pueda dar lugar a mejoras de eficiencia. Por tanto, la clave no es de técnicas financieras o de cuestiones de técnicas presupuestarias, es encontrar un buen paquete de operador y de un entorno regulatorio y contractual que permita un desarrollo tranquilo, correcto y socialmente aceptado de la concesión.

Este es el mensaje básico. Por supuesto, podemos entrar en detalles y analizar qué pasa con los tipos de interés y con las reglas presupuestarias, del déficit de la deuda en momentos de crisis en la Unión Europea. Sin duda, podemos entrar en detalles y eso puede alterar algunas cosas. Y si uno está en un ayuntamiento, en una comunidad autónoma o en un Gobierno nacional, debe tener en cuenta estas cuestiones, por supuesto que sí. Pero el mensaje de fondo es que lo importante es la eficiencia; encontrar un operador más eficiente –el más eficiente posible–, y hacer un paquete regulatorio y sociopolítico que permita a ese operador prestar un mejor servicio a la sociedad y demostrar que eso revierte en un beneficio para la colectividad.

En lo que no estoy de acuerdo con Engel, Galetovic y Fischer, o a qué parte de sus recetas daría algunos matices, es a la cuestión de la gobernanza. Estos autores dicen que para asegurar que no se producen los problemas habituales de gobernanza, posibles elefantes blancos, riesgos de conflictos de intereses entre distintas autoridades, renegociaciones, riesgo de captura del regulador o de expropiación oportunista –problemas de gobernanza que se conocen bastante bien–, tienen una receta muy clara: autoridades independientes para todo. En concreto, proponen tres autoridades independientes. Pero es que ellos tienen en mente un país como Chile, y por tanto, ese planteamiento puede funcionar para Chile, con su historia, muy centralizado y relativamente pequeño, donde este tipo de contratos tienen un gran peso en la actividad económica, con una tradición de respeto por los expertos económicos independientes y donde la reputación de personas como yo es muy grande. De hecho, los economistas en Chile gozan de una reputación que ya nos gustaría tener en España

o en Europa en general. Por tanto, proponer que haya una autoridad independiente para realizar la evaluación social del proyecto inicial, proponer que haya otra autoridad encargada de hacer cumplir el contrato que también sea independiente del Gobierno, y, además, una tercera autoridad independiente que sea un panel de expertos para arbitrar en caso de renegociación, donde, en mi opinión, ya se ven ellos siendo el panel de expertos independientes. Y esto es creíble para Chile, pero no sé si con esto basta en otros países. En muchos países, incluido Chile en algunos aspectos, es muy importante convencer. Convencer a la opinión pública. Se trata de hacer un trabajo de explicación política, de liderazgo, de implicación de las comunidades, de la sociedad, que creo que Engel, Galetovic y Fischer no tienen en cuenta. También pienso que, precisamente muchos de ustedes, que trabajan en la Administración Local, sabrán que si uno quiere hacer un proyecto concesional público-privado, por ejemplo para una infraestructura de agua, energética o de transporte, donde hay que explicarle a las personas que van a estar implicadas a partir de ese momento, en lugar de con el ayuntamiento por el que han votado, con un operador privado, se debe explicar muy bien a la opinión pública que, a partir de ese momento, a ese operador privado hay que garantizarle un equilibrio económico-financiero. Por eso, es necesario buscar fórmulas de regulación que sean comprensibles para la opinión pública, porque una concesión puede durar varias décadas. Es decir, la vida útil de los activos, habitualmente activos específicos, que los economistas llamamos «activos hundidos» –que quiere decir que sólo tienen, fundamentalmente, un uso en esa actividad– o se remuneran en dicha actividad o no se pueden vender en mercados de segunda mano. Por tanto, eso va a necesitar ser remunerado durante la vida útil del activo. Y eso hay que explicarlo. Por eso creo que las recetas un poco simplistas de gobernanza del libro de Engel, Galetovic y Fischer hay que complementarlas con una visión más de lo que los economistas llamamos de «economía del comportamiento», de prestar atención a la psicología de la opinión pública, a la psicología del proceso político, y esos son aspectos que los economistas hasta ahora hemos dejado un poco de lado.

Voy a terminar mi ponencia haciendo alusión a una reciente intervención, muy interesante, del premio Nobel de Economía George Akerlof en un foro en Madrid, en concreto, en el Foro de la Economía del Agua, donde explicó estas cuestiones a través de historias, historias convincentes, que para la mente son muy útiles a la hora de facilitar la comprensión. No basta con decir: «Tenéis que pagar un precio y eso es lo eficiente». Eso no basta para convencer a la gente de que hay que garantizar el equilibrio económico-financiero de un operador durante varias décadas, cuando los activos son específicos y hundidos. Ese es el reto social, económico y político. Por tanto, la respuesta a la cuestión de cuándo conviene utilizar una concesión, desde el punto de vista del presupuesto público, es esa: cuando se esté convencido de que eso se va a sostener, de que se puede encontrar un operador privado más eficiente y que la relación con ese operador privado es políticamente sostenible.

Gracias.

Sebastián Cabrera:

Buenos días, Francesc, soy Sebastián Cabrera, de Tarragona. Yo no quisiera discrepar contigo en la inicial puesta al público de la exposición, en que el momento no es de técnicas financieras, el momento de pensar en la concesión, pero yo, en los últimos ocho años de negociación para una

empresa del Ibex en concesiones de agua en este país, la gran mayoría de los escenarios que me he encontrado es de ayuntamientos en los que la primera puesta en escena que te hacía el concejal o el técnico correspondiente, o el gerente de la empresa de aguas, era un elemento financiero. Era «estamos en un momento de déficit acuciante de las entidades municipalistas» y de «cuánto me vais a pagar como precapitalización del canon inicial por la serie de años que desarrolléis la actividad.» Ya no es un momento en que la concesión vaya a ser del ayuntamiento, porque nosotros no la vamos a impulsar, es decir, va a ser por concurrencia competitiva. Si ustedes están dispuestos a poner encima de la mesa nuestras necesidades, porque nos hemos encontrado que, en el país, en las últimas licitaciones –digo las últimas, desde hace dos años– se han quedado desiertas como consecuencia de que los requisitos que imponía la parte concesionaria eran superiores a las expectativas del concesionario y, por lo tanto, difícilmente asumibles por ellos. Por lo tanto, discrepo en esta cuestión, porque creo que no es un tema de analítica, de que la situación es teórica y vamos a ver si el elemento es la eficiencia y la gestión, que en esto yo estoy casi al cien por cien contigo. Pero el escenario real en el que nos encontramos los que negociamos con administraciones Públicas es otro, no es éste.

Me gustaría también conocer temas que se han puesto antes sobre la mesa, como el cómputo de déficit público y el tema de las nuevas directivas europeas, que lo ha mencionado antes el compañero Cacho. Mi pregunta es: ¿en qué momento, una concesión...? Pero antes otra apreciación: estamos en un mercado real financiero en el que los bancos ya no son la parte importante en la negociación; hay otros agentes, y estamos en un modelo, en nuevos modelos de construcción entre privados, que son los sistemas *Build-Own-Operate-Transfer*, que es la concesión pública en el mercado privado. Los CAPEX actuales se están intentando gestionar con recursos privados de otros mercados de capital, no del mercado tradicional. Por eso, también me hubiera gustado ver una analogía entre la parte privada de la negociación de la concesión –los BOT– con la parte pública, porque no tiene nada que ver. Los criterios reales de la parte privada son de rentabilidad, de eficiencia y de gestión, y en la parte pública normalmente son de gestión de precapitalización, para disponer del coste de oportunidad del momento. Es decir, el político tiene una circunscripción que debe atender en cuatro años y debe tener dinero para poder invertir en su circunscripción, y la actual Ley de Estabilidad Presupuestaria no lo permite.

Por ello, a mí me gustaría conocer tu percepción respecto a la realidad española en lugar de la chilena, porque aunque entiendo que hayas tenido que circunscribir tu participación al marco de la ponencia que tenías, me gustaría saber tu opinión sobre la realidad del momento español, que es muy distinto a la que has enfocado en el planteamiento que has expuesto, en cuanto al título de la ponencia, sobre cuándo es necesaria una concesión, ya que los municipios españoles no utilizan esas técnicas.

Francesc Trillas:

A ver, yo no creo que haya tanta discrepancia. Aunque Engel, Galetovic y Fischer son chilenos y en su libro se refieren a la experiencia de Chile, también incluyen un capítulo inicial con casos del Reino Unido, Estados Unidos y China. Y siempre son parecidos a lo de Tarragona. Es decir, siem-

pre es: la autoridad pública justificando el PPP por razones presupuestarias, y ellos alertan de que eso es un peligro. O sea, si la principal razón por las que vais a hacer un PPP es presupuestaria, cuidado, porque os podéis estar equivocando. Ese es el mensaje que se da en el libro, y creo que esto es de aplicación en Chile, en China, en Estados Unidos, en Inglaterra y en España. Esto es, si hay restricciones presupuestarias, a la gente hay que decirle: «No podemos gastar ahora, no podemos hacer esa inversión en este momento, así que vamos a hacerlas con un PPP». Pero, en todo caso, hay que explicar que este PPP da lugar a una serie de obligaciones públicas que, a lo mejor, nos permitirá retrasar en el tiempo los pagos públicos. A lo mejor nos lo permitirá, y eso será consistente con las reglas presupuestarias vigentes, pero hay que explicarle a la opinión pública que eso habrá que pagarlo, o que habrá que poner peajes. Y esto es lo que no siempre se explica. Por eso, lo que digo es: «A lo mejor podemos hacer PPP que nos permitan torear las reglas presupuestarias». De acuerdo. Pueden decir eso, pero a lo mejor no están explicando toda la verdad. Y éste es el mensaje de Engel, Galetovic y Fischer, que yo creo que es acertado eso. Que, si ponemos toda la atención en las reglas presupuestarias, en la reestructuración de los presupuestos y todo esto, dejamos de prestar atención a lo fundamental, que es la posibilidad de ofrecer un mejor servicio al ciudadano planteando un buen PPP, haciendo una buena selección del operador y regulando adecuadamente al operador.

Mesa redonda

Sin más, pasamos a la mesa redonda de debate. Antes de empezar el debate, explicaré un poco cómo vamos a abordarlo. La idea es que desde la mesa haremos cinco preguntas, una a cada uno de los ponentes, y después, si el resto de los ponentes lo desea, puede intervenir. Posteriormente, daremos paso al público, por si quiere hacer más preguntas.

Conocéis a todos los ponentes, han estado hoy aquí, con nosotros. En todo caso, recuerdo brevemente quienes son. Tenemos a Joaquim Triadú, vicepresidente del Centro de Investigación Público-Privada del IESE, abogado y senior lecturer del IESE; Mario Aymerich, asesor del director general de proyectos del Banco Europeo de Inversiones; Rafael Pérez Feito, International Operations Director de Aqualia; Fernando Cacho, socio de Broseta Abogados; y Xavier Forcadell, coordinador general de la Diputación de Barcelona.

Hoy os hemos escuchado a todos, como expertos sobre los temas tratados, sobre uno de los temas cruciales, las PPP, y quizá, de entre los diferentes temas que han surgido, habría dos a destacar: la estructura del contrato y la gobernanza del mismo. Por ello, me gustaría que opinaseis sobre estos dos elementos. Es decir, cuál creéis que, de todos estos elementos claves, es el más importante, si la cuestión de un buen contrato o la de una buena gobernanza en dicha colaboración, porque se trata de una colaboración a largo plazo, muy compleja, tal como se ha visto perfectamente con el caso de Aqualia y Caltanissetta y, por lo tanto, sería interesante reflexionar sobre esto, sobre si es una cuestión de buen contrato o de buena gobernanza.

¿Cuándo hace falta concesionar un servicio público?

Joaquim Triadú: Sí, gràcies. És obvi que s'ha tractat pràcticament tot a les ponències anteriors, però, evidentment, a la pregunta sobre què és el més important, si un contracte o la governança, jo inclouria també que, prèviament al contracte en si, existeix tot un plec en què es presenten les condicions per les quals es vol fer aquest PPP. Al meu entendre, abans de tirar endavant un PPP —i el professor Trillas ho ha dit fa un moment—, ens hem de preguntar si és adequat utilitzar aquest sistema de col·laboració publicoprivat per a la finalitat que busquem, perquè si només és una fórmula per evitar altres solucions que són més adequades, però que resulten menys àgils o més complexes o burocràtiques, ens equivocaríem agafant aquestes. Vull recordar que als anys noranta, a principis de l'any 2000, es feia servir el PPP, bàsicament, per buscar finançament extra-bancari; és a dir, si el banc no em donava diners, buscava algú que me'ls donés, per persona interposada, i, per tant, els topalls d'endeutament del sector públic es podien saltar per aquesta banda.

Evidentment, Europa va acabar tallant aquesta pràctica d'arrel i, per tant, ens vam trobar amb la situació que moltes empreses públiques hiperendeutades van haver de traslladar aquest endeutament a la matriu de l'administració, amb la qual cosa, els nivells d'endeutament es van disparar. Però es va fer servir, i en podríem posar molts exemples, per desviar el dèficit cap a empreses públiques que utilitzaven sistemes de concessió per poder realitzar obres públiques.

També s'ha de comprovar si és possible trobar altres fórmules que a la norma espanyola hi són i que es fan servir poc, però que poden tenir també alternatives, com és el sistema de diàleg competitiu, que pot establir d'una manera molt més concreta quines són les funcions d'uns i altres i no deixen tant de marge d'interpretació, com pot passar en el cas de segons quins tipus de PPP. També cal observar que no fem servir un PPP per fer una concessió tradicional, en què no traslladem gens de risc en el privat i, per tant, l'únic que fem és dir «com que això és únic i el PPP està de moda, doncs fem un PPP i així quedem contents», però, en canvi, simplement es fa una concessió administrativa de caràcter tradicional i tot el risc el corre el sector públic. Podríem posar d'exemples —tot i que no he aprofundit en el tema— el cas Castor o el del túnel del Pertús, ja que quan l'Administració ha de sortir en massa a rescatar això, és perquè, segurament, una part del risc no havia passat en el concessionari privat. I, repeteixo, no he entrat a fons en el tema perquè no el conec, però dóna la sensació que no existeix tant de risc en l'àmbit privat com en el públic.

També cal considerar una situació que s'ha produït a principis dels anys 2009 a 2012, amb la crisi econòmica, quan ens vam trobar que administracions públiques —en concret, la Generalitat de Catalunya— van haver de fer calaix ràpid perquè no disposaven de tresoreria ni de fonts de

finançament immediates, i van fer servir concessions o PPP per, bàsicament, captar recursos que no podien buscar a cap altre lloc perquè els bancs no prestaven diners, no podien tornar a fer obligacions, etc.

Els casos de l'ATLL o el del túnel de Vallvidrera són molt clars i, des d'un punt de vista teòric i segons el meu parer, una perversió del sistema, ja que tu cobres immediatament tot el cànon acumulat i passes a ser, en gran mesura, presoner de l'adjudicatari, perquè t'ha hagut d'avançar tota aquesta quantitat. En el cas de l'ATLL, que conec una mica, és evident que hi va haver un mal plantejament dels plecs, i d'aquí plora la criatura, perquè, al meu entendre, la pressa, la necessitat que no arribés el 31 de desembre de l'any 2012 per no saltar la nul·litat de dèficit, va comportar que s'hagués d'anar molt ràpid, i les presses són enemigues de les coses ben fetes. En aquest sentit —i no ho dic jo, ho diuen sentències judicials—, hi va haver un problema als plecs, cosa que ni tan sols va permetre posar en marxa la governança; simplement, es va fer malament.

En el cas dels túnels de Vallvidrera, no es va produir aquesta situació i, per tant, en aquest moment també van acumular d'entrada tot el cànon i, ara, l'Administració es troba amb el fet que —amb tota la recuperació econòmica que hi ha a partir d'ara—, i els que anem cada dia pels túnels ho sabem, quan no havien passat ni sis mesos de la concessió, va començar a pujar el trànsit, i penses: «Quina mala sort té l'Administració pública, quan puja el trànsit, ja no és seu». Però això forma part de les normes del joc. En qualsevol cas, el concepte va ser el mateix: intentar recuperar immediatament uns diners dels quals, en aquell moment, no es disposava.

Per tant, en primer lloc, hem de preguntar-nos si té sentit fer un PPP per a allò que volem desenvolupar. En cas que la resposta sigui positiva, ho hem de planificar tot molt bé des del primer dia, com si es tractés de l'escriptura d'una novel·la o del guió d'una pel·lícula: has de saber com acabarà. A vegades, per tant, a l'Administració —jo hi he treballat uns anys— poden tenir la percepció que la feina s'acaba un cop s'ha fet l'adjudicació: hem realitzat una gran feina, hem fet el concurs, hem acabat tots absolutament estressats perquè ha estat complicadíssim (les pressions d'uns i altres...) i, finalment, neix la criatura i ens n'oblidem. El problema o la feina, però, comença l'endemà de l'adjudicació, però a Espanya no hi ha una cultura de sistemes de control de verificació i d'anàlisi del funcionament d'una concessió, d'un tema de PPP..., i això és el que s'anomena «governança». Per tant, la governança passa perquè hi hagi un organisme, una entitat o una institució que faci aquest control.

Normalment, l'organisme que realitza la concessió, que en porta tot el procés, i l'organisme que després l'explota o es relaciona amb el que l'explota no és el mateix i, per tant, difícilment col·laboren des de l'inici. Et trobes amb el cas que la secretaria general d'un departament fa la concessió i, després, és la direcció general corresponent la que té la relació amb el concessionari, però no hi ha hagut suficient diàleg o no hi ha hagut prou connexió entre uns i altres, la qual cosa ho fa molt difícil. Crec que és important que a la governança s'estableixi quin és el mecanisme de control, que pot ser independent o pot no ser independent —segons el meu parer, la qüestió de la independència depèn del criteri personal de cadascú; el professional es considera independent o no en virtut de la pressió que està disposat a aguantar, però, en principi, un funcionari públic hauria de

ser, *per se*, independent i, per tant, hauria de cercar els professionals més adequats per realitzar el seguiment de la concessió, al marge de si es troben adscrits a una unitat o a una altra (es crea un organisme, una mesa o una comissió de governança que permet fer aquest seguiment)—.

També és molt important que, al contracte (fruit dels plecs), s'estableixin totes les realitats que es poden acabar produint al llarg del procés —a tall d'exemple, és una situació semblant a la dels actors i les actrius nord-americans que es casen i es divorcien davant de tothom; a mi, com a advocat, em produeix una certa tranquil·litat (perquè si no patiria per ells) el fet que, abans de casar-se, deixin escrites les clàusules que s'haurien de complir en cas de divorci, amb les quals ja no els caldria discutir, perquè tot ha quedat establert—. Per tant, crec que el sector públic ha de tenir ben amarrat què passaria en cas de disputa, de problemes o d'haver de dissoldre aquesta relació. És a dir, l'eufòria del moment del concurs no ha de fer perdre el pols a l'hora d'escriure les clàusules en cas de dificultat. Els advocats sempre afirmem que la part més complicada dels contractes es dona quan cal indicar-hi què passarà si l'acord va malament, ja que cap de les dues parts, quan presenten un contracte, pensa que hagi de fracassar, però això no significa que no s'hagi d'incloure.

Jo sóc força partidari de l'àmbit de l'arbitratge: en el cas d'un contracte molt important i de caràcter internacional, sóc partidari, evidentment, d'un arbitratge internacional —a París, a Londres...—; en altres casos, existeixen fórmules d'arbitratge al nivell de col·legis de professionals o al nivell que es pacti entre les dues parts. Segurament, anar a l'Administració de justícia no sempre és la millor de les solucions, perquè hi ha un problema afegit —tot i que cada vegada ho serà menys—: no hi ha experiència de jurisprudència sobre PPP i els contenciosos administratius o les sales de concessió administrativa començaran a trobar temes d'aquest tipus i, si bé és molt senzill comprovar si es compleixen o no unes clàusules administratives, per a realitzar anàlisis numèriques com les que hem vist aquí, que ja són pròpies de matemàtics o de professionals avesats a la matèria, els jutges tenen la necessitat —com la tindria jo o qualsevol altre advocat— de sol·licitar peritatges o opinions externes, la qual cosa complica molt més, evidentment, la presa de decisions.

Acabo aquí, perquè em mira malament en Miquel, però voldria afegir que una qüestió no és més important que l'altra, sinó que l'important és que el final de la «pel·lícula» només el podran conèixer les persones que van firmar el contracte, però que, tanmateix, ha d'haver quedat clar i s'ha d'haver escrit.

Miquel Rodríguez Planas: No et mirava malament, sinó que estava molt concentrat escoltant...

No sé si algún ponente quiere añadir algo en este tema.

Mario Aymerich: Yo no sé qué es lo más importante, si el contrato o la gobernanza, lo que sí sé es que, si estamos bajo de un régimen jurídico anglosajón, el contrato es lo que manda. Y en cambio, en un contrato —digamos— latino es la gobernanza. Y como decía mi abuela, «todos los extremos son malos». Hemos visto casos de contratos en el Reino Unido, donde la rigidez del contrato ha llevado al fracaso, porque el concesionario ha sido incapaz de gestionar el contrato.

En el otro extremo, en el caso español, también hemos visto grandes fracasos debido a la mala gobernanza o la excesiva flexibilidad en la gestión de los proyectos. Como he dicho antes, en España hemos sufrido el tema de las renegociaciones, por ejemplo, en los casos de las radiales: cambios en el trazado, una vez adjudicada la concesión; cambios en otros elementos... Voy a ser un poco provocador: las radiales han sido un fracaso, pero uno de los elementos, o quizá el elemento más importante en el fracaso, desde el punto de vista financiero, fue el traspaso del riesgo de las expropiaciones. Que nadie habla de este tema, pero la cuestión es que en España siempre se había asumido el riesgo de expropiaciones por parte de la Administración, y, en este caso, alguna mente brillante decidió que se tenía que traspasar al concesionario. Una vez hecha la concesión y empezadas las obras, un juez dictaminó que los precios que se habían establecido se tenían que multiplicar por tres y por cuatro, y eso ha generado que el mayor pasivo de las concesionarias no sea la falta del tráfico, no, no: es el pago de las expropiaciones. Por tanto, hay que buscar siempre un equilibrio. La respuesta, yo, desde luego, no la tengo, pero hay que analizar dónde están los posibles elementos que pueden hacer fracasar una concesión.

Fernando Cacho: Entendiendo la concesión no como una obra pública, que es como la planteábamos antes, sino como una explotación de un servicio, entiendo que tanto el contrato como la explotación, es decir, como la gobernanza, son esenciales. El contrato incide en la planificación previa necesaria para determinar si se trata de un contrato viable técnica y económicamente. Y, en la exposición a la que me he referido anteriormente, hay una cuestión que es esencial, y que se me ha quedado en el tintero, porque, a la vista de esa planificación, es básica: el Estado la ha introducido en la Ley de Contratos y ha creado una oficina, la Oficina Nacional de Evaluación en materia de colaboración público-privada, que se va a encargar de regular la viabilidad técnica, la idoneidad económica y, desde un punto de vista objetivo e imparcial, va a analizar si esos contratos son viables técnicamente, si tienen una planificación adecuada, es decir, lo que estamos comentando. Y es esencial, va a depender del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, y es algo con lo que ya cuentan incluso algunas comunidades autónomas. Va a salir un poco del marco de lo que son las oficinas de los ayuntamientos, de las comunidades autónomas, y va a darle una perspectiva muy objetiva. Eso, desde el punto de vista del contrato, en la parte técnica. En la parte económica, hoy en día, en relación a la pregunta que se comentaba anteriormente, lo que le preocupa a la Administración es el cómputo de déficit. Ni más ni menos. Es decir, tú, cuando vas a una Administración, y la Administración quiere sacar o licitar un contrato, lo primero que se plantea es el cómputo de déficit. Hoy en día, en el escenario de España y Europa, estamos absolutamente fiscalizados por una limitación presupuestaria y sostenibilidad financiera. Por lo tanto, no va a salir ningún contrato en el que compute déficit. Y las directivas comunitarias que se han aprobado inciden precisamente en este cómputo de déficit. Es decir, ha establecido una transferencia de riesgos de tal magnitud que es muy complicado hoy en día cumplir con evitar el cómputo de déficit.

No sé si es el momento adecuado de que lo comente o si debo hacerlo en la parte que me corresponda, pero bueno, me atrevo en dos o tres minutos. Lo primero que dicen las directivas comunitarias es: «Si usted quiere sacar un contrato y quiere llamarlo concesión porque quiere que el operador privado asuma unos riesgos, y el operador público otros riesgos generen esas sinergias en ese contrato, para que sea una concesión debe cumplir dos riesgos: el de demanda y el de

suministro. Y dices: «¿El de suministro?». Eso no existía, era demanda y disponibilidad. Seis meses antes de que salieran las directivas, se hizo ese cambio. La disponibilidad significa que una obra pública tiene que estar conservada y adecuada perfectamente para el desarrollo y la utilización de los usuarios. Pero llegan y dicen: «No, no. Yo, lo que quiero, es que, hay un concepto, que se llama “riesgo operacional”, nuevo, que aparece en las directivas», y dicen: «Para que esto sea una concesión, los riesgos que le transfiero a usted, concesionario, no dependerán de su actividad. Son riesgos que están vinculados al mercado. O sea, que yo sé que usted sabe conservar una autopista, por tanto, para mí no es un riesgo que le tenga que transferir. Yo quiero que usted asuma riesgos que no puede asumir en su totalidad». Y ahí es donde estamos. Primero, para que sea una concesión, y después, una vez eso se define como una concesión, vamos a definir si hay cómputo o no de déficit. Así, vamos a los tres riesgos que todos conocemos: construcción, disponibilidad o demanda. O sea, son dos aspectos, dos fases que hay que cumplir, y eso es complejo. Desde el 18 de abril ya es de aplicación directa en España, no hay interpretaciones, no hay aclaraciones, y, en ese sentido, en el despacho estamos con un tema de educación ya aplicando las directivas, y está siendo muy complejo interpretar cuándo se transfieren realmente esos riesgos, en qué casos se supone que esos riesgos afectan al concesionario, porque la Administración no va a sacar el contrato si computa déficit. ¿Y eso quién lo evalúa? El IGAE, la Intervención General del Estado. Y en esa Oficina Nacional de Evaluación va a haber una persona del IGAE que va a hacer de filtro previo, antes de ir al IGAE, para que te digan: «Este contrato que me estás planteando computa o no computa; no hace falta ni que vayas al IGAE porque te van a decir que no computa y no vas a poder plantearlo». Bueno, lo que quería era poner de manifiesto realmente que contrato, sí y gobernanza, también; en la parte técnica, va a haber una Oficina Nacional de Evaluación, y en la parte económica es esencial el cómputo de déficit.

Miquel Rodríguez Planas: Gracias, Fernando.

¿Cómo creéis que evolucionarán las PPP?

Hay un tema que ha ido apareciendo continuamente en la jornada de hoy: el de la crisis económica. Un poco como trasfondo, que, a veces, por la situación económica, era un motivo para desarrollar colaboraciones público-privadas. Y ahora que parece que, al menos a nivel macroeconómico, la situación está mejorando, ¿cómo creéis que evolucionarán las PPP? ¿Creéis que aumentarán las PPP en España? ¿Y qué papel tendrá todo el tema del European Fund for Strategic Investments, el plan Juncker, ? Por alusiones, le cedo la palabra a Mario.

Mario Aymerich: Gracias.

Yo no tengo la bola de cristal y no sé cómo va a evolucionar el mercado de los PPP, aunque es cierto que estamos viendo un repunte. La gente de EPE, que he mencionado antes, analiza constantemente cómo van evolucionando los mercados, y está claro que en este momento hay un repunte. El EFSI, conocido popularmente como «plan Juncker», es un intento de movilizar el capital privado. Sabemos que en los mercados internacionales de capitales hay mucho dinero, muchísimo dinero que está inerte. El señor Juncker, que ha sido ministro de Finanzas durante muchísimos años y presidente del ECOFIN, es consciente de esto y dice: «Vamos a ver cómo conseguimos movilizar el dinero que está –como digo– inerte o que puede ser usado para acelerar el desarrollo económico en Europa». Entonces, lo que se hizo fue crear un fondo. El EFSI es un fondo de inversiones que gestiona el banco, pero que no forma parte, no computa dentro de los libros del banco. El EFSI se alimenta, y se alimentó inicialmente, de 16.000 millones que aportó la Comisión Europea y 5.000 que aportó el banco. Y, con estos 21.000 millones, lo que se hace es crear instrumentos financieros, sobre todo garantías, garantías a proyectos. Proyectos que tienen más riesgo del habitual que admitimos los bancos, es decir, PPP. Y, con ese fin, se puso en marcha en el año 2015. La idea era que, durante tres años, con esos 21.000 millones, y más dinero que luego han puesto diversos Estados que han querido participar –por lo que en este momento los 21.000 millones ya son unos cuantos más, aunque no puedo dar la cifra exacta porque eso está cambiando constantemente pero, desde luego, son más de 25.000–, lo que se espera es que con esos 25.000 millones que se dedican –repito– no a financiar proyectos, no a dar préstamos, sino, sobre todo, a dar garantías, también es posible que, como fondo de inversiones, participe en el capital de otros fondos, con eso se genere, se movilice, del orden de 315.000 millones de euros. Es decir, un factor de apalancamiento de 15. Que, aunque parezca mucho, con la experiencia que tenemos en el banco, es asumible. Tanto es así que, ya digo, empezó en el año pasado, y se nos ha pedido y se ha aprobado, hace justo dos semanas, doblar. Esto es, se va a doblar en cuanto a aportación económica, en cuanto a objetivos de inversión, y se está ampliando hasta el año 2020.

Por tanto, las expectativas que tiene el banco, y la Comisión –porque no olvidemos que la Comisión es un socio muy importante en el EFSI– es que vaya a haber mucho movimiento y, sobre todo, muchos proyectos con más riesgo del que habitualmente estamos acostumbrados, al menos nosotros. Y, evidentemente, eso no lo puede asumir el sector público, sino que está orientado, sobre todo, a la movilización de fondos privados.

Rafael Pérez Feito: En ese sentido, yo soy parcialmente optimista. Creo que lo que falta ahora mismo no es dinero; que hay océanos de liquidez. Hay miles, billones de euros y de dólares dispuestos para invertir. Lo que falta son proyectos que estén bien estructurados, que estén bien diseñados, y que den unas rentabilidades razonables. ¿Y qué es lo que se está comenzando a dar? Pues una –entre comillas– perversión del concepto de modelo de PPP. Estamos observando actores que no son en absoluto operadores ni concesionarios, no son actores industriales, porque ponga el nombre «fondos de inversión», que básicamente acuden a licitaciones de PPP en modo subasta. Y estamos observando fondos, por ejemplo, de pensiones, fondos de inversiones que antes no se acercaban a este tipo de proyectos, a los que básicamente, por hablar de manera coloquial, el dinero les quema en las manos. Los fondos de inversiones cobran por gestionar inversiones; si no se invierte el dinero, no se cobra. Por lo tanto, estamos viendo en Chile, en Brasil, en Francia, en Italia... inversiones de fondos de pensiones con TIR del 5%, que van a explotar en algún momento. Entonces, si me preguntas si la crisis financiera y la renovación de la liquidez van a favorecer al sector de las PPP, te diga que, posiblemente en el corto plazo, sí, en aquellas PPP donde la concesión se entienda como un simple apalancamiento de la Administración Pública a bajo coste. Con ese enfoque –digamos– estrecho, se va a dar y se está dando un renacer de determinadas tipologías de concesiones. Si me preguntas respecto a cinco o diez años, cuando las PPP ya hayan comenzado con los problemas habituales de una PPP, si creo que este modelo financiero puro va a ser beneficioso para las –digamos– herramientas que eran las PPP, creo que no, y que nos podemos encontrar posiblemente de nuevo a las PPP en el centro de la diana, siendo acusadas como modelo de haber generado unos problemas que provocaron por una concepción y un diseño erróneos de lo que es una colaboración público-privada.

El sector privado no es un banco. Es verdad que cuando nos acercamos a municipios, los planteamientos financieros no se pueden evitar, pero nosotros en algún momento de esas conversaciones siempre lo decimos: no somos un banco. Nosotros no somos una entidad financiera que presta dinero ahí donde las empresas financieras no se lo quieren prestar a ustedes: somos prestadores de servicios. Por lo tanto, ese paquete que se mencionaba antes creemos que es la manera correcta de verlo. Que puede incluir o no financiación, porque el modelo PPP no tiene que llevar necesariamente aparejada una inversión fuerte. Hay modelos de *leasing* en Francia que funcionan perfectamente sin grandes inversiones, incluso mejor que las de grandes inversiones. Por tanto, soy –digamos– parcialmente optimista, y la pelota la tiene en el tejado de nuevo la Administración. La Administración es la que deberá valorar qué alternativa es mejor, la que deberá valorar si quiere una subasta pura de cualquier empresa que pueda llegar a llamarse concesionario o quiere algo más completo, más complejo, pero seguramente más fiable.

Miquel Rodríguez Planas: Bien, dejamos la respuesta de la Administración para después.

¿Pueden ser las PPP una herramienta útil para las Smart Cities?

Otro tema de futuro, aunque ya está presente, es el de la implantación, la presencia tecnológica, la digitalización de nuestra sociedad. Y, alrededor de esto, nos gustaría reflexionar un poco sobre si, en el caso de proyectos enfocados en la estrategia *smart city*, entendiendo *smart city* como proyectos innovadores, con tecnología, en algunos casos son proyectos que están en fase piloto, pero que básicamente aprovechan la tecnología para hacer frente a los retos que tienen las ciudades, los retos, sobre todo, de futuro, consideran que los PPP pueden ser una herramienta útil para este tipo de proyectos.

Rafael Pérez Feito: Sí. Hoy en día, todavía se discute qué es *smart*. Si circunscribimos el concepto *smart* a aplicaciones, generalmente de móvil –ya que se ha tendido muchas veces a esta simplificación–, pues diría que dependerá de la escala del proyecto. Una entidad como el Ayuntamiento de Barcelona, o de Madrid, o de Valencia, u otras ciudades grandes, probablemente para implementar un cambio tecnológico aislado en la red de autobuses, en la red de metro o en la red de agua, probablemente no necesitará estructurar una PPP. Sin embargo, en escalas menores de municipios, no sólo lo veo apropiado, sino que lo veo casi la única posibilidad eficiente. Un ayuntamiento de 5.000 habitantes no se puede permitir, con cargo a sus presupuestos municipales, tener un departamento de I+D, desarrollar, ni siquiera promover, un cambio tecnológico significativo. Y es ahí donde el sector privado aplica todas sus economías de escala. O sea, a nosotros, implementar un sistema *smart* en redes de distribución de agua en el contrato número 801, evidentemente nos supone un coste muchísimo menor que lo que le puede suponer a ese municipio 801 hacerlo de manera individual.

Por lo tanto, en municipios de mediana y pequeña escala, el concepto *smart* tiene todo el sentido junto con las PPP. En municipios grandes, probablemente no tanto.

Yo creo que ha llegado la hora de ampliar el concepto de “*smart*” un poco. El concepto tecnológico no es el único que debe considerarse *smart* en una PPP. Y, en ese sentido, yo creo que las PPP están atravesando toda una refundación o un reconsideración que incluye conceptos que podríamos entender como *Smart*.

Un ejemplo de ello son las Naciones Unidas, con el concepto “*people first PPP*”, que coloca al ciudadano como aspecto central en toda PPP: parece algo muy obvio, pero no siempre se ha considerado en el centro de la motivación de esa PPP. Conceptos como el “*Value for Money*” (valor del dinero) o el *shared value* (valor compartido en las concesiones). Todos esos conceptos nuevos que van aparejados también a la sostenibilidad, junto con otros aspectos como índices, por ejemplo, de contribución a los objetivos del milenio: se están trabajando determinados coeficientes o ratings de PPP para adjudicar a determinados proyectos en función de contribuciones a objetivos del milenio.

Todos esos conceptos que no tienen nada que ver con ver en el móvil cuándo te llega el autobús, creo que también se debe tener en cuenta. Y, desde luego, en el mundo de las PPP, sin duda.

Joaquim Triadú: Amb relació a això, crec que el món local i, no només el món local, sinó les administracions públiques hauran d'anar canviant quin és el concepte de servei públic bàsic. A ningú li estranya que l'usuari del metro pagui un 40 o un 50% del bitllet com a màxim. Fins i tot, si vas al Liceu (o al Teatre Nacional de Catalunya, a l'Auditori...), l'entrada està pagada, en part—no sé si en un 30, en un 40 o en un 50%—, pel sector públic.

No sé si avui, per llei, és obligatori que hi hagi telefonia fixa a qualsevol racó del territori, però la banda ampla acaba sent un element imprescindible de treball i, també, per assegurar l'equilibri territorial i evitar la despoblació. Arribarà un dia que, amb una fórmula de PPP, que ja s'està treballant per part de les administracions públiques, s'haurà de garantir que —amb l'ADSL ja funciona— el preu de la banda ampla a Puigcerdà o del Passeig de Gràcia fins a Provença ha de ser exactament el mateix i ha d'oferir la mateixa prestació, cosa que, evidentment, si tot s'ha de vehicular sobre l'esquema de l'operador, és pràcticament impossible.

Per tant, segons el que estableix la Llei de règim local com a prestació de serveis bàsics dels ens locals o de la Generalitat amb prestació de serveis bàsics, crec que cada vegada més la tecnologia, les telecomunicacions, el fer més fàcil la vida de la gent... s'haurà de relacionar amb aquests serveis, que hauran d'estar subvencionats, cosa que suposa més pressió per als pressupostos públics, però que considero imprescindible.

Miquel Rodríguez Planas: Gracias.

¿Cuáles serían los argumentos para convencer a los críticos de las PPP?

Cuando hace unos meses estábamos hablando con Xavier Forcadell de organizar esta jornada, uno de los motivos era porque, en el debate público, en la prensa, y aún está actualmente vigente, se discutía sobre la conveniencia de las PPP. Parecía de recibo que nos teníamos que hacer esta pregunta, y, además, casi expresamente. Te propongo, Fernando, que comentas cuáles serían tus argumentos para convencer a voces críticas de las PPP. Ya sé que has aportado mucho al respecto,

Fernando Cacho: No, voy a ahondar un poco más. Hoy en día, además, estamos en un momento político que todos conocemos, y es un poco atrevido en ese sentido, en el que los ciudadanos están pidiendo acuerdos a los representantes políticos. Sí o sí, acuerdos sí o sí. En el mundo de la PPP, que forma parte de lo que es el espectro político, infraestructuras públicas –pues yo creo que hay que hacerlo extensivo a ello–, tanto en España como en Europa se está barajando este modelo. Es decir, la piedra angular del plan Juncker es la colaboración público-privada. Se quieren movilizar 600.000 millones de euros a los proyectos de colaboración público-privada, porque nos están diciendo: «Administración, póngase de acuerdo con el empresario privado» o «empresario privado, póngase de acuerdo con la Administración». «Aprovechen las sinergias que les unen, las que les hacen compatibles y, a la vez, complementarios». La Administración tiene cosas muy buenas, pero el empresario privado también tiene cosas muy buenas donde no llega la Administración, y viceversa. El empresario privado no llega donde, muchas veces, lo hace la Administración. Por lo tanto, hay que hacer un esfuerzo más allá de cuestiones ideológicas. Es decir, esto es una cuestión de bienestar, una cuestión de funcionar en un Estado de derecho, un desarrollo de infraestructuras que son básicas y hay que hacerlas de manera, además de aprender de los errores que se han cometido. Es decir, estamos en un momento histórico, yo creo, fundamental para aprender de esos errores. La Oficina Nacional de Evaluación es un ejemplo. Vamos a ser imparciales para definir proyectos que sean viables. Vamos a aprovechar las virtudes que tiene la empresa privada. Vamos a aprovechar las virtudes que tiene la Administración pública, que son muchas. Y vamos a conjugarlas y vamos a minimizar los defectos que ambos tienen. Es decir, yo creo que es el único camino para definir y estructurar de manera adecuada infraestructuras públicas de un cierto nivel. Es fundamental, y Europa va en esa línea, España va en esa línea, y más ahora con toda la limitación presupuestaria que existe y que condiciona cualquier desarrollo económico. Hay que aprovechar ese valor, esa capacidad económica, como comentabais, ese dinero que hay todavía –que hay mucho– para que se pueda invertir en este tipo de infraestructuras, pero siempre desde el punto de vista de esa colaboración, esa flexibilidad en los procedimientos, que es esencial, no sólo desde el principio, sino en el desarrollo de todo el contrato, y buscar esas sinergias. Yo creo que es una de las claves, incluso la clave esencial.

Xavier Forcadell: Estic completament d'acord amb en Fernando —després potser realitzaré una apreciació més global, des d'una perspectiva més administrativa o des del sector públic—. Però, redundant una mica en les qüestions debatudes, crec que és cert, però també considero que hem de ser capaços, en conseqüència, de buscar els mecanismes que faciliten aquesta capacitat inversora des d'un punt de vista procedimental, des d'un punt de vista de l'atracció.

Tinc la sensació —i el company Rafael també n'ha fet referència— que hi ha molts diners sobre la taula amb capacitat d'inversió, que des de l'Administració pública es fa difícil visualitzar on és aquesta capacitat de treure tota aquesta inversió. En moltes ocasions, fins i tot, quan aquests diners amb instàncies —a nivell més comunitari, etc.— hi són, costa aconseguir aquesta transversalitat i baixar-los fins a un nivell de gestió més òptima del territori; és a dir, observo una disfunció —i veig aquí gestors del món local que potser després incidiran en aquesta qüestió— entre un gran marc normatiu, entre un gran paraigües on hi poden haver voluntats, principis, capacitats transformadores..., però, també, una realitat gestora en què canalitzar aquest marc superior no és precisament senzill. Per tant, des d'un punt de vista procedimental, des d'un punt de vista de la gestió, però també des d'un punt de vista de la flexibilitat —tal com se n'ha parlat durant la trobada—, crec que tenim un camí per recórrer.

Miquel Rodríguez Planas: Molt bé, gràcies.

¿Cuáles tienen que ser los servicios públicos que deben ser provisionados mediante colaboraciones público-privadas?

Y ya para acabar las preguntas desde la mesa, tal como ha comentado Joaquim, se tendría que decidir cuáles tienen que ser los servicios públicos mínimos y, con base en esa reflexión, sobre cuáles son los servicios públicos, cuáles son los servicios locales, de futuro, los mínimos, de estos, cuáles tienen que ser en colaboración, en formato de colaboración público-privada.

Xavier Forcadell: Bé, reprenent una mica allò que deia a l'inici de la sessió d'aquest matí, crec que es fa difícil generalitzar mitjançant la perspectiva d'allò que es podrà fer des d'una visió eminentment pública, des d'una visió privada i des d'aquesta visió més compartida. Probablement cal analitzar la bateria de serveis públics essencials que tenim avui dia. En Joaquim s'hi ha referit amb encert, però els hem de repensar, fins i tot, en la lògica amb què foren normativitzats durant els darrers anys.

Aquest matí he intentat proposar una classificació per intentar donar resposta al que deies, Miquel, des d'una perspectiva d'allò que podríem anomenar «serveis públics personals», és a dir, aquells serveis més vinculats a la gestió de polítiques públiques adreçades a les persones —educatius, socials, etc.—, i d'aquells altres serveis més vinculats al territori —la prestació de serveis d'aigua, els cicles de residus, etc.—.

És cert que haurem de pensar quin ha de ser aquest ventall de serveis públics, però no podem obviar —i aquest matí m'hi he intentat referir i crec que alguna de les intervencions que s'han realitzat abans han funcionat també amb aquesta lògica— que si estem parlant del món local —repeteix—, no podem dissociar aquesta realitat de la planta on viuen els sectors demogràfics del país, la qual cosa no vol dir que als altres no hi visqui ningú, ja que també hi haurem d'arribar per prestar-hi serveis. Per tant, això també significa que podem tornar a analitzar quins han de ser els serveis mínims, ja que alguns ens semblen obvis. Ens sembla evident que l'aigua és un servei mínim, però no podem obviar que hi ha una part del territori del nostre país que encara té greus dificultats per accedir a aquest servei. Podríem analitzar que, des d'un punt de vista de les infraestructures, la xarxa viària és una capacitat on la col·laboració publicoprivada té un camí per recórrer, però no podem obviar que encara es fa difícil accedir a una part del nostre territori a través d'una carretera digna, i aquesta és una realitat del nostre país (Berguedà, Anoia, Osona, Pirineus, etc.). També cal fer referència al cicle de les polítiques de residus. S'han construït grans infraestructures relacionades amb això, però quantes ens en queden encara? Com acabarem de canalitzar i de completar aquest objectiu? En quins terminis?

Per tant, jo crec que des de la perspectiva dels serveis públics personals, més territorials, hem d'analitzar cas per cas, però, des d'aquesta perspectiva, col·laborant amb la iniciativa privada —la qual cosa no vol dir eliminar en determinats casos la iniciativa privada—. A una escala més petita, a l'àmbit local, tots vostès recordaran aquell municipi en què hi ha un empresari privat que hi té una llar d'infants de naturalesa privada. Ara hi ha anat l'Administració pública i n'ha construït una amb capital cent per cent públic. Quin és el resultat?: han acabat tancant, progressivament, la llar d'iniciativa privada. Amb els anys, quan han arribat les dificultats econòmiques i de gestió, quan hi ha hagut situacions de desequilibri de la demografia del territori, s'ha acabat necessitant continuar amb aquella llar.

L'altre aspecte, segons el meu parer —i acabo amb aquesta qüestió—, és que el futur de la perspectiva de la gestió pública passa per la modernitat, és a dir, per la tecnologia, per la modernitat tecnològica. Per tant, crec que la col·laboració publicoprivada ha de tenir, en el futur, un gran enfocament en la tecnologia, vinculada a qüestions i criteris ambientals, és clar, però també a qüestions culturals. La tecnologia és un element transversal modernitzador, innovador i, fins i tot en determinats casos, vertebrador. I, amb relació a aquest, la sostenibilitat: hem de continuar vivint en aquest planeta, hem d'aconseguir que cada vegada sigui més sostenible. Per tant, també hem de pensar que un element clau consisteix a vincular la tecnologia a la sostenibilitat, lligats, doncs, als serveis bàsics —perquè encara ens en falten—, a serveis més complementaris, però incorporant aquest factor tecnològic, aquest factor sostenible, aquest factor que modifiqui i que millori la nostra xarxa relacional.

Per a mi —crec que ja s'ha dit una mica— això passa per un repte: les administracions públiques hem de disposar de dades molt més fiables i molt més transversalitzades, perquè hi són, però les necessitem molt més transversalitzades. Hem d'utilitzar molt més aquestes dades com a mecanismes objectius de la presa de decisions, hem de gestionar —a partir d'aquestes dades i d'aquesta presa de decisions— d'una manera cada cop més eficient, però, alhora, hem d'establir els mecanismes de control que permetin que aquesta gestió se'n beneficiï. I, finalment, ho hem d'avaluar i hem de retre comptes. Probablement, si sabem fer aquesta quadratura des d'una perspectiva més tècnica, retrem comptes i ho sabem explicar, molts d'aquests debats, podríem dir, populistes o ideològics, probablement s'acabaran esbiaixant.

Miquel Rodríguez Planas: Mario.

Mario Aymerich: Sí, yo creo que es muy importante saber hasta dónde hay que llegar con los servicios públicos. Es decir, cuál es la obligación de dar un servicio público por parte de la Administración, cosa que no siempre está bien definido. Yo conozco muy bien el tema de la vivienda social, donde vemos que los criterios que definen no ya solo de las características físicas de la vivienda —es decir, cuántos metros cuadrados tiene que tener un piso para que viva una familia de cuatro personas—, sino los criterios para acceder a la vivienda social —es decir, quién tiene derecho a una vivienda social, si tiene que pagar o no, por cuánto tiempo puede disfrutar de esa vivienda, etcétera—. Hay toda una serie de elementos que no están definidos, y nosotros lo estamos viendo que estos criterios no existen prácticamente de forma —digamos— estandarizada u homologada, prác-

ticamente en ningún sitio. Por lo tanto, es cierto que la Administración Pública tiene todavía una serie de obligaciones para definir exactamente qué servicios públicos quiere dar. Y no hablemos de los refugiados, porque eso ya sería un debate que nos llevaría toda la tarde, por lo menos. Pero hay, igual que en la vivienda social, también, pues cómo se establecen las tarifas del transporte público, cómo se establecen las tarifas del agua, etcétera. Por lo tanto, no hay que pensar que los PPP van a solucionarlo todo, ya que hay unas obligaciones por parte de la Administración que son fundamentales, antes de poner en marcha este tipo de contratos, cosa que ya se ha dicho en más de una ocasión esta mañana.

Miquel Rodríguez Planas: Joaquim.

Joaquim Triadú: Sí, només una reflexió. En Fernando Cacho i en Francesc Trillas han parlat a la seva exposició del fet que era important tenir present el concepte de flexibilitat a la negociació d'un contracte de PPP i jo crec, en la línia dels serveis bàsics, que l'Administració pública ha de tenir present una paraula que dóna moltíssima mandra als polítics, que els fa pànic: *prioritzar*. Prioritzar produeix pànic. Per què? Perquè estan molt endeutats, perquè no tenen accés al mercat de fons... i, per tant, han de prioritzar. I aquí caldria també que els prestadors de diners —sia el Banc Central, el Banc d'Inversions Europeu o els fons de què es parlava, que poden oferir recursos— exigeixin a les administracions que prioritzin les inversions. I prioritzar inversions vol dir, bàsicament, fer aquelles inversions que poden generar activitat econòmica, creixement econòmic.

A Espanya es dóna una paradoxa realment grotesca. Sempre se'ns ha dit que les infraestructures serveixen per generar activitat econòmica i ocupació. Som el segon país del món amb més quilòmetres d'AVE, després de Xina, i, en canvi, tenim un 22% d'atur. Això vol dir que aquesta inversió brutal no va estar, segurament, ben prioritzada amb l'objectiu de dedicar-la als àmbits, les línies o les actuacions que poguessin generar creixement econòmic, que poguessin evitar un 22% d'atur.

Crec que aquesta fotografia, simplement com a retrat de la situació, hauria de fer que les administracions públiques es replantegessin a què destinen els diners que poden rebre per inversió, perquè —com molt bé ha dit en Mario Aymerich—, en aquest moment, el sector privat no sap què fer dels diners, perquè els bancs no donen res i la borsa està com està; per tant si els donéssim unes estructures d'inversió més o menys sòlides i ben definides per projectes de creixement econòmic, segurament es podria avançar molt.

Miquel Rodríguez Planas: No sé si hay alguna pregunta por parte del público.

Preguntas del público

Empezamos con Eva Bufí.

Eva Bufí: Gràcies. La meua pregunta és per al Xavier. Jo crec que *eficiència* ha sigut una de les paraules més repetides avui, i crec que tots estarem d'acord en el fet que, en el fons, l'èxit de la col·laboració publicoprivada és degut a l'eficiència dels recursos. I aquí va la meua pregunta: parlàvem del món local, què pot fer o què està fent la Diputació per unir les necessitats dels ajuntaments dels municipis més petits, que no disposen del coneixement —perquè d'aquest tipus de projectes se'n fan pocs—, dels tècnics especialitzats ni, tampoc, de la capacitat per crear una massa crítica que pugui fer que aquests recursos siguin més eficients?

Xavier Forcadell: Sí, al matí, quan he arribat, m'ha donat la sensació que aquest aulari té un cert format de tribunal. Per tant, seguint aquesta broma, hauré de dir allò d'«amb la vènia, presidenta», perquè se'm fa difícil donar resposta.

Jo crec —i segur que ella ho complementarà després— que aquesta perspectiva la tenim plenament enfocada a partir del treball en xarxa, a partir de la capacitat de crear una massa crítica, de fer aflorar necessitats que constatem també fruit d'un treball molt presencial al territori. Fruit de desplaçar-te molt per aquest territori, acabes comprovant que hi ha una sèrie de qüestions bàsiques —algunes d'elles complementàries— que són comunes. Són comunes i també són, com dèiem abans, asimètriques o diferenciades —a cada part del territori en pots trobar unes o unes altres—. Per tant, allò que la Diputació ha vingut fent, i que ara fa d'una manera més incisiva, és treballar en xarxa per acabar fent aflorar determinats tipus de projectes que després, des d'una perspectiva de decisió política, es considera que constitueixen els elements més estratègics.

En aquest sentit, els instruments inversors són les eines principals de què disposem per canalitzar aquesta capacitat i, per altra banda, comptem amb l'instrument filosòfic i ideològic que l'empara, el pla de mandat, que és la voluntat relacionada amb el fet de cap a on vol anar aquest govern, dintre d'un límit temporal —en el nostre cas, el límit temporal el marca el calendari d'una legislatura—, amb una sèrie de programes estratègics que s'evidencien per tal d'aconseguir dues coses: una, assentar més el territori, la població i la seva diversificació econòmica, etc., però també marcar un horitzó cap a on hem d'anar transformant i, amb el nostre engranatge dins del sistema de governs locals i del sistema de govern de Catalunya, què podem aportar per anar arribant a aquest horitzó.

Per tant, hem de treballar en xarxa a partir de la detecció de realitats i posar els instruments —en aquest cas els instruments econòmics, però, també, els instruments tècnics i materials adients—

per poder-ho portar a terme. I, sobretot —i deixa'm acabar amb el que dèiem a la part final, quan estava intervenint—, i també molt important per a nosaltres, des d'una perspectiva de tenir dades per fer això —és el que t'estava dient—, però, sobretot, per poder-les avaluar després i retre'n comptes. Perquè, en els nous temps, també hem d'apoderar cada cop més la ciutadania, perquè també puguem retre comptes. Cal afegir, però, que fent servir només les dades ens podran i podrem retre comptes des de la responsabilitat i no des d'una determinada ideologia major o menor, sinó des de l'anàlisi més empírica de la informació que tractem i de la política que exercim.

Miquel Rodríguez Planas: Moltes gràcies. Hi havia una pregunta de Francesc Sibina.

Francesc Sibina: En principi, veiem que tenim un problema. I, per a mi, el problema és que ens passem aquests debats parlant del passat i, avui, qualsevol camp de l'activitat ha de preveure el futur tenint en compte que l'economia va a una velocitat de vertigen, tal com explicava el senyor Pérez. Estan entrant en actiu actors que no tenen res a veure amb l'anterior; per tant, ens passem molt de temps amb els defectes del passat.

Això ens podria dur a parlar dels previs, i jo estic absolutament d'acord amb vostè, però no ho solucionarem pas amb la Oficina Nacional de Evaluación. Jo crec que Europa ha demanat dues vegades a Espanya que faci una agència, però una agència transversal, no endèmica. El Govern no es pot examinar a si mateix, hi ha d'haver altres actors —hi ha d'haver els privats, hi ha d'haver el món del coneixement...— perquè quan una concessió administrativa o un servei públic surti, s'hagi estudiat realment bé, la qual cosa produirà menys fracassos. Això, però, no és la Oficina Nacional de Evaluación, això no ho evitarà tot.

L'altra qüestió en què també voldria fer èmfasi és com un secretari d'ajuntament fa un plec de condicions amb una llei de desindexació —que fins i tot el mateix Consell d'Estat ha criticat àmpliament— amb una normativa no desenvolupada, amb una RPA nova no desenvolupada normativament, amb una transposició que no s'ha realitzat i amb un país que té una sola llei per a dos contractes que no tenen res a veure —el contracte d'obres i el de concessió—, transposant una qüestió que està inspirada en països que tenen dos contractes: un per a les concessions i un altre per a les obres.

Hi ha una cosa que em preocupa moltíssim, perquè crec que estem passant d'enfrontar-nos al passat a fer-ho al futur, quan els contractes de CPP hauran de ser flexibles, perquè s'hi haurà d'incorporar tecnologia. Com, amb aquesta normativa actual tan rígida, inspirada en la normativa anglosaxona —com deia el senyor del BEI—, modificarem aquests contractes? Produïrem, d'aquí a tres anys, quatre anys, cinc anys..., serveis obsolets perquè haurà augmentat la tecnologia i perquè normativament haurem establert un contracte molt rígida amb l'objectiu que no ens el puguem saltar o modificar, o no el volem fer feixuc? No crec que sigui el cas, no?

I l'últim que voldria dir és que crec que la solució passa perquè tots ens situem i perquè l'Administració, tal com ha dit algun professor, internalitzi la intel·ligència i externalitzi el servei. L'Admi-

nistració ha d'administrar més bé, ha d'exigir els contractes i els ha de monitorar. I, potser, amb tot plegat, al sector li anirà molt més bé.

Miquel Rodríguez Planas: Molt bé. No sé si n'hi ha alguna pregunta més.

Mònica Bernal: Hola, bones. Jo vinc de l'Ajuntament de Valls i, en primer lloc, vull felicitar la preparació d'aquesta jornada, perquè de vegades es troba a faltar aquest fet d'involucrar-se del públicoprivat, tot i que nosaltres, des de Valls —abans li explicava a l'amic Forcadell—, trobem que això ens supera una mica. És a dir, nosaltres, a part de cuinar calçots i de fer castells, que els fem molt bé, gestionem el dia a dia, gestionem les escombraries, gestionem el servei d'aigua, tenim tres empreses municipals, tenim un hospital... És a dir, feina en fem, i molta.

El que deien els companys d'aquí —que segur que vénen del servei local— és que tenim un problema de mitjans. Aquí és on entra la diferència entre el públic i el privat. És a dir, quan nosaltres tenim un servei jurídic, un servei de secretaria, un servei d'intervenció..., tenim uns serveis totalment mínims; el que fem és cobrir amb prou feines el que ens demana Montoro i... fem el que podem. Què ens passa? Que hem de treure una concessió a la qual arribem per obligació. Per què hi arribem per obligació? Perquè, primer, tenim prohibicions d'endeutament, de fiscalització, etc.; després, tenim una prohibició molt important, que és la d'augmentar el personal a l'Administració pública. Per tant, interioritzar, internalitzar, tornar enrere i municipalitzar —que és cert que tenim moltes mocions de municipalització dels serveis—... que m'expliquin com es fa perquè, ara mateix, crec que és pràcticament inviable.

És clar, arribem a la concessió d'una forma obligada. I per què? Doncs perquè —com també deia abans el company de Tarragona— la concessió ens ofereix la precapitalització d'un import molt important que ens permetrà fer inversió i, després, això també li dona al polític de torn, sigui quin sigui, la solució de poder ensenyar el que després jutjarà el ciutadà. Això ens porta al fet que arribem a les concessions des de l'àmbit públic una mica sense pensar-ho, com una solució del tipus «vinga, va, ens va bé tècnicament perquè ens portarà poca feina» —que és el que, en definitiva, volem els tècnics, perquè ja no podem ni complir amb allò que tenim obligatori— i, a la vegada, permetrà al polític ensenyar a la ciutadania què està fent, la qual cosa se li posa a judici dia a dia.

Jo només volia subratllar això i crec que els tres possibles camps de treball que, principalment, tenim com a Administració pública són, en primer lloc —abans ho ha dit en Joaquim Triadú, i crec que és molt important—, treballar bé els plecs de clàusules —que és on neix qualsevol problema—, treballar-los molt i molt bé —les presses no són mai bones aliades, i això ho sabem i, tot i així, tots treballem amb presses—; segon, fer bons estudis de viabilitat, fer bons estudis econòmics —si convé un, si convé dos..., els que convinguem— i, sense que es vegi que a l'Administració estem pactant amb el privat, parlar amb el sector sobre quina seria la sortida més competitiva, sobre quina seria la solució. Això ho fem molt poc i jo, cada vegada que consulto les publicacions, comprovo que molts concursos s'han tirat enrere i és quan després t'assabentes que és perquè el sector ha picat a la porta i ha dit: «Perdoneu, si vosaltres feu aquest estudi, això no surt». És a dir, si això ho fem abans, ens permetrà no arribar on arribem.

Després, sobretot pel que fa a l'Administració, també hauríem de fer l'esforç de seguir les concessions. Crec que els companys estem d'acord en el fet que no abastem la feina i no seguim les concessions, però que, si les seguíssim i tinguéssim una continuïtat, veuríem com estem. I, per altra banda —qüestió que aquí he trobat una mica oblidada—, cal parlar de l'administrat —potser es tracta del cas que ens trobem més sovint a l'Administració local—: el ciutadà que et ve a buscar perquè l'han apujat el preu de l'aigua, el preu de la llar d'infants o de qualsevol altre servei públic.

Per acabar, voldria reforçar una qüestió que també s'ha dit aquí: és molt important que ens esforcem en el fet de comunicar a l'administrat què estem realitzant des de l'Administració i, també, des de la concessió. És a dir, si augmentem el preu de la llar d'infants, potser és perquè hem iniciat un nou programa, que val vint-i-cinc i que, per tant, s'ha de repercutir. O, per exemple —com ens ha passat a Valls—, hem d'augmentar el preu de l'aigua, però s'ha d'explicar —i cal fer-ho molt bé— que hem aplicat unes tarifes socials que permetran a les famílies en situacions desfavorables poder-hi accedir i que després hi haurà beneficis per a famílies monoparentals, famílies nombroses. És clar, si això no s'explica i no fem aquest esforç, costa molt allunyar-se de la concepció que, de vegades, aquestes col·laboracions publicoprivades constitueixen un pacte entre el polític de torn i l'empresa de torn, i l'administrat queda fora d'això.

Miquel Rodríguez Planas: Gràcies, Mònica. Gràcies per la teva intervenció.

Pero, sobre todo decir que lo que has aportado era un poco el objetivo de la jornada. Lo que estuvimos hablando desde el principio con la Diputación era poder generar un espacio de debate, de reflexión, compartido entre el sector público y el sector privado. Esta es la primera, esperamos, de muchas jornadas que vayamos haciendo, y con la incorporación de otros actores públicos y privados.

Si no hay más preguntas, pasaríamos a la conferencia de clausura.

Gracias.

Conferencia de clausura

Introducción

Joan Enric Ricart

Profesor, IESE y Director Académico del PPP for Cities

Molt bon dia. Donem pas a la clausura d'aquesta jornada. Com és la primera de les trobades sobre gestió pública, amb aquest èmfasi en el món local —malgrat la crítica que hem rebut al final del fet de no haver realitzat prou aquesta connexió—, dintre de l'àmbit del PPP for Cities que tenim a aquest centre de l'ONU de col·laboració publicoprivada, m'agradaria transmetre la preocupació que té l'IESE en general i, en particular, les entitats que organitzen aquesta jornada, el PPSRC i el PPP for Cities, sobre què és la gestió pública i què es pot fer per millorar-la.

Al final, la nostra missió des de l'IESE és la d'intentar exercir un impacte positiu mitjançant la formació de directius, la qual cosa no hauria d'implicar la separació entre directius en organitzacions privades o organitzacions públiques. De fet, l'IESE ja té una certa tradició impartint programes de lideratge i gestió pública en col·laboració amb la Harvard Kennedy School —un dels quals la Mercè va cursar—. Ja fa quinze anys que el PPSRC treballa o organitza diferents tipus de jornades i hem realitzat altres programes específics per a la Generalitat de Catalunya, per a l'Ajuntament i per a altres entitats. També farà ara cinc anys que vam començar una iniciativa anomenada Cities in Motion, centrada en el tema local —moguda, si voleu, per la idea de l'impacte de les *smart cities* i de la transformació digital, que no només afecta tota la societat i les empreses, sinó, òbviament, també el cens de l'Administració—. A nosaltres ens agrada parlar de «governança *smart*», de «governança intel·ligent», perquè, en definitiva, l'IESE no és una escola de tecnologia, sinó de govern, si ho volem posar en aquests termes.

Dintre d'aquest centre, realitzem activitats diverses: publiquem un índex; creiem que per solucionar els problemes hi ha d'haver bones mesures, formes de comparar-nos —aquest és l'objectiu d'això—; també organitzem altres tipus d'activitats, moltes d'elles en col·laboració amb el PPSRC, perquè, en definitiva, es tracta de diferents instruments per realitzar les mateixes coses (no som persones diferents); realitzem tasques de recerca i elements de docència... Entre altres coses, crec que és interessant que sapigueu que hem començat un curs electiu en el programa MBA, on encara no hi ha gaire audiència perquè els nostres alumnes no tenen un immens interès per saber què és el govern local, però nosaltres sí que el tenim, entre altres coses perquè, com hem vist aquí amb les qüestions de la col·laboració publicoprivada, sia des de la perspectiva privada o des de la perspectiva pública, s'ha d'entendre el context d'aquest món, com entrar en les col·laboracions i com està canviant la governança de les ciutats en el món actual.

També oferim uns cursos de competitivitat que ja tenien una tradició en temes relacionats amb els *clusters* i la competitivitat regional, però nosaltres creiem que, avui dia —entre el tema regional,

municipal o supramunicipal—, ens trobem en el segle de les ciutats, són les ciutats les que estan agafant el protagonisme d'atraure talent, de desenvolupament econòmic, i, per aquest motiu, oferim un programa internacional sobre competitivitat.

Llavors, amb aquest conjunt d'activitats —i perdoneu una mica si aprofito per fer propaganda—, crec que és on s'enquadren aquestes jornades, que hem pogut oferir en col·laboració amb la Diputació de Barcelona i que crec que neixen, com deia en Miquel, amb aquesta voluntat de continuïtat i de ser un instrument que ajudi a un canvi, a una transformació que està en marxa, amb el qual segurament ningú —ni en el món privat, ni en el món acadèmic, ni en el món públic— té totes les solucions.

Hem de tenir la possibilitat de realitzar aquests debats i de proposar aquestes idees per poder aprendre, desenvolupar i, alhora, perquè ens marqui una mica l'agenda de recerca dels temes que s'han d'anar pensant col·lectivament i que iniciatives com el centre de l'ONU ens poden ajudar a desenvolupar.

S'esperava que realitzés un resum de les jornades, però no el faré, almenys amb el detall de «s'ha dit això i allò altre», entre altres coses perquè no vull menjar-me el temps —i ja me n'he menjat prou—, però sí que m'agradaria incidir —aprofitant algunes paraules de l'última intervenció d'en Joaquim Triadú, quan ha centrat aquests tres punts importants en el tema del PPP, i jo n'afegiré un quart— en el fet que cal pensar molt bé si té sentit un PPP o no, que es tracta d'un tema d'eficiència i un tema tècnic. Hi ha una qüestió que requereix l'*expertise* de veure com es pot trobar una bona forma d'organitzar que, d'alguna forma, millori l'eficiència —després es tractarà de considerar qui pot capturar aquest guany d'eficiència—. Si no hi ha guany d'eficiència, podem fer malabarismes, però no hi haurà gaire a fer. El segon element és una bona planificació, un bon contracte, però després hi ha la tercera part, que està relacionada amb la governança. Volia connectar aquestes dues qüestions perquè, per molt bé que fem la planificació, aquests contractes —òbviament, això s'ha tractat en tots els exemples que hem vist— són sempre incomplets; és a dir, la idea d'un contracte incomplet és que es poden produir esdeveniments que nosaltres no podem preveure, o sigui, que per molt que creiem que hàgim previst totes les contingències, passen coses que no necessàriament s'han previst. I fins i tot hi ha casos en què s'han pogut preveure més o menys, però no se sap exactament quina resposta s'ha de donar fins que les circumstàncies actuals proporcionen més informació que la que es disposava en el moment de planificar.

Per això, una bona governança —pensant en els dos contextos— és imprescindible i penso que és un element molt central tant en els mecanismes de control com en els mecanismes d'arbitratge. Crec que tot això s'ha dit, jo només estic intentant emfatitzar, però potser també és important per al debat —del qual me n'he perdut una part— allò que té a veure amb el context específic. Quan es discutia «no, home, això dels xilens..., resulta que el primer que posen sobre la taula és el tema de finançament per la qüestió del dèficit, les circumstàncies locals específiques que hi pugui haver...», jo crec que cal entendre millor quin és el rol del context polític, cultural, legal... i què podem fer per arreglar-ho una mica, entre altres coses perquè, com també es deia, les esmenes —tant si vénen d'Europa com si vénen d'Espanya— segurament no se solucionaran a escala local.

Hem de valorar què es pot fer amb aquestes qüestions perquè és molt difícil que aquestes concessions o col·laboracions publicoprivades funcionin bé i rebin la governança adequada en un context que comença amb una desconfiança en les diferents parts amb les mans lligades i amb la història que arrosseguem, que no és, potser, la més propensa a facilitar la transparència i la confiança que es necessiten per prosseguir. Crec que aquest context hauria de constituir un tema elevat, important, sobre com ho aprenem a fer i sobre com fer-ho possible amb la idea que no som parts contràries, sinó que tots tenim la voluntat de veure'n la funció. Penso que això és especialment important en el context de les ciutats —o de les xarxes de ciutats, perquè les ciutats no es troben soles—, perquè aquestes també tenen uns elements de connexió social que és important fer servir com a part d'aquest context, per aconseguir que aquestes col·laboracions publicoprivades funcionin realment, que siguem capaços de fer les coses bé, de convèncer i de comunicar adequadament als ciutadans i de fer que les col·laboracions funcionin per a una millora dels ciutadans i no per a altres objectius, que allò que dèiem al principi del bé comú tingui una translació específica i funcioni.

Bé, jo només volia subratllar aquest punt, però crec que tots volem escoltar l'excel·lentíssima senyora Mercè Conesa, presidenta de la Diputació. Per a mi és un gran plaer presentar-la, acompanyar-la aquí, entre altres coses, perquè és la meva alcaldessa —jo sóc ciutadà de Sant Cugat—. Crec que tots la coneixeu molt bé, o sigui que no us explicaré el seu currículum, però sí que voldria destacar —perquè m'interessa en aquest context— el gran esforç que ha fet pel que fa a la formació, ja que ha estudiat no només a l'IESE, sinó a l'ESADE i a altres centres, i crec que això és important, és important que entre tots, cadascú al seu nivell, fem un esforç perquè la formació, el coneixement, allò que ens permeti dirigir-nos a un futur millor, formi part de la nostra feina. És un plaer, Mercè. *The floor is yours*, com diuen.

Concesiones, relaciones público-privadas y conocimiento en gestión pública

Mercè Conesa

Presidenta, Diputació de Barcelona

Moltes gràcies. Bé, molt bon dia a tots i totes, al professor Ricart i a tots els docents i organitzadors de la jornada que avui m'heu demanat que pugui acompanyar-vos. De fet, en primer lloc, m'agradaria felicitar-vos perquè el debat que esteu tenint és el debat que es troba de plena actualitat en aquest moment també entre els que ens situem al capdavant d'institucions públiques, que trobem que, cada dia, hem de plantejar-nos com gestionar millor els serveis que donem als ciutadans, si tenim l'obligació —jo crec que sí— de poder justificar els costos d'aquests serveis i, per tant, l'eficàcia i l'eficiència del servei d'acord amb el cost que suposa als ciutadans, però, també, evidentment, amb la garantia que hi ha una sèrie de serveis, que jo anomeno «sensibles», que en tot cas han de rebre la tutela de l'Administració pública.

Però anem a pams, perquè miraré d'abordar totes aquestes qüestions en poc temps, però amb idees clares. M'agradaria, en primer lloc, presentar-vos, acompanyant la resposta d'en Xavier Forcadell amb relació a les diputacions, quin és el pla de mandat de la Diputació de Barcelona per a aquests pròxims anys amb l'objectiu que pugueu observar com una Administració de segon nivell —com ho és la Diputació de Barcelona, que té l'obligació d'assegurar una sèrie de serveis bàsics a 311 municipis, dels quals n'hi ha 20 que s'espavilen per ells mateixos, però on la resta té dificultats— vol encarar el futur de tot plegat. Per tant, en primer lloc, reproduiré un breu vídeo i, després, iniciaré la meua explicació.

Enllaç al vídeo: <https://youtu.be/r7p5FNXBqB8>

Bé, hem vist quins són els grans objectius que s'ha imposat la Diputació de Barcelona per a aquest mandat i, de fet, si us hi fixeu, i us heu fixat en els anunciats, es parla precisament de connectar el territori, de connectar la informació cartogràfica a través de la tecnologia per millorar diferents sectors del territori i de connectar amb fibra òptica les carreteres —i, per tant, polígons industrials—; es parla de gestió forestal i, per tant, de connectar la biomassa o l'energia verda arreu del territori; es parla de teleassistència i, per tant, de millorar mitjançant la tecnologia les condicions de les persones; es parla d'habitatge..., es parla, en definitiva, d'una sèrie d'objectius que en cap cas els pot fer per si sola l'Administració: els ha de fer mitjançant la col·laboració publicoprivada, és imprescindible, i veurem per què. Perquè aquest salt tan important que tenim al davant, la digitalització del territori i dels serveis públics, implica, a la vegada, que puguem trobar sistemes de col·laboració publicoprivada que no siguin els tradicionals del dret administratiu clàssic, és a saber, les concessions administratives o, en definitiva, la gestió indirecta dels serveis públics.

Nosaltres, com a Administració pública, ens trobem i responem al model i al canvi de paradigma que planteja Rifkin —que fa molt pocs dies va visitar la ciutat de Sant Cugat— a través de la Tercera Revolució Industrial, mitjançant un sistema tecnològic que ens farà modificar no només hàbits de vida, sinó sistemes i hàbits quotidians.

Per poder explicar millor aquests conceptes, m'agradaria, en primer lloc, fer referència als serveis obligatoris. Avui, disposem d'un marc legal que marca com a serveis obligatoris una sèrie de serveis que es troben absolutament reglats, per dir-ho d'alguna manera, i, fins i tot, reben una sèrie de legislació sectorial al respecte i per tant, el nostre marc de governança és molt petit pel que fa a aquests serveis. Quin seria el repte i el debat a què ens enfrontem davant d'aquests serveis obligatoris? La transparència. Per què, en aquest moment, el debat se centra en la remunicipalització d'aquests serveis obligatoris? Perquè no hi ha hagut la transparència suficient a l'hora d'explicar com es presten els costos que tenen aquests serveis obligatoris. I, d'aquests serveis obligatoris, i més en un moment de mancances, de crisi econòmica, n'hi ha que són especialment sensibles, com el de l'aigua —del qual n'heu parlat aquí—.

Per tant, si ens fixem en els serveis obligatoris, els anem desgranant i veiem quins són especialment sensibles, ens trobarem, segurament, amb una manca de transparència amb relació a l'explicació al ciutadà sobre què compon aquests serveis, què li cobrem per prestar aquest servei, com ho fem i per què. I per tant, davant el debat sobre si cal o no remunicipalitzar, crec que hem de començar responent «depèn». Depèn de l'anàlisi del servei en concret, dels costos, de la internalització que impliqui el personal en aquella Administració pública, de l'expertesa que pugui tenir l'Administració pública a l'hora de prestar o no aquell servei... i, per tant, en el que nosaltres sí que podem ser forts és, precisament, en el control, en la prestació d'aquest servei de la manera adequada, en garantir que aquest servei serà universal, que el tindrà tothom i que tindrà una qualitat determinada, en posar una sèrie d'indicadors... Però, en molts d'aquests serveis, no tindrem l'expertesa ni la capacitat inversora —com deia molt bé la representant de Valls— per avançar algunes inversions que ens són necessàries perquè aquest servei el puguem explicar millor.

I crec que, en aquest sentit, disposem de moltíssims exemples. L'enllumenat públic és, evidentment, un servei municipal obligatori, un servei sensible, que si nosaltres, com a ajuntaments, volguéssim internalitzar o remunicipalitzar, ens trobaríem amb molts problemes. En primer lloc perquè si a les nostres plantilles —que no podem ampliar, ja que tenim un límit legal d'ampliació— no hi ha experts de l'àmbit de, per dir-ho d'alguna manera, la luminotècnia, ens trobaríem amb problemes a l'hora de poder avaluar la contaminació lumínica que aquest servei està produint; de poder afrontar una inversió important; d'avançar, per exemple, una inversió que permeti canviar a LED unes quantes lluminàries o permeti canviar el sistema de control punt per punt, etc.

Per tant, com en el cas de l'enllumenat públic o de la recollida d'escombraries, ens trobem que, amb aquests serveis, que són obligatoris i sensibles, com el de l'aigua, tenim dificultats pel que fa a la transparència, la comunicació i la gestió. Però això ho podem revertir; és a dir, en primer lloc, hem de tenir la voluntat d'aplicar tecnologia a aquests serveis per obtenir dades —si no mesurem, no sabem què podem explicar al ciutadà i, per tant, no podem contrastar quina informació espera

i quina li podem donar—. Per tant, aplicar tecnologia, sensors. En segon lloc, un cop obtenim aquesta informació mitjançant la tecnologia, l'hem de treballar i, per aquest motiu, als ajuntaments sorgeix la demanda de persones formades en anàlisi de dades, de les quals no disposem, i potser les empreses ens poden oferir aquells professionals que siguin capaços de realitzar aquesta anàlisi creuada de les dades per oferir una comunicació millor. En tercer lloc, cal fer transparents aquestes dades al veí perquè sàpiga que, a través d'aquesta concessió pública, hem pogut realitzar una inversió per avançat que ens ha suposat un trenta per cent d'estalvi de les emissions de CO2 anuals i que, fins i tot, li podem arribar a personalitzar aquesta informació al seu carrer i a casa seva.

Per tant, no només necessitem aquesta transparència, sinó professionals que sàpiguen com fem arribar aquest nivell de comunicació. Per tant, jo diria a aquelles empreses que vulguin ajudar les administracions públiques que necessitem dos tipus de perfils: el que ens analitzi com hem de crear aquestes dades i en pugui obtenir conclusions i el que ens permeti comunicar al veí aquesta informació d'una manera molt concreta i detallada.

En resum: hem de prestar serveis obligatoris, podem posar en qüestió el tema de la remunicipalització —perquè no sempre ha de ser així—, hem de fer l'anàlisi que consisteix a valorar si, un cop hem aplicat tecnologia, indicadors, transparència i comunicació a aquest servei, hem de seguir pensant en la remunicipalització —perquè potser obtenim un balanç on no és millor i on comprovem que estem prestant el servei d'una manera molt competitiva—.

Posaré dos exemples d'aquesta darrera qüestió —i aprofitaré els de la meua ciutat (Sant Cugat), ja que hi tinc aquí la gerent, la Carme Olivé)—. Per una banda, el servei de recollida d'escombraries. Disposem d'un plec de clàusules molt acurat. Molt i molt acurat. Tan acurat que el control que tenim del nivell de neteja de la ciutat és absolut. Som nosaltres els que emetem la factura al concessionari, els que li diem cada mes «aquest mes cobraràs això perquè has netejat això». Per mitjà de la tecnologia, de sensors, sabem si l'escombra ha tocat el terra o no l'ha tocat. Tenim geolocalitzat cada vehicle i, per tant, sabem perfectament les rutes que segueixen i podem optimitzar les rutes. Hem instal·lat sensors als contenidors d'escombraries i, per tant, disposem de la informació actualitzada, dia a dia, hora rere hora. Què ens permet, això? No només que puguem analitzar la informació i puguem dir a la concessió: «Escolti, això que figurava al plec no ho ha complert i, per tant, tindrà un descompte de l'ingrés d'aquest mes». O bé a l'inrevés, si jo li demano alguna cosa que no s'havia previst, sé que, evidentment, li hauré de donar cobertura. Però el control de la concessió l'ha de tenir l'Administració. Per què? Perquè així també pot ser públic i transparent. Perquè sabem exactament a quina hora passa el camió de les escombraries d'un lloc determinat i, si rebem una queixa ciutadana, podem dir: «Escolti, això no és així, perquè el camió ha passat per una altra banda a una hora concreta». Per tant, cal tenir un control de la concessió i és imprescindible que els plecs estiguin molt ben fets.

Un segon exemple: el servei de prestació de la zona blava. Som més eficients fent-ho nosaltres. Hem calculat els costos, el personal, la tecnologia —podem aplicar-la i hem fet una inversió en tecnologia—... i hem comprovat que és més eficient que ho fem nosaltres. I això ens suposa un saldo positiu anual de 700.000 euros d'ingrés a la corporació. Tot i haver subrogat les persones

—per tant, hem internalitzat les persones— i haver aplicat i fet la inversió en tecnologia, seguim sent més eficients.

Per tant, jo diria que, per una banda, no podem ser categòrics amb relació a què convé més a cadascú, perquè depèn de cada municipi, de cada situació, de cada servei i, també, de l'anàlisi concreta de costos i beneficis. Per altra banda, vull entrar en el tema de les concessions, on la clau és el plec i on, efectivament, com dèiem, nosaltres necessitem el sistema, necessitem internalitzar la intel·ligència. Per què? Perquè mai podrem tenir l'expertesa en una determinada funció, i posarem altres tipus d'exemples que no siguin els mateixos serveis obligatoris, sinó serveis que no són obligatoris, però que, com a administracions públiques, volem seguir prestant i que, precisament, són serveis on no tenim aquesta expertesa. Estem parlant, per exemple, de serveis d'atenció domiciliària. Nosaltres no tenim l'expertesa dels cuidadors i de les cures o els serveis que es necessiten a l'hora de prestar un servei d'atenció domiciliària; no la podem tenir ni podríem internalitzar un servei d'aquestes característiques per les raons que hem dit. En canvi, però, sí que podem internalitzar la intel·ligència relacionada amb el fet de com prestem aquest servei; com, al plec de condicions, fem i establim una sèrie de protocols amb què podem començar a mesurar temes relacionats amb persones que viuen soles a partir d'una edat determinada, de les quals hem de poder fer un seguiment i per a les quals els serveis socials han de ser proactius —entrevistar-se amb totes aquelles persones amb independència de la seva situació (socioeconòmica, etc.); per exemple, en el cas d'una persona gran, de setanta anys, que detectem que viu sola, hem de contactar amb ella, perquè potser la trobem en un perfecte estat de salut, amb uns fills que s'ocupen d'ella, etc., però pot haver casos en què no sigui així—.

A partir del servei d'atenció domiciliària o de teleassistència —que ara us en parlaré, ja que és un dels eixos del pla de mandat de la Diputació—, podem treballar moltes coses, però nosaltres no tenim la capacitat de fer de centraleta del servei de teleassistència; ho hem de fer amb un privat, hem de treballar amb un privat. Nosaltres, com a Diputació, agrupem i concurrem i, per tant, elaborem el plec de clàusules i condicions per licitar les teleassistències i telealarmes de tots els municipis de la província —menys la ciutat de Barcelona—. En aquest moment, estem oferint servei, aproximadament, a uns 70.000 usuaris. Si comptem que la ciutat de Barcelona n'ofereix a 70.000 més, estem abordant, per tant, una part important de la població. Però cal creuar això amb les dades demogràfiques. Si nosaltres, com a Diputació, ens quedem amb els braços plegats, pensem que ho estem fent molt bé i no disposem d'una anàlisi de dades interna, d'intel·ligència interna, amb què creuar les dades amb l'envelliment de la població, anem veient que aquest serà un servei que anirà pujant en demanda i no treballem, mitjançant la col·laboració publicoprivada —a través d'un concurs, evidentment— amb l'empresa que guanya el servei perquè aquesta companyia incorpori i ens aporti millores —perquè l'empresa ens aporta millores pel que fa a protocols, nevades...; si hi ha nevades, sabem que l'empresa de teleassistència trucarà a totes les persones i els comentarà: «Escolti, vénen nevades, vostè està preparat? Viu aïllat?»—..., si no realitzem aquesta prevenció, no estem oferint un servei públic adequat.

Parlem de més sistemes nous que es troben sobre la taula en aquest moment. Un dels eixos que nosaltres treballarem és, precisament, la incorporació de tecnologia, que aquesta arribi arreu de tot

el territori, que puguem geoposicionar, geolocalitzar, als diferents serveis de diferents situacions que estan ocorrent... Una situació clara que ens interessa, i interessa al ciutadà i a les administracions, és geoposicionar, per exemple, el potencial solar de cada municipi. El municipi sap quin potencial de plaques solars té a les seves taulades? Això ens interessa i això està fet. Hi ha un municipi que ho ha fet —no és el meu, és Rubí— i el segon que ho farà és Sant Cugat amb una aliança estratègica amb l'Institut Cartogràfic de Catalunya. Llavors, en aquest moment, nosaltres no només podem fer això, sinó obrir-ho en *open data* perquè hi hagi empreses que puguin dir a un ciutadà, a un veí o a una companyia: «Escolti, m'interessa aprofitar la seva teulada». I a més a més, com que, a través de l'Institut Cartogràfic, puc saber quina és la teulada òptima, de més rendiment al llarg de tot un dia i dels 365 dies de l'any, puc dir «Escolti, jo per aquesta teulada li pago més». Però això no cal que ho faci l'Administració. L'Administració posa una intel·ligència al servei de l'empresa i això també és un exemple de col·laboració públicoprivada perquè, en definitiva, estem proporcionant aquesta informació amb l'objectiu que les empreses treballin i generin, per tant, economia.

A més d'aquesta plataforma per conèixer el potencial solar del nostre municipi, som capaços d'analitzar, per exemple, la ineficiència del nostre enllumenat públic —això ho hem fet a Sant Cugat— a través de les fotografies que realitza l'Institut Cartogràfic, el qual, per infrarojos, analitza quins punts del nostre enllumenat públic són ineficients. Per tant, podem actuar mitjançant la correcció i el control de la nostra concessió i del nostre concessionari, al qual diem: «Escolti, vostè ha instal·lat aquí quelcom que no ens funciona i, per tant, la situació s'ha de reconduir». Estem, per tant, rebaixant la contaminació lumínica i, en definitiva, reduint emissions de CO₂, l'escalfament global, etc. Anem en les línies 20/20 que ens toca treballar. Si, a més d'aquesta pantalla —una altra pantalla que també s'ha desenvolupat—, nosaltres hi podem posar la fotografia d'allò que estan produint les nostres zones verdes, també podem mesurar quina prestació i quina eficiència estan aportant a la ciutat les zones verdes, els parcs públics, el bosc... per equilibrar, en definitiva, les emissions que els habitatges, la mobilitat..., és a dir, que tota la ciutat genera.

Anem en aquesta direcció. I això també s'ha d'introduir en el concepte de *public-private partnership* perquè, en definitiva, és a través d'aquesta informació, d'aquesta intel·ligència que les administracions podem produir —i ens ho hem de creure— com, en moltes ocasions, aconseguim en definitiva, posar-la en obert i generar que l'Administració pública pugui tirar endavant.

Vaig acabant... Les meves conclusions serien les següents. En primer lloc, hem d'aprofitar la tecnologia, perquè és una oportunitat; en segon lloc, necessitem sistemes d'indicació i control dels serveis públics, alhora que sistemes de costos perquè la pregunta que sempre faig és —i poso també un exemple de la meua ciutat—, el ciutadà de Sant Cugat, si pogués anar amb la targeta del CatSalut a l'Hospital Universitari General de Catalunya, l'importa si l'Hospital Universitari General de Catalunya és amb un funcionari X o un metge que té un conveni de col·laboració? No l'importa. El que vol és disposar d'una sanitat de qualitat.

Per tant, no ens hem de fixar tant en l'origen —que també ho hem de fer perquè nosaltres, com a professionals, ens hem de preocupar per l'origen, per la base—. No obstant això, ens hem despreocupat de la comunicació. I com que ens hem despreocupat de la comunicació, qui ha

comunicat és qui ha volgut introduir la ideologia segons la qual només el que és públic és vàlid. Només el servei públic, cent per cent públic, és vàlid. Però per què? Vull indicadors, vull motius, vull raons que m'ho demostrin. Perquè jo, com a ciutadana, pago uns impostos i el que vull és que s'utilitzin de la manera més eficaç i més eficient i em prestin un servei públic de qualitat, però a mi m'és igual el contracte que tingui aquell senyor —evidentment, que sigui un contracte amb unes condicions de treball dignes i amb un sou digne, això ja ho dono absolutament per descomptat—, però per què m'haig de restringir en la concepció que o bé el servei me'l presta un funcionari o no és vàlid? No hi estic d'acord.

Posem per cas el servei d'escoles bressol, les escoles bressol municipals. A Sant Cugat del Vallès hi ha vuit escoles bressol amb funcionaris. No és sostenible. Atensem un 18% per cent de la població de 0 a 3 anys. Només un 18% de la població de 0 a 3 anys té l'oportunitat d'anar a una escola bressol municipal pública. Per a la ciutat, cada plaça, cada nen, té un cost anual de més de 7.000 euros. No és sostenible. Però això no ho hem explicat, no ho hem comunicat, no hem, en definitiva, produït cap discurs, i el necessitem perquè, si no, s'imposa l'altre, que afirma que tot el que és privat és dolent perquè té finalitat de lucre i tot el que és públic és bo perquè no té finalitat de lucre. I se'ns escapen les ineficiències, i n'hi ha de força grans al sistema.

Per tant, vull transmetre-us un missatge: hem de continuar treballant per trobar les fórmules en què la intel·ligència que és capaç d'assumir l'Administració i aquest control que ha d'exercir l'Administració hi sigui, però col·laborant amb el sector privat, la qual cosa és imprescindible perquè la nostra societat segueixi avançant. I res més, no us vull cansar... Crec que avui heu treballat intensament amb relació a aquestes reflexions, que segur que han pogut exposar altres experts molt més informats que jo. Per la meua part, com a mínim, us he pogut exposar quines són les intencions del govern de la Diputació, què estem fent des de les administracions públiques per treballar en aquesta línia i, també, que estem disposats sempre a debatre i a defensar els nostres arguments. Moltes gràcies i molt bon dia.

El Specialist Centre on PPP in Smart and Sustainable Cities (PPP for Cities) es un centro internacional de investigación, innovación y asesoramiento a las administraciones públicas de todo el mundo en la planificación, gestión y desarrollo de proyectos en colaboración entre el sector público y privado en el entorno de las ciudades.

Es también una plataforma de colaboración entre empresas y administraciones de todo el mundo para profundizar en las dinámicas del partenariado público-privado, crear guías de buenas prácticas y estándares, y diseñar soluciones para las problemáticas de las ciudades.

El Centro está liderado por la escuela de negocios IESE, y forma parte del programa de las Naciones Unidas International Centre of Excellence on PPPs.

Cuenta con el apoyo y patrocinio del Ajuntament de Barcelona y de otras administraciones y empresas privadas. La sede del Centro PPP for Cities está en el Public-Private Sector Research Center del IESE y en coordinación con el programa Cities in Motion.



**PPP for
CITIES**
Specialist Centre
on PPP in Smart and
Sustainable Cities

Con el apoyo de:

