

COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN PROGRAMAS DE DEFENSA Y SEGURIDAD: MARCO CONTRACTUAL*

Inés de Alvear Trenor
Abogada
Uría Menéndez

* Este artículo ha sido galardonado con el Premio Querol 2010

SUMARIO

1. A modo de exordio. 2. Idoneidad del contrato de colaboración público-privado para la implementación de programas de seguridad y defensa. 2.1. La complejidad como elemento del CCPP. 2.2. La colaboración como nota distintiva del CCPP y del sector. 2.3. La larga duración. 2.4. Alto coste y financiación. 2.5. Más razones que justifican la complementariedad. 3. Algunos aspectos críticos del CCPP. 3.1. En la fase de preparación. 3.1.1. La subsidiariedad. 3.2. La fase de diálogo y adjudicación. 3.2.1. El fomento de la competencia. 3.2.2. La confidencialidad. 3.2.3. Derechos de propiedad industrial. 4. Algunos aspectos críticos del *project finance* como instrumento de financiación de CCPP. 4.1. Definición. 4.2. Elementos principales. 4.2.1. Sujetos. 4.2.2. Objeto. 4.2.3. Paquete de garantías *project finance*. 5. Estructura contractual asociada a la implementación de un CCPP a través de un *project finance*. 6. Una breve referencia a los antecedentes del CCPP.

1. A MODO DE EXORDIO

Siguiendo el denominado *ordo artificialis*¹, y aún careciendo de la cualidad de poetas, apostamos por empezar *in medias res*, yendo al centro de la

¹ Según sintetiza Patrizia Campana en su trabajo dedicado al análisis de la técnica literaria de Lope de Vega: «*Los eruditos del Renacimiento diferenciaban la tarea del poeta —entendiendo el término en el más amplio sentido de 'literato'— de la del historiador, siguiendo las pautas de las preceptivas clásicas, fundamentalmente las de Aristóteles y Horacio. Según los sabios renacentistas, mientras el historiador narra la historia como es, al poeta le toca*

cuestión, para retomar, posteriormente y de forma somera, los aspectos de orden y antecedentes que pudieran servir para reforzar algunas de las cuestiones que, en torno al contrato de colaboración público-privada y su implementación práctica en el sector de la Defensa y la Seguridad, aquí se plantean.

Esperamos, con el uso de esta conocida técnica literaria, llamar la atención del lector avezado, al igual que otrora lo hicieron los clásicos y hogaño algunos no tan clásicos. Pero además, y pensando esta vez en el lector ocupado —el que dispone de poco tiempo—, confiamos en acometer inicialmente el núcleo de las cuestiones planteadas, para permitir posteriormente una lectura más ligera de los antecedentes y orígenes de la nueva figura contractual. En definitiva, esperamos que las presentes notas constituyan un instrumento más, orientado al allanamiento del uso y aplicación práctica de la figura contractual tratada en el ámbito elegido.

En un escenario de generalizada crisis económica y financiera, cabe preguntarse cómo puede mantener el Estado sus objetivos de modernización de las Fuerzas Armadas. Con frecuencia, no es tan costosa la adquisición de la capacidad operativa que representa el material militar como lo pueda ser el coste de mantenimiento con la deseable flexibilidad e interoperatividad y, más concretamente, del necesario sostenimiento de la fuerza operativa durante todo su largo ciclo de vida: carros de combate, aeronaves, embarcaciones de la Armada y, de forma significativa, de sus complejos y sofisticados sistemas electrónicos asociados.

2. IDONEIDAD DEL CONTRATO DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADO PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE PROGRAMAS DE SEGURIDAD Y DEFENSA²

No parece dudoso afirmar que la nueva figura de contratación introducida por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público

*narrarla como debería ser: (...) Según esta tradición, el historiador tiene que narrar las cosas desde el principio de manera lineal según el orden en el que han sucedido (ordo naturalis); pero el poeta está llamado a seguir otra disposición de la materia (ordo artificialis), trastrocando la narración lineal de los hechos y empezando in medias res, en medio de los acontecimientos, arrastrando al lector (o al público) al centro de la acción —como si ya se conociera—, y recuperando con una narración posterior los sucesos previos. Los modelos son, pues, la *Iliada*, que se abre con el último año de la guerra de Troya; la *Odisea*, que empieza cuando ya Ulises está a punto de volver a Ítaca, o la *Eneida*, que se abre al final de los siete años de peregrinación del héroe, desde Troya hasta las costas italianas». CAMPANA, Patrizia: «In medias res: diálogo e intriga en el primer Lope», *Criticón*, 81-82, 2001, pp. 71-87.*

² El presente trabajo está inspirado, por un lado, en la presentación que tuve ocasión de preparar para las jornadas de *P³ Participación Público Privada en Programas de Defensa*

(LCSP), el contrato de colaboración público-privada (CCPP), presenta algunas características básicas que encontramos entre las señas de identidad del sector de la defensa y la seguridad. Nos proponemos en los siguientes apartados identificar los que creemos que son elementos comunes entre la nueva figura contractual y el sector que pueden facilitar el camino hacia la implementación de CCPPs.

Para comenzar, señalaremos cuatro de sus notas principales, que encontramos –por cierto, casi en su totalidad– en la definición contractual que nos ofrece el artículo 11 de la LCSP³, según el cual, «son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquéllos en que una Administración Pública encarga a una entidad de derecho privado, por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones (...)».

Nos referimos a los siguientes elementos: la complejidad –siempre presente en estos contratos–, la colaboración necesaria del sector público con el privado –no solo parte de su identidad, sino centro mismo de su razón de ser–, su larga duración, y la importancia de su financiación. Todas ellas, características que encontramos de manera recurrente en los programas de adquisición de la Administración de la Defensa.

y *Seguridad* organizadas por IDS y celebradas en Madrid el 21 de abril de 2009 en el Hotel Puerta de América; por otro lado, incorpora lúcidas contribuciones del Profesor David BLANQUER CRIADO, con quien he tenido el privilegio de comentarlo y conversarlo. Vaya por delante mi sincero agradecimiento.

³ La inspiración casi literal del artículo 11 LCSP tiene su origen en la figura de los *Contrats de Partenariats* franceses regulados por la Ordenanza 2004/559, de 17 de junio de 2004, como puede fácilmente apreciarse del tenor de su artículo 1: «*Les contrats de partenariat sont des contrats administratifs par lesquels l'Etat ou un établissement public de l'Etat confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale relative au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public, à la construction ou transformation des ouvrages ou équipements, ainsi qu'à leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion, et, le cas échéant, à d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée. Le cocontractant de la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser. Il peut se voir confier tout ou partie de la conception des ouvrages. La rémunération du cocontractant fait l'objet d'un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat. Elle peut être liée à des objectifs de performance assignés au contractant*».

Veamos. En cuanto a la necesaria complejidad que ha de incorporar, por imperativo legal, todo Contrato de Colaboración, no parece arriesgado referendar la opinión del General Martínez Zaro⁴, según la cual ésta está particularmente presente en todas las adquisiciones del Ministerio de Defensa, especialmente complejas por diversas razones que tienen que ver con la multiplicidad de sujetos, materiales, instalaciones y sistemas involucrados. Respecto de la colaboración, elemento principal del contrato –necesario incluso para definirlo–, a primera vista es también común a los programas de Defensa, en los que la perspectiva de cliente único hace necesario el apoyo de la Administración en las capacidades y tecnología de la industria, lo que genera un flujo natural de coordinación, de comunicación. La larga duración es quizá el elemento, de entre los elegidos, que exige menor justificación: es sabido que los activos, sistemas y tecnología de Defensa tienen en común el largo ciclo de vida que se les exige. Y, por último, tampoco requiere demasiada explicación la afirmación de que la gran diversidad y complejidad de los sistemas de armas hace que los costes e inversiones en materia de Defensa sean muy elevados, lo que en sí mismo justifica la existencia de una adecuada política de financiación que venga a sustituir el *statu quo*⁵ hoy existente.

No obstante, para los no convencidos, ofrecemos a continuación algunos argumentos que justifican la idoneidad que defendemos en este trabajo.

2.1. LA COMPLEJIDAD COMO ELEMENTO DEL CCPP

La complejidad es premisa exigida por la LCSP cuando, al regular el proceso previo a la adjudicación de este tipo de contratos, establece que,

⁴ «Creo que no exagero si digo que la contratación, en el Ministerio de Defensa, es mucho más compleja que en los restantes Ministerios, por la diversidad de los materiales y servicios a adquirir, por la dispersión de las unidades, centros y organismos que los demandan y por las especiales circunstancias en que estos contratos deben ejecutarse». General de División D. Víctor Martínez Zaro. Subdirector General de Contratación en la Dirección General de Asuntos Económicos del Ministerio de Defensa.

⁵ La financiación a través préstamos reembolsables para I+D desde el Ministerio de Industria a cuenta de las compras de armamentos ha venido permitiendo a las FAS el acometimiento de las grandes necesidades de inversión asociadas a la implementación de los programas de armamento y material, habiendo generado, por el contrario, una elevadísima deuda que algunos cuantifican en algo más de 26.000 millones de euros en 2007. De acuerdo con lo expuesto por MARTÍNEZ CALVO, los sistemas de adquisición de equipamiento desarrollados por el Ministerio de Defensa a través del Ministerio de Industria *han llegado a su límite práctico*, implicando que *los pagos a realizar puedan prologarse hasta 2027*. Véase MARTÍNEZ CALVO, Juan: «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y las oportunidades que ofrece en el ámbito de la contratación de defensa», en *Régimen jurídico de la Industria al servicio de la Defensa*, Madrid: Aranzadi, 2009, pp. 471 y ss.

con anterioridad a la iniciación de un expediente, el órgano de contratación correspondiente, cuando elabore el documento interno denominado de Evaluación Previa, habrá de poner de manifiesto que, habida cuenta de la *complejidad* del contrato la Administración, no está en condiciones de definir los medios técnicos que necesita para alcanzar los objetivos que busca o de predeterminar los mecanismos jurídicos y financieros para implementar el contrato.

Estamos ante contratos que, como ocurre en muchas ocasiones en programas de Defensa, se caracterizan por una difícil combinación de factores en la que confluyen una multiplicidad de sujetos e intereses con una larga lista de prestaciones de muy diverso orden.

La complejidad subjetiva se pone de manifiesto en la multiplicidad de intereses representada por la presencia de muy diversas tecnologías y sistemas que pueden, por ejemplo, convivir en un sistema de armas asociado a una plataforma naval. Pero hay que entender la complejidad también objetiva en la medida en que programas, digamos, de sostenimiento de armas, implican actividades de mantenimiento, suministro y gestión de repuestos y materiales e ingeniería del ciclo de vida.

Parece que el contrato de colaboración público-privada lleva en su propia naturaleza la integración de tal complejidad. La LCSP nos habla de un contrato en el que se aúnan, al menos, los siguientes elementos: (i) actuación global e integrada (ii), financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios y (iii) algunas de las cuatro siguientes prestaciones: *1.º La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión; 2.º La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas; 3.º La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado; y, 4.º otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado.*

A primera vista, y a la luz de la definición legal, nos encontramos ante una figura contractual que puede llegar a integrar alguno de los siguientes tipos contractuales: contrato de construcción, contrato de prestación de servicios (de explotación o de gestión), contrato de mantenimiento (sostenimiento) y contrato de suministro de fabricación. Se trata, sin duda, de un contrato complejo.

2.2. LA COLABORACIÓN COMO NOTA DISTINTIVA DEL CCPP Y DEL SECTOR

Decíamos que la colaboración es una seña de identidad tan intrínseca de este contrato que la encontramos en su denominación. Como veremos, lo es también de algunos procedimientos de adjudicación del sector.

El propio proceso de construcción contractual que nos marca la LCSP es una buena muestra de esta necesaria colaboración. Al amparo del artículo 118 LCSP, antes de nacer, el contrato pasa por una fase en la cual la Administración debe, en primer lugar, identificar sus necesidades y poner de manifiesto, ante la complejidad del contrato, su incapacidad para definir –antes de acudir a la licitación– los medios técnicos, mecanismos jurídicos y alternativas de financiación para alcanzar los objetivos propuestos. La Administración, turbada ante su incapacidad para anticipar soluciones válidas, siempre de acuerdo con la LCSP (y después de haber descartado otras alternativas contractuales aplicando criterios de mayor valor por precio), debe buscar la *colaboración* del sector privado por medio del diálogo (competitivo), para finalmente proceder a la licitación. Por su parte, y durante la fase de diálogo, los sujetos privados participantes habrán de aportar soluciones y propuestas –se entiende que técnicas, jurídicas y financieras– que permitan, de acuerdo con lo previsto en el artículo 166 LCSP, *determinar y definir los medios adecuados para satisfacer las necesidades* identificadas. La LCSP nos indica, además, que durante el diálogo podrán *debatirse todos los aspectos del contrato con los candidatos seleccionados*.

Por tanto, en esta fase –preliminar si se quiere, en la medida en que aún no se ha producido la licitación– ya se estará construyendo conjuntamente el futuro contrato a firmar.

Este proceso de diálogo e intercambio de información entre la Administración y la industria, que no parece distar mucho de lo que en la actualidad sucede con los grandes programas –o Programas Principales– en materia de Defensa, se incorpora como obligatorio⁶ en la LCSP, y ésta es, precisa-

⁶ El artículo 164.3 LCSP así lo dispone para la adjudicación de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, recogiendo como única excepción el supuesto del artículo 154 a (proposiciones u ofertas irregulares o inaceptables) que podrá adjudicarse por medio de un procedimiento negociado. Aunque no se menciona en el artículo 164, en realidad, en el ámbito de la Defensa existe otro supuesto que, entendemos, quedaría eximido de la adjudicación por medio del diálogo competitivo; se trata, como se habrá podido anticipar, del supuesto del apartado g) del artículo 154, que permite asimismo la adjudicación por el procedimiento negociado de los contratos incluidos en el ámbito del artículo 296 del tratado Constitutivo de la Comunidad Europea; ello incluiría, en nuestra opinión, los contratos que dentro del ámbito del artículo 296 lo fuesen de colaboración entre el sector público y el sector privado.

mente, la novedad: el reconocimiento, por Ley, de un proceso que, verbal o informalmente, se producía a la hora de tomar determinadas decisiones en relación con sistemas específicos que marcan una política o estrategia de defensa a largo plazo. La diferencia –favorable, a nuestro entender, y que se le debe agradecer al legislador– es que el proceso previsto en la LCSP permitirá una mayor transparencia, frente a la opacidad reinante.

2.3. LA LARGA DURACIÓN

Como anticipábamos, pocas explicaciones hay que dar sobre el engarce que la larga duración prevista por la LCSP para estos contratos (máximo de veinte años, ampliable a cuarenta cuando *por razón de su prestación principal el régimen aplicable sea el propio de los contratos de concesión*) podría tener con muchos de los programas de adquisición que lleva a cabo el Ministerio de Defensa.

Pensemos, por ejemplo, en el sostenimiento de un sistema de armas que, de acuerdo con la Instrucción 5/2008, de 15 de enero, de la Secretaria de Estado de Defensa, por la que se regula el sostenimiento del armamento, abarca *«el conjunto de actividades logísticas necesarias para mantener y reparar los sistemas de armas, y sus elementos asociados, de forma que se garantice la correcta operación de los mismos cuando y donde sean requeridos, así como el mantenimiento y la actualización de sus capacidades a lo largo de su ciclo de vida»*.

2.4. ALTO COSTE Y FINANCIACIÓN

Entramos en uno de los aspectos cruciales de la LCSP, en el que está llamado a ser el nudo gordiano de la viabilidad futura de este tipo de contratos: su financiación.

Como es sabido, la convergencia económica europea hizo que fuera necesaria la contención del gasto por los distintos Gobiernos; con ello, y ante la limitación de recursos disponibles, como señalan acertadamente JUAN LOZANO y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ⁷ *«los gobiernos europeos de los diversos niveles territoriales se han enfrentado al dilema de aceptar*

⁷ Véase JUAN LOZANO, Ana María y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, Jesús: *La colaboración público-privada en la financiación de las infraestructuras y servicios públicos. Una aproximación desde los principios jurídico-financieros*, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda, 2006, p. 25.

como inevitable una reducción de la inversión pública o buscar fórmulas alternativas de financiación de la misma». Ahí está el origen de la colaboración público-privada, aunque además existen otros argumentos de fuerza que justifican, desde luego, el uso de estas fórmulas, como el traslado de la eficacia privada a la gestión de servicios o la construcción de infraestructuras para el uso público y, en definitiva, la búsqueda de fórmulas de mejor valor por precio (o *best value for money*) en la gestión de los recursos públicos⁸.

Ahora bien, hasta aquí hemos esbozado solo parte del planteamiento, pues, una vez tomada la decisión de acudir al sector privado para obtener su colaboración en la puesta en práctica de determinados proyectos especialmente complejos, lo cierto es que, aun cuando pudieran ser financiados inicialmente por el sector privado, la asunción de los costes corresponde, en definitiva, a la Administración⁹. Ésta ha venido utilizando¹⁰, como es sabido, distintos sistemas de financiación que podemos resumir en tres: Sistema Español, Sistema Alemán y Sistema Inglés. No es objeto del presente trabajo el análisis de cada uno de estos tres sistemas de financiación pública, pero conviene hacer una sucinta y muy general referencia a su funcionamiento y las razones por las cuales su uso habría decaído en algunos casos.

Es sabido que el Sistema Español consistía en la constitución, por parte de la Administración correspondiente, de una empresa pública participada para acometer la ejecución y gestión de la obra en cuestión; con ello, antes de la entrada en vigor de las normas SEC95¹¹, el endeudamiento de la enti-

⁸ Así lo ponen de manifiesto, entre otros, DORREGO, Alberto y MARTÍNEZ, Francisco: «La participación privada en la gestión de infraestructuras y servicios públicos: evolución histórica», en *La colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público. Aspectos administrativos y financieros*, Madrid: La Ley 2009, pp. 54 y ss.

⁹ La exposición de motivos de la LCSP así lo advierte cuando establece que por primera vez se tipifican estos contratos –presentes en la vida práctica de la contratación administrativa– como nuevas figuras contractuales «cuya financiación puede ser asumida, en un principio, por el operador privado, mientras que el precio a pagar por la Administración podrá acompañarse a la efectiva utilización de los bienes y servicios que constituyen su objeto».

¹⁰ Como acertadamente indica la doctrina «la estructura concesional presente en la mayor parte de las modalidades de public-private partnerships ha permitido su puesta en práctica de forma poco traumática teniendo en cuenta que la institución de la concesión ha sido utilizada de manera habitual por la Administración Pública en países como Francia o España». Véase FUERTES FERNÁNDEZ, Adolfo: «Fundamentos de la Colaboración Público-privada para dotación de infraestructuras y servicios», *REDETI: Revista de Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red*, año 10, nº 29, 2007, pp. 37-124.

¹¹ El Sistema Europeo de Cuentas de 1995 (SEC 95) aprobado por el Reglamento (CE) 2223/96 del Consejo, de 25 de junio de 1996, relativo al sistema de cuentas nacionales y regionales de la UE. Véase MARTÍNEZ CALVO, Juan: «El nuevo contrato de colaboración...», *op. cit.*, pp. 458 y ss.

dad participada no tenía la consideración de endeudamiento público¹². Por su parte, bajo el Sistema Alemán, los pagos de la Administración tenían un diferimiento hasta el momento de su entrega. Finalmente, el denominado *Peaje en la Sombra* o Sistema Inglés incorporaba la posibilidad de diferir igualmente el pago de las obras hasta el momento de su utilización, remunerándose al sujeto privado por el uso de las infraestructuras, aunque no mediante el cobro de un peaje a los usuarios, sino obrándose tal remuneración de la propia Administración.

Pero la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas (LRCCOP) incorpora, como brillantemente expone PAREJO GAMIR¹³, una sorprendente y destacada novedad, como es la de regular, en sede de Derecho administrativo¹⁴, determinados instrumentos propios del mercado financiero privado para adaptarlos y permitir así su uso generalizado en la financiación de concesiones de obras públicas. De acuerdo con la disposición derogatoria única de la LCSP, los artículos 253 al 260 de la LCAP siguen vigentes, y lo estarán hasta que se apruebe una nueva Ley que regule «*las modalidades de captación de financiación en los mercados por los concesionarios de obras públicas o por titulares de contratos de colaboración entre el sector privado y el sector público, así como el régimen de garantías que puede aplicarse a dicha financiación*». El mandato, previsto en la disposición final décima de la LCSP, disponía un plazo de un año, que finalizó el 1 de mayo de 2009¹⁵.

Estos artículos incorporan cuatro productos financieros que reproducimos en el orden jurídico más lógico y acorde al uso al que hace referencia

¹² En este sentido, véase JUAN LOZANO, Ana María y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, Jesús: *La colaboración público-privada...*, *op. cit.*, pp. 40 y ss, donde se hace un excelente resumen de los tres sistemas mencionados.

¹³ Véase PAREJO GAMIR, Roberto: «Financiación privada de la concesión de obra pública (arts.253 a 260)», en GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael (coord.): *Comentario a la Ley de contratos de las Administraciones públicas*, Madrid: Civitas, 2004, pp. 1289-1342.

¹⁴ Como es sabido, la LRCCOP se incorporó a nuestro ordenamiento administrativo como título V del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP).

¹⁵ Al cierre de estas líneas, el que fuera el «*Anteproyecto de ley de captación de financiación en los mercados por los concesionarios de obras públicas, adjudicatarios de contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado y sociedades de economía mixta creadas para la ejecución de contratos públicos*» se ha transformado en «*Proyecto de Ley de captación de financiación en los mercados por los concesionarios de obras públicas*» dejando en el camino la referencia a los contratos de colaboración público privada. Mantiene, por el momento -está por ver si lo hará al final del trámite parlamentario- a través de disposición adicional, la posibilidad de contar con el aval de Estado para la financiación de este tipo de contratos.

PAREJO GAMIR¹⁶: la hipoteca de la concesión, los créditos participativos, la titulización de créditos propios y la emisión de obligaciones.

Volveremos más adelante a tratar de algunos aspectos relacionados con las modalidades de financiación privada previstas en los vigentes artículos 253 al 260 de la LCAP y su adaptación de *lege lata*, pero también de *lege ferenda*, de la novedosa figura tipificada de la colaboración público privada y de su viabilidad en el ámbito de la contratación en Defensa. Valga solo apuntar que, en la realidad práctica a la que hemos hecho referencia anteriormente, lo cierto es que la modalidad financiera que más se utiliza para este tipo de proyectos es la de la hipoteca de la concesión, instrumento que permite la financiación de proyecto o *project finance*, instituto habitual en este tipo de proyectos y al que dedicaremos unas líneas posteriormente.

2.5. MÁS RAZONES QUE JUSTIFICAN LA COMPLEMENTARIEDAD

Existen otras razones, además de las ya expuestas, que en nuestra opinión hacen del CCPP una figura especialmente idónea para determinados programas u operaciones relacionadas con la defensa y la seguridad.

Es sabido, y así lo ha venido poniendo de manifiesto la propia Administración¹⁷, que los ejércitos y, en general, la Administración de la Defensa disponen de capacidades excedentarias de instalaciones y equipos que en la actualidad están infrautilizadas y que se podrían poner en valor mediante modelos de cooperación con el sector privado. La propia Instrucción 5/2008, de 15 de enero, de la Secretaria de Estado de Defensa, por la que se regula el sostenimiento del armamento y material, en su disposición 4.^a apartado d), hace expresa mención a la búsqueda de fórmulas *innovadoras* que permitan obtener un mejor aprovechamiento de las capacidades de instalación y equipamiento. Y sugiere para ello dos vías: la creación de centros de excelencia que permitan concentrar la carga de trabajo y el *uso*

¹⁶ Véase PAREJO GAMIR, Roberto: «Financiación privada...», *op. cit.*, p. 1291.

¹⁷ Encontramos diversos ejemplos de tales afirmaciones. En la Instrucción 5/2008, de 15 de enero, de la Secretaria de Estado de Defensa, por la que se regula el sostenimiento del armamento y material se indica: «*En los últimos tiempos, se está produciendo una pérdida de la capacidad productiva de los Centros Logísticos, Parques, Arsenales o Maestranzas originada, entre otras causas, por la dificultad de reposición de bajas en sus plantillas y por la inadecuada especialización sobre los nuevos sistemas tecnológicamente cada vez más complejos*», y añade: «*Centros Logísticos de los ejércitos: Los Centros Logísticos, Parques, Arsenales o Maestranzas de los ejércitos disponen de una capacidad considerable tanto en instalaciones como en equipamiento que no siempre pueden ser utilizadas de forma eficiente debido, entre otras causas, a la reducción constante de plantillas, a las limitaciones a la contratación de personal y a la complejidad inherente a su adaptación a los nuevos Sistemas de Armas*».

compartido con la industria de tales instalaciones. La Instrucción menciona expresamente la posibilidad de uso propio por la industria y uso en apoyo de las necesidades de los ejércitos.

Parece apropiado pensar en el CCPP como la figura contractual que permitiría la regulación *global e integradora*¹⁸ del uso compartido de tales instalaciones, consiguiendo el doble objetivo de maximizar el aprovechamiento de instalaciones¹⁹ en muchos casos infrautilizadas y permitir la puesta en valor de patrimonio de la Administración. Por otro lado, la explotación comercial por el sector privado de las instalaciones o parte de las instalaciones hoy infrautilizadas por los ejércitos permitiría la generación de ingresos al contratista²⁰, que podrían contribuir a la justificación económica del contrato, en aquellos casos en los que los ingresos (el término que utiliza la LCSP es el de *remuneración*) obtenidos directamente de la Administración por la disponibilidad de servicios no resultarían suficiente para justificar la suscripción de un contrato de la complejidad del que analizamos.

Como es natural, la remuneración por disponibilidad no será aplicable a todos los supuestos de contratación de los respectivos ejércitos. Es cierto que resulta difícil imaginar que los sistemas de armas de los que disponen nuestras Fuerzas Armadas puedan estar sólo parcialmente a disposición de los ejércitos y ser aprovechados por el sector privado para otros usos. En tales casos no cabrá la compatibilidad a la que hace referencia el artículo 120 d) de la LCSP.

3. ALGUNOS ASPECTOS CRÍTICOS DEL CCPP

Expuestos en términos muy generales algunos de los elementos que parecen tener en común el CCPP y el sector objeto de análisis, cabe hacer algunas consideraciones respecto de determinados aspectos que pudieran

¹⁸ Recordemos que ambas son exigencias que marca el propio artículo 11 de la LCSP.

¹⁹ Ello está plenamente en línea con lo previsto en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, que en su exposición de motivos ya indica que *«la cooperación y colaboración son principios que tienen un valor central para la ordenación de estas relaciones en la medida en que su real aplicación y pleno desenvolvimiento pueden coadyuvar de forma decisiva a que los bienes y derechos públicos sean empleados de la forma más eficiente posible al servicio de los fines a que están destinados»*.

²⁰ Explotación económica de ámbito privado que tiene prevista la propia LCSP cuando al regular el contenido del CCPP incluye, entre las cláusulas que deben regularse, *«(...) bases y criterios (...) en su caso, de los ingresos que el contratista pueda obtener de la explotación de las obras o equipos en caso de que sea autorizada y compatible con la cobertura de las necesidades de la Administración»*.

poner en cuestión la idoneidad de esta figura contractual para la implementación de grandes programas de defensa.

Analizamos a continuación algunos de los que han causado o pueden causar preocupación en el sector, y lo hacemos clasificándolos en las que constituyen las dos fases principales de la vida de un CCPP: (i) la fase preparatoria y de justificación de la necesidad de esta figura contractual y, (ii) la fase de diálogo y adjudicación.

3.1. LA FASE DE PREPARACIÓN

3.1.1. La subsidiariedad

Es preocupación manifestada en diversas ocasiones por la Administración de la Defensa y Seguridad la dificultad de orden práctico que puede suponer el hecho de que, tal y como prescribe el artículo 12 LCSP, «solo puedan celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en la forma prevista en el artículo 118, que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas». Esta subsidiariedad, dicen los más críticos, ha relegado al desuso el CCPP, pues, si el legislador hubiera querido primar el uso de este tipo de contratos, no habría exigido que se descarten antes otros tipos regulados en la LCSP. No parece que pueda ponerse en duda que el legislador buscaba proporcionar un nuevo modelo de contrato o, mejor dicho, en nuestra opinión, un nuevo instrumento de contratación²¹ pensado para permitir la contratación de complejos servicios, obras o suministros cuya prestación no pudiera ser ni siquiera definida por la Administración, como tampoco los medios jurídicos, financieros y técnicos necesarios para alcanzar los objetivos proyectados. Ello en sí mismo habría de ser suficiente para justificar la sub-

²¹ Sobre la calificación del CCPP como instrumento de contratación en lugar de como nuevo tipo de contrato nominado resulta interesante lo expuesto por el profesor ARIÑO ORTIZ, Gaspar: «El Contrato de Colaboración Público-Privada», ponencia presentada en las *XI Jornadas sobre Administración Local* (Colegio de Secretarios e Interventores de Santa Cruz de Tenerife en Puerto de la Cruz entre el 8 y el 10 de octubre de 2008). A este respecto, el Profesor ARIÑO expone lo que denomina la teoría del «envoltorio», solución por la que se inclina tras considerar la posibilidad de calificar al CCPP «como nueva figura o, un nuevo tipo o modalidad contractual, tal como la ley parece entenderlo o si por el contrario es un puro nomen iuris, detrás del cual se ocultan otras figuras jurídicas, básicamente la concesión». El profesor ARIÑO califica al CCPP de envoltorio en el que caben distintos tipos de contratos.

sidiariedad prevista por la LCSP. Pero además, es necesario recordar que el artículo 118 de la nueva Ley exige de la Administración «*un análisis comparativo con las formas alternativas de contratación que justifiquen en términos de obtención de mayor valor por precio, de coste global, de eficacia o de imputación de riesgos, los motivos de carácter jurídico, económico, administrativo y financiero que recomienden la adopción de esta fórmula de contratación*». Es aquí, en nuestra opinión, donde la subsidiariedad se transforma en ventaja más que en inconveniente. Y ello porque la LCSP exige que el CCPP se presente como la *mejor fórmula*, tomando en consideración cualquiera de los cuatro criterios a los que hace expresa mención, esto es, *mayor valor por precio, coste global, eficacia o imputación de riesgos*.

Como es sabido, el CCPP no está regulado por la Directiva 2004/18CE del Parlamento Europea y del Consejo, de 32 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras de suministro y de servicios. Con la subsidiariedad se buscaba evitar que, bajo el pretexto de una complejidad a veces más que discutible, se buscara orillar el régimen general de selección de contratistas.

En nuestra opinión, la confluencia –más que probable en este tipo de contratos– de más de un tipo contractual (es decir, la presencia de contraprestaciones incluidas en más de un contrato de los nominados por la LCSP), junto a la existencia de algunos de los cuatro criterios antes expuestos, debería resultar suficiente para justificar, al amparo de lo exigido por el artículo 118.1, la adopción de esta fórmula contractual.

3.2. LA FASE DE DIÁLOGO Y ADJUDICACIÓN

Durante la fase de adjudicación del contrato, por las especiales características que el proceso de dialogo competitivo puede conllevar, se plantean algunos interrogantes, más que justificados, tanto por la industria como por la Administración.

3.2.1. El fomento de la competencia

Es preocupación de algunos representantes de la Administración del sector el conseguir atraer a estos procesos complejos de adjudicación a varios competidores para alcanzar la ventajas que la competencia suele traer consigo. La preocupación es comprensible: ¿Qué ocurriría si no se

cuenta con más de una oferta al darse comienzo al diálogo competitivo?, se pregunta la Administración. ¿Cómo puede fomentarse la participación en este tipo de procesos?

La experiencia recabada por la implementación de estos contratos en otros países –el Reino Unido es el ejemplo más que destacado, donde mayor número de CCPP se han desarrollado– indica que se trata de contratos que, por su complejidad y su proceso de elaboración, tardan en ejecutarse, por lo que los costes asociados a la participación en el diálogo competitivo pueden llegar a ser considerables y pueden convertirse en un obstáculo a la competencia.

El legislador europeo fue consciente de este inconveniente y dotó a los Estados miembros de una herramienta que les permitiese incentivar la participación en estos largos y costosos procesos de construcción contractual. La Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (que viene a transponer la LCSP) había previsto que los poderes adjudicadores pudieran establecer premios y pagos para los participantes en el diálogo. La LCSP así lo ha establecido a través de su artículo 163. 2º, según el cual *los órganos de contratación podrán establecer primas o compensaciones*. Resulta curioso comprobar la sustitución que el legislador patrio hizo del término *pagos* utilizado por la Directiva, frente al de *compensaciones* previsto por nuestra Ley. ¿Quiere ello decir que se trata no tanto de un incentivo como de una suerte de resarcimiento?, y así, ¿debemos interpretar que, en ese caso, la Administración realizará, en su caso, la oportuna *compensación* al finalizar el diálogo?

En todo caso, se trate de incentivo en forma de prima o de una recompensa como compensación, no cabe duda de que constituye un instrumento al servicio de la Administración cuyo uso nos parece recomendable si se busca fomentar la competencia en este tipo de procedimientos.

3.2.2. La confidencialidad

Parece adecuado recordar en este punto que la industria de defensa o seguridad, por su parte, podría tener otros recelos –además de los altos costes y recursos necesarios– para participar en el proceso de diálogo competitivo.

Recordemos que se trata de una fase preparatoria en la que, en definitiva, Administración e industria, conjuntamente, habrán de definir ele-

mentos sustanciales del contrato a suscribir, construyéndolo sobre la base de sugerencias, soluciones, aportaciones que irán realizando cada uno de los contratistas participantes en el diálogo. Algunas de las preocupaciones que los dialogantes podrían aducir resultan bastante obvias: el contratista dialogante pedirá garantías a la Administración en relación con la información y documentación a la que tenga acceso la Administración a lo largo del proceso para evitar su posible filtración a entidades competidoras. La confidencialidad será, sin duda, un elemento de especial preocupación para toda aquella entidad que participe en un proceso de diálogo competitivo.

Aun cuando es cierto que el diálogo competitivo no debería distar demasiado –en términos de confidencialidad– de otros procedimientos de adjudicación, en la medida en que tal diálogo habría de producirse siempre entre la Administración y cada uno de los licitadores, pero nunca entre los distintos candidatos, no puede negarse que su planteamiento, tal y como lo describe la nueva Ley, suscite dudas en el sector. De lo expuesto en los artículos 163 y siguientes de las LCSP, se deduce que será el órgano contratante quien dirija el diálogo, pero, siendo el fin de éste el de definir y determinar los *medios adecuados para satisfacer sus necesidades* y pudiendo debatirse a lo largo del proceso de intercambio *todos los aspectos del contrato*, no habría de sorprender la natural preocupación del sector en cuanto al mantenimiento de la confidencialidad.

Frente a esta preocupación se alzan varios argumentos. En primer lugar, la nueva LCSP es bastante más exigente en materia de confidencialidad y contiene varios mandatos explícitos a la Administración en relación con sus obligaciones de secreto. Así lo expone el apartado segundo del artículo 166 cuando dice que *«el órgano de contratación dará un trato igual a todos los licitadores y, en particular, no facilitará de forma discriminatoria información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto al resto. El órgano de contratación no podrá revelar a los demás participantes las soluciones propuestas por un participante u otros datos confidenciales que éste le comunique sin previo acuerdo de éste»*. Además, la nueva LCSP incorpora entre sus principios, y como novedad, el de confidencialidad, respecto del cual, el artículo 124 establece que *«los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial; este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas»*.

Pues bien, se trata de una obligación asimilable a la de guardar secreto y exigible a cada uno de los individuos integrantes del órgano de contratación, obligación explícitamente presente, por ejemplo, en la nueva Ley

15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, cuyo artículo 43, además de fijarla, incorpora un segundo apartado en el que se indica que *«sin perjuicio de las responsabilidades penales y civiles que pudieran corresponder, la violación del deber de secreto se considerará siempre falta disciplinaria muy grave»*.

Por su parte, Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, califica en su artículo 95.2 apartados e) y f), respectivamente, de infracciones graves, entre otras, *«la publicación o utilización indebida de la documentación o información a que tengan o hayan tenido acceso por razón de su cargo o función»* y *«la negligencia en la custodia de secretos oficiales, declarados así por Ley o clasificados como tales, que sea causa de su publicación o que provoque su difusión o conocimiento indebido»*.

En cuanto a la legislación sectorial, hay que tener en cuenta la Ley Orgánica 8/1998, de 2 diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, a tenor de cuyo artículo 8 se califica como falta grave *«publicar datos que sólo puedan ser conocidos en razón del destino o cargo»*; y también la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar, que fija, en su artículo 53, penas de tres a diez años de prisión para aquellos militares que revelen información relativa a industrias de interés militar.

3.2.3. Derechos de propiedad industrial

Otro aspecto presente en muchos programas de Defensa que suele causar quebraderos de cabeza tanto a la Administración como a la industria es el manejo de los derechos de propiedad industrial asociados a los distintos sistemas que son objeto de adquisición por los ejércitos. La postura que suele ser habitual de la Administración a este respecto es la de considerar adquirida la propiedad de tales derechos al suscribir el correspondiente contrato. Por su parte, y como es natural, la industria tiende a ser muy reacia a conceder derechos plenos de explotación (con posibilidad de licencia incluida), y ello por múltiples razones, entre las cuales destaca el coste asociado a los desarrollos tecnológicos de este tipo de sistemas, pero no puede olvidarse el *know how* inherente y la ventaja competitiva que su transmisión pudiera conllevar.

Expuesto lo anterior, hay que mencionar la previsión incluida en el artículo 277 de la LCSP, según el cual, *«salvo que se disponga otra cosa en los pliegos de cláusulas administrativas o en el documento contractual, los contratos de servicios que tengan por objeto el desarrollo y la puesta a*

disposición de productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual o industrial llevarán aparejada la cesión de éste a la Administración contratante». Esta novedad, aunque aparentemente pudiera ser interpretada como una medida protectora de los derechos de la Administración por cuanto presume la existencia de una cesión a su favor, puede, en nuestra opinión, constituir un arma de doble filo. La cesión obligatoria que opera automáticamente, salvo que lo contrario se establezca en los pliegos, conllevará que las distintas ofertas presentadas por los licitadores incorporen el coste asociado a una cesión plena de derechos, el cual, como decíamos, y a la vista de las cuantiosas inversiones normalmente asociadas, puede que suponga un esfuerzo adicional por parte de la Administración que no sea fácilmente justificable. Porque, en definitiva, ¿necesita la Administración gozar de la titularidad plena de estos derechos para realizar un uso limitado a la operativa militar?, y si el uso está limitado al órgano de contratación, ¿tiene sentido gastar en su adquisición el precio que esta enajenación conlleva?, ¿no sería más adecuado a las necesidades y más eficiente desde el punto de vista de los recursos limitar el gasto a una mera cesión de uso?

4. ALGUNOS ASPECTOS CRÍTICOS DEL **PROJECT FINANCE** COMO INSTRUMENTO DE FINANCIACIÓN DE CCPP

4.1. DEFINICIÓN

Como es sabido, el *project finance* es una estructura de financiación con determinadas características propias que lo diferencian de otros esquemas disponibles en el mercado y lo hacen, a su vez, especialmente atractivo para proyectos con un elevado coste.

Sus cualidades más destacadas pueden resumirse en las siguientes: (i) financiación sin recurso o con recurso limitado a promotores; (ii) en la que el análisis fundamental que realizan las entidades bancarias se centra en el proyecto, y no en calidad crediticia del acreditado; (iii) como tal, los flujos previsible del proyecto son los que garantizarán la devolución de los fondos financiados; (iv) ello implica que las entidades bancarias lleven a cabo un análisis pormenorizado de los riesgos existentes en el proyecto, y su asignación a los distintos sujetos participantes; y (v) con el ánimo de preservar en todo momento la viabilidad de la financiación es exigencia habitual de las entidades financieras el aislamiento de actividades, con el fin de evitar su posible «contaminación», y ello suele conseguirse adecuadamente constituyendo una entidad vehículo para el propósito único de

suscribir la financiación de proyecto, se trata de la denominada *single purpose vehicle*.

De la propia definición pueden deducirse algunas de las ventajas que este tipo de estructura de financiación trae consigo. En el ámbito que se analiza en las presentes notas y distinguiendo, como hemos venido haciendo, entre los intereses de la Administración y los de la industria, cabe destacar respecto de esta última la virtualidad de que se trata de una financiación cuya fuente de repago no es otra que la capacidad de generación de caja del proyecto con la consiguiente limitación de responsabilidad que para sus promotores ello conlleva; para la Administración, por su parte, no cabe duda de que una de las ventajas más destacables consiste en que, con un adecuado reparto de riesgos, es viable la consideración extra presupuestaria de este tipo de proyectos²².

4.2. ELEMENTOS PRINCIPALES

4.2.1. Sujetos

Entre los sujetos que son habituales en una estructura de *project finance*, nos encontraremos siempre con los promotores, la sociedad vehículo y las entidades financieras. En ocasiones, encontraremos, además, compañías de seguros y la Administración, que, sin ser un sujeto activo de la financiación del proyecto, es sin duda un actor esencial sin cuyo respaldo al proyecto difícilmente prosperará uno de esta naturaleza.

Llamamos promotores a los sujetos de quienes surge la iniciativa del proyecto que será objeto de financiación. En el ámbito de la defensa, se trataría de las empresas involucradas en la producción de los sistemas objeto de adquisición o de los servicios a prestar en el seno del CCPP. La Administración no suele ser parte de los promotores, salvo que nos encontráramos en un supuesto en el que se constituyera una entidad en la que participara la Administración, el llamado CCPP institucional.

²² Como es sabido, ello es así desde la publicación por la Agencia Europea de Estadística, Eurostat, de su Decisión 18/2004 de 11 de Febrero de 2004, sobre el Déficit y el Endeudamiento y Tratamiento de las Asociaciones Público-privadas. La Decisión, que se adecua al Sistema Europeo de Cuentas (SEC95), recomienda que los activos incluidos en una asociación público-privada se clasifiquen como activos no públicos, y por tanto sean contabilizados fuera del balance de las Administraciones Públicas si se cumplen las dos condiciones siguientes: (i) el socio privado asume el riesgo de construcción, y (ii) el socio privado asume, al menos, el riesgo de disponibilidad o el de demanda.

La sociedad vehículo o SPV es la entidad creada expresamente al objeto de suscribir los contratos de financiación, por un lado, y el CCPP, por otro. Se trata de la entidad que aglutinará, en forma de miembros o accionistas, a todos los promotores.

Y, finalmente, las entidades bancarias otorgantes del esquema de financiación a la SPV que, tanto en el crédito sindicado como en la modalidad *Club Deal*, normalmente son numerosas, permitiendo de este modo la diversificación de riesgos entre las diferentes entidades.

La intervención de las compañías de seguros no necesita mayor explicación, ya que se limita al aseguramiento de determinados riesgos del propio proyecto.

4.2.2. Objeto

El objeto de un contrato de *project finance*, como es natural, es la financiación del proyecto concreto de que se trate, lo que hace obligatoria la mención al objeto del CCPP. La LCSP no define el objeto de los Contratos de Colaboración. Su artículo 11 nos da una idea de las que pueden convertirse en prestaciones principales objeto de la colaboración y, por tanto, de financiación. Puede tratarse de la construcción de obras, equipos o sistemas complejos, de la gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas, de la fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada para aportar soluciones más avanzadas u otras prestaciones. Es un contrato mixto que por su complejidad previsiblemente incorporará distintas prestaciones²³.

Las entidades bancarias firmantes del contrato de crédito prestarán especial atención a los riesgos que se deduzcan tanto del CCPP como de los contratos asociados al proyecto y, entre ellos, en la tradicional clasificación, los riesgos de construcción, los de disponibilidad, los comerciales o de demanda y los derivados de cambios legislativos o políticos.

Entre los riesgos de construcción, se incluirán los de proyecto, como precios reformados, revisión de precios, fuerza mayor, problemas de falta de conformidad o incrementos de costes. Los riesgos de disponibilidad se refieren a la falta de cumplimiento de la cualidad o calidad comprometidas

²³ Así lo ha previsto la LCSP cuando establece la teoría de absorción para determinar el régimen jurídico de los contratos mixtos: «Cuando un contrato contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase se atenderá en todo caso, para la determinación de las normas que deban observarse en su adjudicación, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico».

de las respectivas prestaciones; según se trate de obras, suministros o servicios, podrían incorporarse los volúmenes o calidad prefijados. Normalmente este tipo de riesgos irán asociados a fórmulas de pago y precio. Los riesgos de demanda son, como su nombre indica, los que se asocian a la existencia o falta de demanda de acuerdo con lo previsto contractualmente; serían riesgos no previsibles que suponen una alteración importante en las condiciones de contratación. Finalmente, estarían los riesgos como consecuencia de cambios políticos o en el marco legislativo²⁴.

4.2.3. Paquete de garantías *project finance*

En una estructura estándar de *project finance*, dependiendo del proyecto objeto de financiación del que se trate, encontraremos un paquete *estandarizado* de garantías, es decir, las garantías que cualquier entidad financiadora de la operación esperaría obtener del acreditado y que la harían financiable o más financiable (aportarían la denominada *bancability* al proyecto).

Por ejemplo, si nos encontramos en el ámbito portuario, no cabe duda de que el paquete vendría a estar protagonizado por la hipoteca de la concesión correspondiente a la terminal portuaria para cuya construcción se buscase financiación. Está claro que la hipoteca concesional vendría acompañada de otros instrumentos de garantía (pignoración de derechos de crédito, de cuentas bancarias, de acciones del concesionario, de activos relacionados), pero no parece dudoso que los bancos apreciarían especialmente la existencia de una hipoteca concesional. Las razones las resume con acierto y precisión PAREJO GAMIR²⁵ cuando afirma que *«todo el sistema legal de la hipoteca de la concesión está encaminado a reforzar la posición del acreedor hipotecario, tanto vigente la hipoteca (y la conce-*

²⁴ Los que responden a los principios de Derecho administrativo *«factum principis»* o *«ius variandi»* y que se atribuyen a la Administración ofreciendo al sujeto privado mayor seguridad jurídica. Como señala GARCÍA DE ENTERRÍA, *«el poder exorbitante por excelencia de la Administración pública en materia de contratación es su potestad de decidir en forma unilateral y ejecutoria sin requerir la intervención de una autoridad judicial, vinculando al contratista a estas decisiones y obligándolo a impugnación ex post de estas ante los órganos jurisdiccionales y corriendo con la carga de la prueba (...)»*. En la doctrina se regulan dos formas mediante las cuales una decisión unilateral de la Administración Pública puede modificar un contrato durante su fase de ejecución. La primera de ellas es el concepto de *factum principis*, que consiste en la afectación que produce en la relación contractual una decisión adoptada por la Administración Pública» (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomas Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I. Cuarta Edición, Madrid: Civitas, pp. 635-636.

²⁵ Véase PAREJO GAMIR, Roberto: *«Financiación privada...»*, *op. cit.*, p. 1299.

sión) como a la hora de la extinción de ésta y de la ejecución de aquélla». Así es, porque además de las diferentes acciones legales de las que dispone el acreedor en la fase de vida de la concesión y su hipoteca (acciones de devastación por la que el acreedor está capacitado para dirigirse al Juzgado ante la pérdida de valor de la concesión, derecho de subrogación, que permite al acreedor subrogarse en la concesión ante la inminente resolución de la concesión por incumplimiento del concesionario, y otros, como participar en los rendimientos de la concesión) está la ejecución hipotecaria por la que el acreedor solicita la realización de la concesión que se ofrecerá en subasta y se adjudicará.

Se comprende así, en apretadísima síntesis, por qué los acreedores bancarios preferirán siempre la constitución de una hipoteca sobre la concesión entre el haz de posibles garantías que ofrezca el acreditante. Pero, para ello, es condición sola y pura la existencia de una concesión, condición que no se dará en proyectos de diferentes características pero cuya ausencia no impedirá la utilización del *project finance* como medio de financiación²⁶.

Así, la pregunta es obligada: ¿cabría en el ámbito de las instalaciones de los ejércitos incorporar, dentro de las diversas prestaciones que un CCPP puede integrar, el otorgamiento de una concesión al sujeto firmante del CCPP? Porque no cabe duda de que la existencia de una concesión permitiría superar dos importantes obstáculos: por un lado, como hemos expuesto, facilitaría considerablemente la *bankability* del proyecto, pero, no menos importante sería la posibilidad que la existencia de una concesión brindaría de aumentar la duración del correspondiente CCPP por el período adicional que, conforme al artículo 290 LCSP, es dable cuando, por razón de la prestación principal que constituye su objeto y de su configuración, el régimen aplicable sea el propio de los contratos de concesión, que, conforme al artículo 244, puede extenderse hasta cuarenta años.

A primera vista, no encontramos razones para excluir la concesión de este tipo de contratos, aunque la prudencia aconseja esperar a que se regule el régimen de financiación privada y las modalidades de captación de fondos que serán aplicables a los titulares de contratos de colaboración público-privada²⁷. Ahora bien, desde el prisma del régimen hoy vigente²⁸

²⁶ Pensemos, por ejemplo, en la construcción de flotas de transporte (buques, aeronaves, trenes), o en otros grandes proyectos como los asociados a la construcción de complejas instalaciones para la producción de energías renovables.

²⁷ Como anticipábamos, hasta el momento sólo está disponible una versión del Anteproyecto de esta Ley, que deja en términos muy abiertos las posibles modalidades de financiación de los adjudicatarios de contratos de colaboración público-privada.

²⁸ Los artículos 253 al 260 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que

no parece que el CCPP hubiera de excluirse en la aplicación de los cuatro productos financieros que se ofrecen, esto es –siguiendo el razonable orden que propone PAREJO GAMIR²⁹–: la hipoteca de la concesión, los créditos participativos, la titulización de créditos propios y la emisión de obligaciones.

Pero volviendo a la cuestión de las garantías propias de un *project finance*, debemos centrarnos en las alternativas a la concesión que podrían ser utilizadas, entre ellas, la pignoración. La constitución de un derecho de prenda podría recaer sobre las acciones del sujeto titular del CCPP, sobre los derechos que éste ostenta en diversos contratos, en especial sobre los derechos de crédito o, sencillamente, sobre las cuentas bancarias dedicadas al proyecto en cuestión y adonde irán a parar los flujos que permitirán el repago de la deuda.

Un derecho de crédito puede ser gravado con prenda. Tal posibilidad ya ha sido admitida de manera constante por la jurisprudencia. Sin embargo, con la entrada en vigor de la que denominaremos, por economía lingüística, Ley 41 /2007³⁰ se reformó el artículo 54 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, permitiendo que la prenda se constituya sobre derechos de crédito en dos modalidades: como prenda ordinaria, también denominada posesoria o con desplazamiento (prenda *stricto sensu*), o como prenda no posesoria o prenda sin desplazamiento.

Como acertadamente dice CARRASCO PERERA³¹ «*la disp. final 3.^a de la Ley 41/2007, sin relación alguna con el propósito de dicha ley —que tiene por objeto el mercado hipotecario—, proclama que los créditos, aun los futuros, podrán ser pignorados por medio de prendas sin desplazamiento posesorio que, para su válida constitución, requerirán de la inscripción en el Registro de Bienes Muebles*». Con independencia de la confusión o temor introducido en el sistema financiero al que hace referencia el autor antes citado, nos inclinamos por suscribir su opinión en cuanto a que se trata del *mejor sistema imaginado para proveer de eficacia erga omnes a estas formas de garantías mobiliarias ocultas*.

se han mantenido vigentes por mor de lo dispuesto en la disposición derogatoria única de la LCSP que lo ha excluido.

²⁹ Véase PAREJO GAMIR, Roberto: «Financiación privada...», *op. cit.*, p. 1291.

³⁰ Se trata de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia, y por la que se establece determinada norma tributaria.

³¹ CARRASCO PERERA, Ángel: «Nuevos dilemas en el mercado de las garantías reales: prendas registradas y prendas no registradas sobre derechos de crédito», *Diario La Ley*, 6867, 23 de enero de 2008, pp. 1-6.

Aunque no puede equipararse con la protección que ofrece el Registro de la Propiedad (donde se inscribiría la hipoteca sobre un inmueble o sobre una concesión), la inscripción en el Registro de Bienes Muebles –hay que recordar que el Registro de Bienes Muebles es un registro de gravámenes, y no de titularidades como el Registro de la Propiedad–, no debe descartarse dada la salvaguarda que su publicidad frente a terceros ofrecerá a las entidades bancarias.

Y es en este punto donde debe mencionarse que la reforma operada por la Ley 41/2007 incorpora la posibilidad de sujetar a prenda sin desplazamiento, inscribible, como hemos dicho, en el Registro de Bienes Muebles, los derechos de crédito derivados de un contrato suscrito con la Administración, como podría serlo un CCPP: *«Podrán sujetarse a prenda sin desplazamiento los créditos y demás derechos que correspondan a los titulares de contratos, licencias, concesiones o subvenciones administrativas siempre que la Ley o el correspondiente título de constitución autoricen su enajenación a un tercero. Una vez constituida la prenda, el Registrador comunicará de oficio esta circunstancia a la Administración Pública competente mediante certificación emitida al efecto. Los derechos de crédito, incluso los créditos futuros, siempre que no estén representados por valores y no tengan la consideración de instrumentos financieros a los efectos de lo previsto en el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, podrán igualmente sujetarse a prenda sin desplazamiento. Para su eficaz constitución deberán inscribirse en el Registro de Bienes Muebles».*

5. ESTRUCTURA CONTRACTUAL ASOCIADA A LA IMPLEMENTACIÓN DE UN CCPP A TRAVÉS DE UN *PROJECT FINANCE*

Definidos los rasgos de una financiación de proyecto, y con el ánimo de hacer una pequeña recapitulación, cabe describir la estructura contractual asociada a la implementación de un CCPP a través de una financiación de proyecto.

Decíamos más arriba que es habitual en este tipo de estructuras de financiación la constitución de una SPV con el propósito de no contaminar a la entidad acreditante con riesgos no asociados al proyecto. Además de atender al propósito de aislamiento de riesgos, la constitución de un vehículo cobra también justificación como entidad aglutinadora de los di-

ferentes proveedores que pueden verse involucrados en un contrato de la naturaleza del comentado. Programas de la complejidad de los que podrían ser objeto de este tipo de contratos suelen implicar la colaboración de numerosas entidades e industrias que aportan distintos sistemas, activos o compleja tecnología. A los anteriores cabe añadir un tercer argumento en favor de la constitución de un vehículo *ad hoc*, y es el de proporcionar al cliente final un único interlocutor en el que se aglutinen todas las entidades fabricantes de los distintos elementos o tecnología asociada así como los integradores de sistemas. Pues bien, de todos ellos se deriva la necesidad de la suscripción de un primer grupo de contratos: el contrato de accionistas o miembros de la sociedad vehículo. En él se regularán aspectos como el propio funcionamiento de la sociedad vehículo, su forma de gestión y los órganos a quienes se encargue ésta, la participación de los distintos socios o miembros en los órganos de gestión y votación de la entidad, pero también aspectos tales como los procedimientos de separación de socios y sus consecuencias, las exigencias de financiación, los conflictos de interés, la colaboración tecnológica exigida por la sociedad a sus miembros, etc. Hasta aquí los contratos asociados al sujeto adjudicatario de un CCPP.

En segundo lugar estarían los contratos asociados al proyecto, entre los cuales destaca sin duda el propio CCPP por el que la Administración contratante encomienda la colaboración correspondiente a la SPV. Siguiendo con los contratos que habrá de suscribir la SPV para desarrollar el proyecto, dependiendo del tipo de colaboración público-privada de que se trate, y, en concreto, de si ésta incluye la obligación de realizar determinadas obras (ya sean obras de acondicionamiento, por ejemplo, en instalaciones de los distintos ejércitos, u obras de edificación o de otra naturaleza para posibilitar la prestación de determinados servicios en tales instalaciones), se habrán de suscribir los contratos de construcción. Los riesgos asociados a estos contratos de construcción serán objeto de un pormenorizado análisis por parte de los bancos financiadores. Por su parte, para la prestación de los servicios o la entrega de los suministros que se incluyan en la colaboración público-privada con la Administración, la SPV habrá de suscribir diversos contratos (o subcontratos) con cada uno de los distintos promotores, atendiendo a la tecnología, servicios o aportación concreta que realice cada uno de ellos.

Finalmente, en un tercer paquete de contratos encontraríamos los de financiación. Como se ha adelantado, la SPV suscribiría el correspondiente contrato de crédito con las distintas entidades formantes del sindicato o del club. Tal y como ha quedado expuesto más arriba, parte muy relevante del grupo de contratos de financiación lo será el paquete de garantías que

la acreditada otorgue a los bancos. Al tratarse de un *project finance*, y aun cuando es habitual que las entidades financieras exijan lo que podría denominarse como la pignoración universal, es previsible que las garantías exigidas por los bancos se concreten en aquellas asociadas al proyecto, sin recurrir —o recurriendo muy limitadamente, como se ha reiterado— a aquéllas que pudieran ser prestadas por los promotores. Hablamos de la pignoración de los derechos de crédito nacidos del propio CCPP, de la pignoración de las cuentas bancarias del proyecto y de la de las acciones de la SPV, así como de otros activos que pudieran ser objeto del proyecto. Pero la figura más habitual en contratos de *project finance* es, sin duda, como hemos expuesto más arriba, la hipoteca de concesión, cuando la concesión existe, cosa que a nuestro entender podría ocurrir en el marco de un CCPP, pues podría incorporar entre sus prestaciones la existencia de una concesión.

La fotografía contractual de una colaboración público-privada con financiación de proyecto quedaría por tanto dibujada de la siguiente manera: en el centro situaríamos a la SPV, que suscribiría el CCPP con la Administración, los de financiación con las entidades financieras y, en línea descendente, los subcontratos de operación y mantenimiento con los respectivos promotores. Por encima de la SPV figurarían los respectivos promotores, que suscribirían entre ellos el acuerdo de accionistas o miembros de la SPV.

6. UNA BREVE REFERENCIA A LOS ANTECEDENTES DEL CCPP

Prometíamos al comenzar estas líneas dedicar algunas de ellas a los antecedentes e historia reciente de la contratación público-privada para recompensar al lector que aún conserve el interés. Hay muchos autores que exponen con magistral capacidad los antecedentes de la colaboración público-privada, situando la mayoría de ellos su instauración en Europa³² en la década de los noventa, y concretamente en la Inglaterra de los Gobiernos de Margaret Thatcher como un alternativa, una *tercera vía*, a las nacionalizaciones, por un lado, y a las privatizaciones, por otro.

Las colaboraciones público-privadas vendrían a tomarse en consideración al albur de las teorías desarrolladas en los años sesenta que defendían

³² Algunos autores explican el origen de estas colaboraciones situándolo en los Estados Unidos durante los años setenta y atribuyendo a la Administración Reagan una nueva regeneración de estas técnicas como parte de su política de contención de gasto a través de recortes presupuestarios. Véase DORREGO DE CARLOS, Alberto y MARTÍNEZ VÁZQUEZ, Francisco: «La participación privada en la gestión de infraestructuras...», *op.cit.*, pp. 41 y ss.

la convicción de que el sector privado era más eficiente en la gestión de recursos que el sector público. Hasta la aparición de esta tercera vía, las grandes infraestructuras y servicios eran acometidas por los Estados, que se reservaban los servicios prestados y los bienes en los que éstos se prestaban como públicos sometiendo a ambos a un régimen exorbitante³³. Este régimen se hace con el tiempo insostenible para el Estado³⁴ por múltiples razones, no sólo unidas a los altísimos costes asociados a su construcción y mantenimiento, sino también, en Europa, debido a la convergencia exigida por la adopción de la moneda única y los límites al déficit público impuestos. Los vacilantes inicios se sitúan en Gran Bretaña con motivo del establecimiento de un naciente *Private Finance Initiative*, PFI que permitía cumplir con los estrictos criterios de convergencia, aunque a costa, a veces, de un simple diferimiento de la inversión pública. Los PFI incorporaron dos de los principios aún hoy presentes en cualquier fórmula de colaboración público-privada: el reparto de los riesgos a quien mejor pueda asumirlos y la obtención de un mayor valor por precio, el denominado *value for money*.

Hasta aquí un apretadísimo resumen de los más destacados antecedentes históricos del CCPP. Cabe, no obstante, cerrar este capítulo dedicado a sus precursores con la necesaria referencia a las fuentes más inmediatas de nuestra nueva figura contractual. Es obligada la mención al Libro Verde³⁵ sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, hecho en Bruselas y presentado por la Comisión el 30 de abril de 2004. En él se incorporaron los elementos que entonces³⁶ se juzgaron necesarios para fomentar el debate sobre la aplica-

³³ Véase ARIÑO ORTIZ, Gaspar: «El Contrato de Colaboración...», *op. cit.*, p. 3.

³⁴ Como acertadamente exponen DE ÁLVARO MONTERO y ACHA BESGA es ya norma que «la disponibilidad por parte de los gobiernos de recursos financieros con los que subvenir a sus necesidades de satisfacción del interés general no crezca en la misma proporción que las necesidades de seguir mejorando los servicios públicos de los Estados». Véase DE ÁLVARO MONTERO, Ángel y ACHA BESGA, Borja: «La colaboración público-privada: el convenio de colaboración entre el sector público y el privado en la Ley de Contratos del Sector Público», en *Régimen jurídico de la Industria al servicio de la Defensa*. Madrid: Aranzadi, 2009, pp. 475 y ss.

³⁵ Existen otras iniciativas comunitarias posteriores, como la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre colaboración público-privada y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, COM/2005/0569, y Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI).

³⁶ Es interesante destacar que el Libro Verde comienza reconociendo la dificultad de definir la nueva figura: «La expresión «colaboración público-privada» (CPP) carece de definición en el ámbito comunitario. En general, se refiere a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la

ción del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones al fenómeno de la CPP, distinguiéndose entre lo que se ha venido en denominar la CPP institucionalizada y la contractual. Pero, como sabemos, el Libro Verde forma parte de la denominada *soft law*, es decir, un documento sin fuerza jurídica determinante. Por su parte, los CCPP no fueron regulados en la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. Ello ha supuesto que los Estados miembros no se hayan visto en la obligación de regular esta nueva figura jurídica contractual por obligación de la normativa comunitaria, en cuyo ámbito el CCPP no dispone de un régimen normativo. No obstante, algunos países disponen de normativa reguladora de la colaboración público-privada. Se pueden mencionar, en telegráfica referencia, Francia, con la *Ordonnance núm. 2004-559* ya mencionada según resultó modificada por la *Loi 2008-735, 28 Juin relative aux contrats du partenariats*³⁷, y Alemania, con la *ÖPP-Beschleunigungsgesetz*³⁸.

Así, la incorporación a nuestra legislación patria, con el establecimiento de un régimen específico en la LCSP que transpone otros aspectos de la Directiva 2004/18/CE, se puede calificar como de pionera en el sentido de que añade al régimen específico del CCPP algunos de los aspectos regulados por aquélla³⁹.

financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio».

³⁷ A este respecto es interesante el comentario a la *Loi 2008-735* que realiza Pedro MICHELENA en un artículo del diario *Expansión* de 27 de febrero de 2009, del que extraemos lo siguiente: «*El caso más significativo es el de Francia, donde con una regulación que presentaba problemas similares a la nuestra (lógicamente, pues, había sido tomada por el legislador español como su modelo directo) se ha producido una importante reforma a través de la Ley nº 2008-735 de 28 de julio de 2008. A raíz de la misma se permite en relación con el Contrato de Colaboración (i) que todos los poderes adjudicadores y no sólo las Administraciones públicas, en sentido estricto, puedan acudir a esta técnica de contratación; (ii) que también puedan utilizarse los procedimientos abierto y negociado y no sólo el de diálogo competitivo; (iii) que el contrato quepa, tanto cuando no se pueden definir los medios técnicos y jurídicos como (pero no conjuntamente) cuando resulta que su utilización parece más indicada que otras alternativas de contratación y además que también sea posible cuando (aunque no concorra ninguna de las circunstancias anteriores) el proyecto presente un carácter de urgencia.*».

³⁸ Para ampliar la información sobre la legislación comparada recomendamos consultar BASELGA GARCÍA-ESCUADERO, Pilar: «Materiales para el estudio de la Colaboración Público-Privada (CPP): una bibliografía comparada», en *La colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público. Aspectos administrativos y financieros*. Madrid: La Ley, 2009, pp. 773 y ss.

³⁹ Por ejemplo, uno de los aspectos quizá más polémicos de la regulación del CCPP en nuestra LCSP, la imposición del Diálogo Competitivo como procedimiento obligado de adjudicación de los CCPP.

En este punto, y a modo de sugerencia final que invite a la reflexión, procede traer a estas páginas la inédita cuestión que acertada y oportunamente plantea el Profesor BLANQUER CRIADO. En un contexto en el que puede mantenerse la distinción inicial que acertó a introducir el Libro Verde de la Contratación Público-Privada, según la cual, la colaboración público-privada puede realizarse mediante dos fórmulas, la institucionalizada –que pasa por la constitución de una entidad mixta– y la forma contractual, cabe cuestionarse si la legislación y jurisprudencia actuales habrían venido a contribuir al impulso de estas nuevas fórmulas de contratación. El Profesor BLANQUER CRIADO plantea, por un lado, que las perspectivas de la CPP institucionalizada se han visto considerablemente recortadas a resultas de los pronunciamientos judiciales y, en concreto, de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de Luxemburgo de 8 de abril de 2008, según la cual la contratación de grandes suministros militares, en la medida que se realice en favor de una entidad con capital privado *aunque sea minoritario*, excluye que la entidad pública pueda ejercer un control análogo al que ejercería sobre sus propios servicios, decayendo así uno de dos requisitos exigidos por reiterada e innumerable jurisprudencia⁴⁰ del Tribunal de Justicia para eximir a la correspondiente Administración (la República italiana, en el caso en cuestión) del requisito de la licitación⁴¹. Por su parte, y en lo que respecta a la CPP contractual, como es sabido, el artículo 19 de la LCSP somete tales contratos al régimen administrativo, tanto durante la fase de preparación y adjudicación como en la de interpretación y ejecución, sin que quepa la aplicación del Derecho privado ni siquiera en cuanto a sus efectos y extinción. El sometimiento al régimen administrativo trae consigo, como sabemos, la presencia de las prerrogativas de la Administración y su exorbitante poder, lo que, en sí mismo, puede casi considerarse como una *contradictio in terminis*, cuando hablamos, como es el caso, de una figura contractual que habría de estar presidida por la colaboración.

⁴⁰ Véanse las sentencias de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03; de 13 de enero de 2005, Comisión/España, C-84/03; de 10 de noviembre de 2005, Comisión/Austria, C-29/04; y de 11 de mayo de 2006, Carbotermo y Consorzio Alisei, C-340/04.

⁴¹ Como sabemos, si la licitación no puede evitarse, por aplicación de la LCSP, el procedimiento para la adjudicación de CCPP es necesariamente el Diálogo Competitivo.