

Fundamentos de la colaboración público-privada para dotación de infraestructuras y servicios*

Adolfo Fuertes Fernández ‡

* El presente artículo es resultado del trabajo de investigación desarrollado durante los años 2005 y 2006 en el seno del *Australian Centre of Public Infrastructure (University of Melbourne, Victoria, Australia)* y está publicado en la Revista del Derecho de las Telecomunicaciones, Transportes e Infraestructuras (REDETI), Año X-Num. 29, Mayo-Agosto 2007. Versión revisada y corregida en Madrid, a 20 de enero de 2009.

Mi más sincero agradecimiento a los profesores Juan de la Cruz Ferrer y Francisco Javier Sanz Larruga por su confianza y apoyo, así como por sus valiosas aportaciones, y a Gerardo Fuertes por su inestimable ayuda en las labores de redacción y revisión del trabajo y su constante guía. Gracias también a Michael Regan, Danielle Boardman, Enrique Ossorio, Nieves Rodríguez y la *University of Melbourne* por las facilidades prestadas y a Gema Rivas por su diligente colaboración en la presentación del texto.

‡ Subdirector General de Intervención y Fiscalización. Consejería de Economía y Hacienda Comunidad de Madrid. Tlf : 91 580 36 99 / 659 79 07 59

E-mail: adolfo.fuertes.fernandez@madrid.org / affmlb@hotmail.com

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	3
II. LA CUESTIÓN CONCEPTUAL.....	15
1. Perspectiva histórica.....	15
1.1 Los orígenes.....	15
1.2 El resurgimiento de la colaboración público-privada: reeditando un viejo modelo bajo un nuevo prisma.....	21
2. Definiendo el concepto de colaboración público-privada.....	29
III. LOS FUNDAMENTOS ECONÓMICOS.....	38
1. Capital público y crecimiento económico.....	38
2. Consideraciones económicas acerca de la provisión de bienes y servicios públicos: provisión pública <i>versus</i> provisión privada.....	41
2.1 Bienes públicos y cuasi-públicos: los fallos del mercado.....	42
2.2 La idoneidad económica de los esquemas de participación privada: aportaciones doctrinales.....	47
IV. SIGNIFICACIÓN JURÍDICA EN EL PANORAMA PRESTACIONAL.....	64
1. Entre el <i>outsourcing</i> y la privatización propia.....	64
1.1 Las diferencias con la contratación tradicional: la teoría del riesgo y el carácter relacional del contrato.....	64
1.2 La compleja delimitación entre colaboración público-privada y privatización: claves para su clarificación.....	79
2. El enfoque de la gobernanza: hacia una nueva concepción del Estado... ..	84
2.1 Explorando las relaciones entre colaboración público-privada y gobernanza.	84
2.2 La reforma del sector público: el <i>New Public Management</i>	90
V. CONCLUSIONES.....	97
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	100

RESUMEN

Las fórmulas de colaboración público-privada (public-private partnerships) han irrumpido de forma decidida en la escena pública prestacional como perspectiva de provisión alternativa frente a la marcada polarización de las políticas públicas entre la publicación de las iniciativas y las tendencias de corte liberalizador.

De profunda raigambre en la tradición anglosajona y en su concepción colaborativa y multilateral del marco relacional en que se inscribe la actividad de producción, lejos de circunscribirse a meras formas contractuales nominadas proponen un verdadera redefinición de las fronteras entre lo público y lo privado así como de los parámetros de gobernabilidad y del Estado mismo.

La profundización en los fundamentos teóricos que sostienen el marco conceptual de los public-private partnerships se adivina esencial para la asimilación de este fenómeno complejo al tiempo que contribuye a revelar los posibles desajustes existentes entre su concepción más genuina y las recientes adaptaciones experimentadas en los diversos países.

I. INTRODUCCIÓN.

En esta última década la posición del sector público respecto a la provisión de infraestructuras y servicios está cambiando de forma generalizada pasando de gestionar directamente los activos, asumiendo los riesgos inherentes a su propiedad, a desempeñar un papel meramente planificador y regulador de la actividad privada en garantía del interés público y de los consumidores. Razones de índole tanto fiscal como de eficiencia son las causas principales que han llevado a esta transformación¹. En el contexto actual los gobiernos están considerando la “privatización” de servicios públicos en orden a la reducción de

¹ Cfr. BEATO, P. y VIVES, A., “Private Sector Participation in Infrastructure: Risk, Fiscal and Efficiency Issues in Public-Private Arrangements for the Provision of Services”, *Infrastructure*, vol. 1. nº 3, 1996.

costes y la modernización de la gestión²; la confluencia de una creciente demanda social y de infraestructuras, en combinación con limitaciones presupuestarias y resistencia pública al aumento impositivo, hacen esencial que las autoridades públicas consideren dirigirse hacia la capacidad de innovación y el acceso a capital operativo propios del sector privado³.

Aunque no exenta de controversia, se asienta asimismo la creencia de una superioridad en la organización de la actividad productiva en los sistemas privados de provisión respecto de la provisión directa del Estado en términos de reducción de costes por los mayores incentivos para la innovación existente en aquellos⁴. La presencia del sector privado contribuye así a la mejora de la eficacia y eficiencia de los procesos públicos de gestión a través de la introducción de técnicas avanzadas propias de la práctica empresarial, innovación en el diseño de los proyectos, recursos tecnológicos y, en general, la experiencia en el entorno competitivo. Mediante la acumulación de las distintas fases de un proyecto en manos de un mismo sujeto privado se consigue explotar las sinergias entre ellas incorporando diseños más innovadores y a un coste más efectivo. En este sentido existen en la doctrina numerosas pruebas que avalan la mayor eficiencia del sector privado en la provisión de bienes y servicios y que concluyen que la

² La palabra “privatización” es utilizada como sinónimo de participación privada y no en el sentido estricto del término que, como se verá más adelante en este trabajo, implica la completa provisión privada de bienes y servicios en régimen de competencia.

³ Cfr. NATIONAL COUNCIL OF PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS (NCPPT), *Critical Choices: the Debate Over Public-Private Partnerships and What it Means for America's Future*, White Paper by the NCPPT, Washington, Septiembre 2003.

⁴ Cfr. DANIELS, R y TREBILCOCK, M, “Private Provision of Public Infrastructure: An Organizational Analysis of the Next Privatisation Frontier”, *University of Toronto Law Journal*, 46, 1996.

contratación privada de los mismos deriva en ahorros de hasta el 20% respecto de la tradicional provisión pública⁵.

La colaboración del sector privado en la gestión y financiación de infraestructuras y servicios públicos no solamente se ha revelado como una alternativa cada vez más consolidada para la consecución de los objetivos públicos mediante la aportación de capital y el aprovechamiento de las capacidades del mercado en la gestión eficiente de los servicios, habiéndose extendido de manera imparable en la mayoría de los países y ampliado a sectores reservados tradicionalmente a la provisión directa por el Estado, sino que ha contribuido a la revitalización de la escena pública y el debate doctrinal que sobre ella tiene lugar. Puede por ello afirmarse que los *public-private partnerships* anuncian una nueva era en la colaboración entre los sectores público y privado en los diferentes niveles de gestión pública⁶.

Surgidos en su concepción actual a finales de los años 70 y principios de los 80 en Estados Unidos como respuesta a la deficiente actuación del sector público y la convicción de que el Estado había alcanzado su límite financiero respecto de la

⁵ Por ejemplo, BORCHERDING, BURNABY, POMMERENHE y SCHNEIDER "Comparing the Efficiency of Private and Public Provision: the Evidence from Five Countries", *Zeitschrift fur Nationalökonomie*, 89, 1982, reflejan la "inequívoca mayor eficiencia" del sector privado en 40 de 52 estudios de eficiencia llevados a cabo en 19 sectores económicos de 5 países de la OCDE, y DOMBERGER, S, y HALL, C., "Contracting for Public Services: A Review of Antipodean Experience", *Public Administration*, vol. 74, 1996, lo evidencian en la práctica de Australia. En el mismo sentido véase KHURSHEED, A. F. y BORCHERDING, T. E., "Organising Government Supply: the Role of the Bureaucracy" *Handbook of Public Finance*, Thompson & Green (ed.), Marcel Dekker, Nueva York, 1996; LUNDSGAARD, J, *Competition and Efficiency in Public Funded Services*, Economics Department Working Papers, nº 331, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), Paris, 2002; BAILEY, S. J., *Public Sector Economics: Theory, Policy and Practice*, MacMillan, Londres, 2002.

⁶ Cfr. MOHR, A., "Governance through Public-Private Partnerships: Gaining Efficiency at the Cost of Public Accountability?" *International Summer Academy on Technology Studies- Urban Infrastructure in Transition*, Centre for the Study of Democracy, University of Westminster, Londres, 2004.

prestación de servicios públicos, fueron introducidos como una alternativa más pública y aceptable a la provisión privada y a partir de ahí como un primer paso hacia acuerdos plenos de privatización⁷. Partiendo de la fértil experiencia de países como Estados Unidos y Reino Unido, el resto de Estados han seguido su ejemplo haciendo suyos esquemas de colaboración público-privada como los conocidos *Build, Operate and Transfer (BOT)* y su derivación inglesa *Design, Build, Finance and Operate (DBFO)*, y adaptándolos a su propia práctica y tradición normativa⁸.

Este proceso de adaptación se produjo de forma natural en aquellos países con un sistema jurídico de tipo angloamericano presidido por el uso del *Common Law*, principalmente Australia, Nueva Zelanda, Canadá y Sudáfrica, pudiéndose reproducir de manera fiel, no solamente la aplicación de los planteamientos y técnicas que fundamentan estos modelos a la práctica ejecución de los proyectos, sino también la articulación de un marco normativo que brindara cobertura adecuada a las necesidades de las distintas partes intervinientes y que se concreta en reformas legales y administrativas, así como la estandarización de los contratos y la elaboración de guías de buenas prácticas.

⁷ Cfr. CARROL, P. y STEANNE, P., *Public-Private Partnerships: Sectorial Perspectives*, en Osborne, S. (ed.), *Public-Private Partnerships: Theory and Practice in International Perspective*, Routledge, Londres, 2000; LINDER, S. y ROSENAU-VAILLANCOURT, P., *Mapping the Terrain of the Public-Private Policy Partnerships*, MIT Press, Massachusetts, 2000; MOHR, A, *op. cit.*

Es relevante destacar que en el Reino Unido los esquemas de *public-private partnerships* y, en particular, las modalidades enmarcadas en la *Private Finance Initiative (PFI)* se denominaron como “tercera vía”, en alusión a su situación intermedia entre la provisión pública tradicional y las posiciones de privatización plena.

⁸ Cfr. OSBORNE, S. (ed.), *Public-Private Partnerships: Theory and Practice in International Perspective*, Routledge, Londres, 2000.

Caso distinto son los países con tradición jurídica romanista en los que se impone un derecho público codificado como ocurre en la Europa continental y América Latina, en los que el proceso de adopción de esquemas de corte colaborativo se antoja bastante más complejo, hasta el punto de poder afirmar que no se produce una verdadera traslación de formas de colaboración público-privada tal y como se conciben genuinamente en sus países de origen. 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 para la provisión de infraestructuras y servicios públicos desde hace más de dos siglos.

En España la participación del sector privado en el desarrollo de infraestructuras y servicios públicos ha tenido ciertamente una presencia destacada en la práctica administrativa y dicha experiencia ha suavizado la asimilación por las estructuras públicas y los agentes económicos y sociales de unas fórmulas contractuales que, aún incorporando significativas novedades en los mecanismos de relación entre las partes intervinientes, han sido percibidas como proyección natural de los esquemas ya ampliamente consolidados en nuestro acervo⁹.

⁹ El tratamiento en detalle del proceso de adaptación de los esquemas de *public-private partnerships* a nuestro ordenamiento jurídico excede ampliamente el ámbito de este trabajo. Sirva no obstante decir que esta participación privada o gestión indirecta no establece variaciones de índole fundamental en el esquema relacional propio de la provisión pública, pudiéndose amparar con carácter general en los principios y prácticas que informan la contratación de obras o servicios recogida en nuestra legislación de contratos. La colaboración, por el contrario, no propone una mera sustitución del sector público en sus responsabilidades de gestión, sino un nuevo marco relacional entre ambos sectores con unos parámetros de relación híbridos entre la provisión

El efecto benefactor sobre la praxis de implementación de proyectos, evidenciado de forma patente por la trayectoria previa en la práctica concesional, tiene su contrapartida en una negativa influencia en el plano conceptual y en el dimensionamiento teórico del proceso de adaptación al ordenamiento jurídico español. En este sentido la similitud de técnicas y procedimientos, si bien ha facilitado la aceptación sin grandes estridencias de complejos esquemas de financiación articulados jurídicamente sobre una propuesta basada en los principios básicos de la concesión, ha producido un efecto inhibitor sobre el necesario ejercicio de reflexión y discusión en el plano teórico-doctrinal acerca de las claves de fundamento precisas para el adecuado ajuste a nuestras estructuras legales y administrativas de formas provenientes de sistemas jurídicos cuyos principios distan mucho de coincidir.

Esta simplificación conceptual consistente en la identificación de los esquemas concesionales surgidos al amparo de recientes modificaciones normativas en materia de contratación pública con la figura de los *public-private partnerships*, en particular con las formas propuestas por la *Private Finance Initiative (PFI)* británica, responde a una práctica administrativa inercial conducente a la importación literal de formas surgidas en contextos jurídico-

tradicional y la privatización y cuyos principios inspiradores distan de coincidir con los de la contratación pública convencional.

El encuadre de las formas de colaboración dentro del marco de los contratos administrativos responde a la consideración de su objeto como transmisión patrimonial de bienes y servicios, lo que sirve de criterio delimitativo respecto de los convenios administrativos como figura profusamente utilizada en el marco de la actual Administración “negociada” o “concertada”, tal y como la definen GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, vol. 1, 12ª edición, Madrid 2004, vol. 2, 9ª edición, Madrid, 2004. No obstante, el sustrato colaborativo presente en estas formas abre el debate acerca de su posible encaje en la fórmula convencional entre Administración y administrados.

políticos peculiares, obviando su profundo enraizamiento en una serie de fundamentos y principios teóricos que les dotan de su verdadero sentido.

El proceso persigue la obtención de los mismos objetivos que los planteamientos originales ante la aparición de unas necesidades socio-económicas similares, y ello mediante su canalización a través de formas jurídicas propias que permitan una rápida asimilación por el ordenamiento sin adoptar, no obstante, el andamiaje teórico que sustenta en último término la efectividad de la fórmula. El resultado, a la postre, revela las marcadas diferencias de índole conceptual entre ambas propuestas que provocan en no pocas ocasiones desajustes relevantes en la puesta en práctica de los proyectos¹⁰.

¹⁰En España, como en el resto de países de la Unión Europea, se han reproducido básicamente los esquemas surgidos en el seno de la *Private Finance Initiative (PFI)* británica, esto es fórmulas del tipo *DBFO*, infraestructuras autofinanciadas y *Joint Ventures* adaptándolos a las peculiaridades jurídico-administrativas que nuestro ordenamiento contractual público impone al tratamiento del contrato de concesión. El nuevo contexto legal, aún habiendo racionalizado el tratamiento de la figura concesional respecto a las infraestructuras desde una solución correcta en el plano de la técnica jurídica y sistematizado la anterior dispersión normativa, arroja no pocas incertidumbres acerca de su idoneidad como marco de referencia para la regulación de un fenómeno de creciente complejidad y polivalencia como es el de la colaboración público-privada y ello debido tanto a la limitación en el ámbito y perspectiva de las modificaciones como a la superficialidad de las mismas, evitando penetrar en la esencialidad de la figura y sus principios inspiradores.

Sin ánimo de afrontar un análisis pormenorizado de los puntos de desencuentro entre el actual sistema concesional español y las construcciones teórico-doctrinales que arropan la materialización efectiva de las distintas propuestas de colaboración, sí conviene señalar que aspectos de colosal importancia en éstas últimas como la adecuada asignación de los riesgos en orden a la consecución de un coste eficiente del proyecto, la libertad de diseño y ejecución por el sector privado sin pautas predeterminadas por la Administración que posibilite la introducción de innovación y eficacia en la gestión, los procesos de selección competitiva del socio privado que atiendan las exigencias del carácter relacional a largo plazo del contrato, el énfasis necesario sobre el servicio público objeto de provisión más que sobre los activos o la efectiva evaluación del coste del proyecto o *value for money* en relación con el coste de la provisión pública, por citar algunos, han sufrido una evidente desatención tanto en las previsiones normativas recientes como en la práctica implementación de los proyectos en los últimos años.

Proyectos que, lejos de representar manifestaciones de una novedosa concepción de la actividad de provisión pública basada en la colaboración entre sectores y el aprovechamiento de

Y es que estas formas avanzadas de concesión, aún pudiéndose considerar en un sentido amplio como colaboración público-privada teniendo en cuenta que la construcción, financiación y explotación de los activos se lleva a cabo a través de la participación de un agente privado y no directamente por el Estado, no invitan a su consideración *strictu sensu* como formas de colaboración sino de participación o gestión indirecta, ya que no están presentes en ellas los principios inspiradores de los *partnerships*, ni una concepción del sector público más cercana al Estado regulador propio de los procesos de liberalización de sectores o servicios.

Como señalan KLIJN y TEISMAN, el modelo concesional aparece en estos casos como vehículo jurídico común a través del cual se articulan los proyectos y que otorga el título de delegación necesario para habilitar legalmente la participación de entidades privadas en la provisión de todo o parte de un servicio público, pero que, al concebirse como contrato administrativo típico y compartir en lo sustancial los rasgos característicos que informan la contratación pública en general, sin separarse incluso del marco normativo previsto para otros contratos nominados, no representa novedad alguna respecto de los sistemas contractuales públicos ya vigentes¹¹.

Esta trayectoria en la provisión de infraestructuras y redes de servicios públicos, especialmente en el ámbito local y urbano, arroja evidencias claras acerca de la rica variedad de fórmulas que han combinado la participación pública y privada en la propiedad, financiación y operación de estos servicios,

capacidades y el reparto de beneficios y riesgos, aparecen como concesiones tradicionales que incorporan mecanismos de financiación privada estructurada (*tailored financing*) y amplían su ámbito de aplicación gracias a la concepción del “pago por servicios” propio de los *DBFO*.

¹¹ KLIJN, E. H. y TEISMAN, G.R, *Governing Public-Private Partnerships*, en OSBORNE, S., *op. cit.*

hasta el punto de que la multiplicidad de opciones existentes no puede ser encuadrada en la simple distinción entre lo público y privado. La doctrina pone de manifiesto que las diversas fluctuaciones entre alternativas con mayor o menor grado de participación privada han aparecido en los distintos países y momentos de manera desigual, viéndose influenciado el proceso de toma de decisiones por variables de índole política o institucional acerca del papel de los sectores privado y público en la economía, el carácter público o privado de los bienes o servicios a proveer y consideraciones circunstanciales de lugar y tiempo¹².

Es en el terreno intermedio entre los dos polos opuestos caracterizados por la publicación de los esfuerzos prestacionales o su privatización en forma de venta al sector privado o liberalización en régimen de competencia libre, y que acoge la presencia de bienes de naturaleza híbrida entre lo público y lo privado sin reunir por completo las características de uno ni otro tipo, donde las formas de colaboración encuentran el entorno adecuado para su materialización sobre la base de la participación de ambos sectores en su provisión a través de la puesta en común de iniciativas, riesgos y beneficios.

Y es que una reflexión preliminar sobre la naturaleza de la colaboración público-privada nos aproxima a un marco conceptual complejo y heterogéneo en el que las esferas pública y privada que conviven en la contratación pública tradicional ven alterados sus perfiles y pautas habituales de actuación dando paso a concepciones más cercanas al esquema convencional o de colaboración, si bien manteniendo estructuras formales de base contractual o institucional. Al hablar de

¹² Cfr. JACOBSON, C. D. y TARR, J. A., *Ownership and Financing of Infrastructure: An Historical Perspective*, Policy Research Working Papers, WPS 1466, El Banco Mundial, Washington DC, Junio, 1995.

colaboración público-privada, aún considerándola una forma de contratación pública, debemos traspasar los parámetros conceptuales en que ésta se enmarca y adoptar una perspectiva distinta en su concepción misma asumiendo un enfoque más laxo del rol que los sectores público y privado desempeñan en la provisión de bienes y servicios públicos y las vías para el cumplimiento de sus objetivos.

Asistimos así a un proceso de redefinición de lo público y lo privado en un contexto de actuación en el que las fronteras entre ambos se diluyen dando paso a una nueva dimensión de los esquemas relacionales entre ambos sectores y, en particular, de la posición que el Estado debe adoptar, no solamente respecto de la contratación de bienes y servicios, sino de su función socio-económica en el marco de las sociedades actuales trascendiendo del ámbito puramente administrativo para penetrar en consideraciones de índole política e ideológica y pudiéndose hablar ya de la necesidad de una “reinención” del sector público¹³. Con los matices que más adelante se irán aportando, este planteamiento despoja al Estado de una posición de superioridad en el acuerdo, equilibrando a las partes en el establecimiento de derechos y obligaciones, si bien salvaguardando su función de tutela del bien común concretado en el mantenimiento del interés público como concepto amplio comprensivo de multitud de valores comunes que deben ser

¹³ La doctrina reconoce en el concepto de “reinención” o “redefinición” del Estado una amplia gama de significados e implicaciones, enmarcándose en un proceso global de reevaluación de objetivos y medios de las Administraciones Públicas modernas, si bien, habitualmente se relaciona con el traslado de la confianza en el sector público para la provisión directa de bienes y servicios en favor de su prestación por el sector privado, debido a las limitaciones de carácter fiscal y las ineficiencias propias de la burocracia administrativa. OSBORNE, D y GAEBLER, T., *Reinventing Government*, Plume, Nueva York, 1993, y TREBILCOCK, M., *The Prospects for Reinventing Government*, Howe Institute, Toronto, 1994. Véase también a DANIELS, R y TREBILCOCK, M., *op. cit.*

protegidos en cada caso (medioambientales, interés de los consumidores o usuarios, afectación a otras comunidades...).

Asimismo, la amplitud de su concepción afecta al marco mismo de las relaciones de poder, trasladando la autoridad de decisión desde el Estado a otros ámbitos de gobernanza y facilitando la participación en el proceso de provisión de otros agentes económicos, colectivos sociales, instituciones públicas o particulares que representan el esfuerzo de interacción de la sociedad civil necesario para configurar este nuevo escenario de acción pública multilateral y cooperativa que desplaza la concepción jerárquica más tradicional.

Sin embargo, estos planteamientos no pueden ser asimilados fácilmente sin antes explorar los fundamentos teóricos sobre los que se asientan y las tendencias doctrinales que a lo largo de las últimas décadas han ido perfilando su actual estructura conceptual y alumbrando las diferentes manifestaciones que hoy conocemos. Y es que, si asumimos que desde una perspectiva jurídico-pública la colaboración público-privada no se limita a meras fórmulas alternativas de financiación de infraestructuras sino que alcanza una dimensión nuclear respecto de la concepción misma del Estado en su función prestacional, como proveedor de servicios públicos, y de sus parámetros relacionales con el sector privado, convendremos en que su adopción como práctica administrativa, en tanto supone una redefinición del propio marco jurídico-público en el que ésta se asienta, debe ir acompañada de una sólida arquitectura conceptual.

Efectivamente, toda la compleja estructura de principios, conceptos y planteamientos jurídico-económicos que subyacen bajo la concepción misma de los *public-private partnerships*, y que han ido perfilando su naturaleza a través de

su consolidación en el seno de distintos momentos históricos, tendencias político-ideológicas y corrientes doctrinales, deben erigirse como referente para su análisis y adecuada comprensión, al mismo tiempo que sirvan de punto de partida a la hora de acometer procesos de adaptación de estas fórmulas a ordenamientos jurídicos distintos de aquellos en que se fraguaron originariamente. El éxito de dichos procesos y la efectividad en la implementación de proyectos bajo los auspicios de complejas estructuras jurídico-financieras de colaboración con el sector privado dependerá en buena medida del respeto a sus fundamentos básicos y al espíritu que impregna el propio concepto de colaboración.

El presente trabajo se propone una aproximación al marco conceptual que sustenta la colaboración privada en la ejecución de infraestructuras y servicios públicos, penetrando en las consideraciones económicas, jurídicas e ideológicas que han perfilado las diferentes formas existentes en la actualidad en un ejercicio de sistematización de las distintas aportaciones doctrinales que contribuya a una mejor comprensión de las perspectiva existente en los países de mayor tradición en la práctica colaborativa. Centrado sobre una materia compleja y poliédrica, en la actualidad misma del debate científico en la órbita jurídico-pública, se limita a aportar una visión preliminar que sitúe adecuadamente los términos de un análisis que requiere indefectiblemente un ulterior tratamiento en profundidad. En este sentido, parte de su interés puede residir en el planteamiento de diversas líneas de investigación que podrían constituir el núcleo de estudios monográficos posteriores, entre las que pueden apuntarse las cuestiones relativas al marco jurídico de la colaboración público-privada en España y, en particular, el desajuste del actual sistema concesional con los fundamentos originales de la colaboración y la exploración de posibles puntos de encuentro con el entorno conceptual de los

convenios de colaboración representativos de la pujante Administración concertada o negociada.

Con ese fin, en los siguientes capítulos abordaremos primero el análisis conceptual de la figura de la colaboración público-privada y su evolución a lo largo de los distintos momentos históricos y tendencias ideológicas, pasando después a ofrecer una revisión de los fundamentos teóricos que informan las distintas alternativas para la provisión de infraestructuras y servicios públicos examinando los principios económicos básicos y las más relevantes aportaciones doctrinales al respecto, para adentrarnos finalmente en una reflexión sobre los valores esenciales que inspiran la genuina concepción de los *partnerships* y su delimitación respecto a otras figuras similares.

II. LA CUESTIÓN CONCEPTUAL.

1. Perspectiva histórica.

1.1 *Los orígenes.*

La participación privada en la construcción de infraestructuras y prestación de servicios no es en absoluto una fórmula nueva. La actuación de empresarios en nombre de los poderes públicos para la ejecución de obras y servicios hunde sus raíces en la historia antigua y perdura a lo largo de los siglos mediante formas incipientes de participación privada en la gestión de lo público. Ya durante el Imperio Romano la construcción de puentes, el abastecimiento del agua o la

recaudación de impuestos se llevaron a cabo a través de contratistas privados y en la Edad Media pueden situarse los antecedentes de la concesión¹⁴.

Tras su utilización por las potencias europeas en el desarrollo colonialista de los siglos XVII y XVIII, los esquemas concesionales se extenderán durante el siglo XIX en la Europa Continental y Gran Bretaña, así como en numerosos países de América Latina, para la provisión de infraestructuras de transporte como ferrocarriles, carreteras y túneles, así como determinados servicios urbanos como el agua, la electricidad o el gas, en especial aquellos en que los proveedores habitualmente eran compensados, de forma total o parcial, mediante cánones pagados por los usuarios¹⁵. Ejemplos como los de Gran Bretaña o Francia ilustran ya distintas alternativas en la provisión de las infraestructuras y *utilities* durante el siglo XIX y la primera mitad del XX, evidenciando un predominio de facultades competenciales en manos de los municipios y autoridades locales en materia de abastecimiento de agua, energía eléctrica o redes de saneamiento, más acusado en

¹⁴ Cfr. SCULLARD, H. H., *From the Gracchi to Nero, A History of Rome from 133 BC to AC 68*, Methuen and Company, Londres, 1963; y BEZANCON, X., *Les Services Publics en France: Du Moyen Age à la Révolution*, Presses des Ponts e Chaussées, Paris, 1995, citados en REGAN, M., *Public-Private Partnerships: A Review of the Evidence*, Research Paper 05/05, Australian Centre of Public Infrastructure, University of Melbourne, Melbourne, 2005.

¹⁵ Cfr. JACOBSON, C. D. y TARR, J. A. *op. cit.*

A este respecto, en CAVERS, D. y NELSON, J *Electric Power Regulation in Latin America*, John Hopkins University Press, Baltimore, 1959, se señala que compañías privadas locales fueron responsables del desarrollo de la mayoría de los servicios eléctricos en Brasil, Chile, Costa Rica y Méjico. Asimismo encontramos referencias acerca del desarrollo de las primeras redes de ferrocarril en Brasil, Uruguay, Argentina y Méjico a través de compañías privadas inglesas, francesas o estadounidenses en KERF, M., y KLEIN, M., *Concessions for Infrastructure: A Guide to their Design and Award*, World Bank Technical Papers, Nº 399, El Banco Mundial, Marzo, 1998.

Francia debido a su estructura administrativa descentralizada, con presencia, sin embargo, de numerosas atribuciones concesionales a compañías privadas¹⁶.

Pero es en Estados Unidos donde encontramos los antecedentes de lo que venimos conociendo actualmente como colaboración público-privada, y ello debido a unas condiciones histórico-políticas que han perfilado la peculiar relevancia del sector privado en la esfera pública. Y es que, aunque los principios y prácticas en la implementación de *public-private partnerships* son muy similares en todo el mundo, los Estados Unidos tienen una historia y cultura peculiares en el desarrollo de las relaciones entre los sectores público y privado para la provisión de servicios públicos e infraestructuras. Desde la era colonial hasta la actualidad, el sector privado estadounidense ha tenido siempre un papel activo y, en ocasiones preponderante, en la construcción de lo que hoy consideramos como bienes y servicios públicos¹⁷. Razones de diversa naturaleza han influido de forma relevante en los procesos de decisión respecto a la construcción de infraestructuras y al estatus de propiedad y regulatorio que le fuera aplicable, tal y como señala la doctrina¹⁸. Detengámonos brevemente en su análisis.

¹⁶ Como señala LORRAIN: "En Francia, las obras para el abastecimiento de agua y otras infraestructuras municipales fueron tanto concesionadas a proveedores privados de servicios como objeto de propiedad y explotación por los gobiernos locales. Con el tiempo, sin embargo, este doble patrón experimentó rápidamente numerosas modificaciones, que tendían a atenuar sus diferencias (...). Otros tipos de contratos fueron desarrollados al mismo tiempo. Su rasgo común era la combinación entre gestión privada y financiación pública, con la transmisión de la propiedad al sector público de las más costosas instalaciones como las plantas de tratamiento de agua o residuos y las estaciones de saneamiento". LORRAIN, D., "The French Model of Urban Services", *West European Politics*, vol. 15, Abril, 1992, citado en JACOBSON, C. D. y TARR, J. A. *op. cit.*

¹⁷ Cfr. NCPPP, *For the Good of the People: Using Public-Private Partnerships to Meet America's Essential Needs*, White Paper by the NCPPP, Washington, 2002.

¹⁸ Cfr. SCHEIBER, H., "Federalism and the American Economic Order", *Law and Society Review*, vol. 10, 1975; JACOBSON, C. D. y TARR, J. A., *op. cit.*

En primer lugar, la creencia extendida de que las redes de infraestructuras y los sistemas públicos contribuyen al crecimiento económico y su construcción debe llevarse a cabo maximizando el crecimiento económico general y las oportunidades económicas individuales. Al mismo tiempo, y al contrario de las tendencias ideológicas imperantes en Europa, el temor a que las políticas públicas de provisión de infraestructuras conlleven una irresponsable acumulación de poder político y económico determinará la confianza en el sector privado para su gestión, en el reconocimiento de su mayor consistencia con la iniciativa individual y su acción mitigadora de los excesos políticos.

Por último, el contexto político en Estados Unidos, con un complejo sistema federal caracterizado por la existencia de diferentes autoridades y centros de decisión independientes a nivel federal, estatal y local en la elaboración de las políticas públicas referentes al desarrollo de infraestructuras, así como diversas instancias judiciales, ha facilitado la presencia del sector privado en la gestión de lo público. Y ello porque la competencia entre las jurisdicciones locales y estatales por el desarrollo de infraestructuras generó políticas de promoción y subsidiación de la construcción, reduciéndose los costes para las firmas privadas interesadas. Además de ello, el sector privado explotó adecuadamente las diferencias entre las distintas jurisdicciones federal, estatal y local, y el recurso a instancias judiciales para obtener la adecuada protección contra decisiones públicas desfavorables.

Todo ello determinó que compañías privadas y asociaciones de diversa naturaleza hayan ejercido la propiedad de carreteras y áreas residenciales, así como el abastecimiento del agua, la recolección de basuras y residuos sólidos y el transporte urbano a través de una amplia gama de concesiones, contratos o acuerdos regulatorios, implantándose únicamente la gestión directamente pública

o mixta en aquellos casos en que la provisión privada era inadecuada o impracticable. La gran expansión del Oeste a finales del siglo XIX tuvo lugar gracias a la colaboración entre compañías privadas de ferrocarril y el estado federal para el desarrollo de la línea férrea, y otros muchos ejemplos –en educación, asistencia social, transporte, *utilities* y otros- de lo que hoy podemos considerar como el ámbito público se iniciaron bajo auspicios privados, no gubernamentales o de *public-private partnerships*¹⁹.

Esta tendencia se mantuvo durante los albores del siglo XX hasta la década de los treinta, en que las consecuencias económicas de la Gran Depresión de 1929 obligaron a un significativo cambio en las políticas públicas. La profunda crisis que atravesaba el sector privado propició el protagonismo del Estado en el mantenimiento de los sistemas públicos y servicios esenciales así como en la reactivación de la economía nacional, mediante la puesta en marcha de proyectos locales e iniciativas a nivel federal para la ejecución y financiación de grandes infraestructuras²⁰. La iniciativa pública en la provisión de bienes y servicios públicos se consolidó durante la II Guerra Mundial y los años de la posguerra, reforzada por la exaltación del espíritu nacional y el liderazgo del Estado en el

¹⁹ Cfr. NCPPP, *For the Good of the People...*, *op. cit.* La detallada evolución de las formas de provisión de infraestructuras y servicios en Estados Unidos desde el siglo XIX hasta la actualidad, y en particular la construcción de carreteras y residenciales, transporte urbano, construcción de redes de abastecimiento y distribución de agua, sistemas de saneamiento y tratamiento de aguas residuales, recolección y eliminación de basuras y residuos sólidos y sector eléctrico, puede encontrarse en JACOBSON, C. D. y TARR, J. A. *op. cit.*

²⁰ Ejemplo de ello fue la reforma del sector eléctrico llevada a cabo por la Administración Roosevelt para estimular la reactivación de la economía y controlar el exceso de poder político y económico acumulado por las grandes compañías eléctricas privadas, mediante la creación en 1935 de la *Federal Power Comisión* para regular el sector.

esfuerzo industrial bélico y la necesidad de reconstrucción y desarrollo del país que continuó en la décadas siguientes²¹.

También en Europa la etapa posterior a la Segunda Guerra Mundial marca una clara tendencia hacia la nacionalización de las infraestructuras y servicios, debido a la necesidad de ambiciosos planes de reconstrucción y el resurgimiento de un espíritu nacional que renovará la confianza en la acción de un Estado centralizado y fuerte a la hora de afrontar los esfuerzos inversores y la organización administrativa. Asistimos así a un proceso que durará hasta la década de los ochenta, y que se caracterizará por la toma de control por el Estado a través de grandes empresas públicas de la provisión de los servicios económicos así como de la responsabilidad en la ejecución de la mayoría de las infraestructuras necesarias para su desarrollo. La ingente aportación de capital necesaria para financiar la regeneración de las redes de infraestructuras y los sistemas de abastecimiento, unida a la crítica situación económica por la que atravesaban la mayoría de las compañías privadas, así como razones de índole política e ideológica propias del particular momento histórico, provocaron la práctica desaparición del sector privado en la prestación de servicios públicos²².

²¹ Destaca en esta etapa la creación por el Congreso de la *Urban Mass Transportation Administration* en 1964, para la provisión del transporte por el Gobierno Federal, o la entrada en vigor en 1972 de las *Water Pollution Control Act Amendments*, por la que el Gobierno Federal concedió a las municipalidades el 75% de la financiación necesaria para la ejecución de plantas de tratamiento de aguas residuales.

²² Claro ejemplo de esto es la nacionalización en 1947 de la industria eléctrica británica, pasando las competencias sobre generación y transmisión de electricidad a manos de la *Central British Electricity Authority*, o la reorganización de su sistema de abastecimiento de agua mediante la promulgación en 1945 del *National Water Act* que estableció el aglutinamiento en las autoridades locales y municipales de las competencias para su provisión. Igualmente en Francia tuvo lugar este proceso de estatalización de la propiedad y operación de los servicios, como en el caso de la industria eléctrica que fue nacionalizada en 1946.

1.2 *El resurgimiento de la colaboración público-privada: reeditando un viejo modelo bajo un nuevo prisma.*

El protagonismo de los Estados en la provisión de las infraestructuras y servicios públicos se vio seriamente comprometido por la coyuntura internacional existente en los años posteriores, y que se concretó durante el final de la década de los setenta y principios de los ochenta en una serie de factores socio-económicos que restringían su capacidad para afrontar directamente el esfuerzo inversor, dando lugar a la búsqueda de fórmulas alternativas para su financiación. Entre estos factores pueden citarse el crecimiento demográfico y económico en los países en vías de desarrollo que incrementaban la demanda de nuevas infraestructuras, el escenario de restricción presupuestaria y de endeudamiento que afrontaban las cuentas públicas en la mayoría de los países para evitar crecientes déficit y deuda públicos, así como la pérdida de negocio por parte de las principales firmas constructoras a principios de los años ochenta que elevaron su interés por involucrarse en nuevos proyectos a gran escala²³.

En este contexto, la exploración de nuevas formas de gestión y financiación por parte de los gobiernos y las grandes firmas comerciales se apoyó en la amplia experiencia de países como Estados Unidos y, mediante arquitecturas jurídicas ya tradicionales como la concesión, se comenzaron a articular modelos que incluían la financiación privada basada en los recursos del propio proyecto o *project finance*. Sobre estas bases se fue generalizando, tanto en los países desarrollados como en vías de desarrollo, el uso de esquemas de base concesional en los que el sector

²³ Cfr. AUGENBLICK, M. y CUSTER, B. S., *The Build Operate and Transfer (BOT) Approach to Infrastructure Projects in Developing Countries*, Policy, Research and External Affairs Working Papers, WPS498, El Banco Mundial, Agosto, 1990.

privado construye las infraestructuras, opera el servicio y financia la inversión con la única garantía financiera en los ingresos generados por el proyecto y en los propios activos adscritos a él, traspasando al final del plazo concesional la propiedad al Estado, y que se conoce internacionalmente con las siglas *BOT* (*Build, Operate and Transfer*) como reflejo de las operaciones en que consiste. Con este mismo criterio se designaron las múltiples variaciones del modelo, algunas de ellas utilizadas también de manera extensa en el ámbito internacional²⁴.

La actual expansión de las formas de colaboración público-privada en el desarrollo de infraestructuras tuvo también su origen inmediato en la corriente liberalizadora predominante en Reino Unido y Estados Unidos a principios de los años ochenta, que determinó un cambio ideológico de influencia fundamental en la concepción del papel del Estado en la economía y en el diseño de las políticas públicas de provisión de bienes y servicios en las últimas dos décadas.

a) La introducción de la iniciativa privada en el sector público estadounidense.

Esta tendencia privatizadora tuvo su inicio durante la década de los ochenta con la Administración Reagan en una clara apuesta por la reducción del volumen del Estado y su presencia en la actividad económica mediante cambios en los patrones de gestión pública y una política económica que limitó los fondos presupuestarios disponibles para los programas de inversiones. A nivel estatal y local esta situación se tradujo en la incapacidad de los gobiernos para mantener de forma autónoma un sistema público de servicios de creciente demanda por los

²⁴ El término *BOT* parece que fue acuñado en los primeros años ochenta por el Primer Ministro turco Turgut Ozal, para designar aquellos proyectos en que el sector privado construía las infraestructuras, operaba el servicio y transfería la propiedad de los activos al Estado (los términos *Build, Operate and Transfer* y *Build, Own and Transfer* se utilizaron indistintamente para designar dicho modelo).

ciudadanos, debido en parte a mandatos heredados del Gobierno Federal sin la correspondiente financiación, así como por la continua presión social exigiendo mayor alcance y calidad de la red prestacional, y la progresiva sustitución de su financiación general a través de los impuestos por el soporte directo por los usuarios creando un entorno adecuado para el florecimiento de los *public-private partnerships*.

Estas condiciones político-económicas facilitaron su generalización en todos los sectores a lo largo de los años ochenta y noventa y, pese a algunas reticencias de grupos sociales y sindicales, la mayoría de las administraciones a todos los niveles aceptaron como beneficiosa la participación del sector privado en los programas de inversión y desarrollo de infraestructuras y servicios públicos²⁵. Incluso la llegada al poder del demócrata Clinton en 1992 no solamente no supuso el abandono de las políticas de impulso de la participación privada en la gestión y financiación de lo público sino que, a la vista de su amplia aceptación social, su programa de reforma del Estado Federal (*National Performance Review*) concedió gran protagonismo a los esquemas de *public-private partnerships*. Menos sorprendente es la confianza en el sector privado mostrada por la Administración Bush, que retomó los principios ideológicos de la etapa Reagan y consolidó el recurso al *outsourcing* y las diversas formas de colaboración público-privada en todos los niveles administrativos reduciendo significativamente el volumen de empleo público.

b) El modelo británico: La *Private Finance Initiative (PFI)*.

²⁵ Cfr. NCPMP, *For the Good of the People:..., op. cit.*

En Reino Unido, con la llegada al poder del partido conservador de Thatcher en 1979, se inició una masiva reducción de la dimensión del Estado y de su control sobre la inversión en grandes infraestructuras mediante la aplicación de diversas políticas de privatización del sector público y fomento de la participación privada en la financiación de proyectos públicos, que tuvieron su continuación durante el posterior mandato de Major hasta 1997.

En primera instancia tuvo lugar un ambicioso programa de privatización del sector público comercial mediante el traspaso al sector privado de las principales empresas de propiedad pública en los sectores de las telecomunicaciones, el agua, el gas, los aeropuertos, los ferrocarriles y la electricidad²⁶. Su principal objetivo fue obtener fondos para el Tesoro y traspasar la responsabilidad inversora al sector privado en un momento en que la mayoría de las infraestructuras requerían una fuerte inyección de capital para atender su remodelación física o tecnológica, evitando así el crecimiento del déficit público.

²⁶ Siguiendo el programa inicial de privatización liderado por Thatcher en Reino Unido numerosos gobiernos adoptaron políticas reformadoras de privatización en todo el mundo. Los países más prolíficos en términos de porcentaje de ingresos por privatizaciones respecto del PIB fueron Reino Unido, Nueva Zelanda y Australia; HODGE, G., *Privatization: The Australian Experience*, en PARKER, D. Y SAAL, D. (ed.), *International Handbook on Privatization*, Edward Elgar, Cheltenham, 2003, pp. 161-186.

El propio HODGE señala que la mayor parte de estos programas de privatización consistieron en la venta de empresas públicas o *divestiture* en el ámbito de la provisión de servicios públicos esenciales, si bien en economías en vías de desarrollo como países del Este de Europa y Brasil llevó a cabo la venta de cientos de miles de pequeñas empresas al sector privado dentro de masivos programas de privatización. HODGE, G., *Governing the Privatized State: New Accountability Guardians*, Accountable Governance: An International Research Colloquium, Queens University, Belfast, Octubre, 2005.

Por otro lado, datos de la OCDE apuntan otros países con resultados destacados en este aspecto como Italia, Francia, Japón, España, Méjico, Portugal y Alemania. Cfr. PARKER, D. y SAAL, D., *Introduction*, en PARKER, D. Y SAAL, D., *op. cit.*

Siguiendo a POLLITT podemos concluir que en general la experiencia del proceso de privatización puede concluirse como satisfactorio teniendo en cuenta los beneficios obtenidos por los consumidores, los accionistas y el Gobierno, así como por la inexistencia de patrones de discontinuidad o fluctuación en la actividad inversora privada, tal y como preveían las teorías keynesianas, debido al efecto de la regulación sobre el sector liberalizado²⁷.

La tendencia liberalizadora continuó durante la recesión de principios de los años noventa, en un escenario de déficit fiscal en aumento y restricciones presupuestarias que limitaban la capacidad financiera del Gobierno para afrontar la creciente demanda de inversiones y reforzaban el recurso a la financiación privada como una opción de saneamiento de las finanzas públicas. En este aspecto, hasta ese momento el sector público se regía por la aplicación de las *Ryrie Rules* que establecían los límites de la participación privada en la financiación de proyectos públicos, fijando un marco rígido de actuación para los responsables

²⁷ Según la doctrina keynesiana sobre la socialización de la actividad de inversión, el traspaso de la responsabilidad inversora desde el Estado hacia el sector privado como consecuencia de un proceso privatizador puede provocar una alteración en la tendencia inversora. Como señala POLLITT, sin embargo, en el proceso de privatización en el Reino Unido no se produjeron estas fluctuaciones en los patrones de inversión, debido, por un lado, a la existencia en las empresas de planes de inversión a medio plazo, y por otro, a una política regulatoria del sector que fijaba los precios en referencia a las inversiones a realizar. Ello dio como resultado un esquema estable y predecible de inversiones sin las alteraciones que se hubieran producido en el contexto de un mercado libre sin regulación alguna, o en un escenario de restricciones a corto plazo en el presupuesto público. El mensaje que se obtiene de la privatización de las *utilities* en Reino Unido es que las compañías adecuadamente reguladas no tienen dificultades para financiar eficientemente sus inversiones. KEYNES, J.M., *The General Theory of Employment, Interest and Money*, Macmillan Cambridge University Press, Londres, 1936. POLLITT, M. G., *A Survey of the Liberalisation of Public Enterprises in the UK since 1979*, Cambridge Working Papers in Economics, nº 9901, Faculty of Economics, University of Cambridge, Cambridge, 1999.

públicos que evitara la excesiva asunción de obligaciones financieras futuras para huir de las restricciones presupuestarias²⁸.

La retirada de las *Ryrie Rules* en 1989 y su sustitución por la *Private Finance Initiative (PFI)* supuso la definitiva toma de postura por parte del Gobierno en favor de la implicación del sector privado en la financiación y gestión de infraestructuras públicas, a través de una continua y más cercana colaboración con las autoridades públicas, tanto central como locales²⁹. Esta nueva política se basaba en los principios de asunción de riesgo por parte del sector privado sin garantías públicas contra las posibles pérdidas, la exigencia de *value for money (VFM)* desde el punto de vista del gasto público y la existencia de competencia, y supuso la consolidación de la financiación privada como el principal recurso de cara a la ejecución de proyectos públicos, en el sentido de no considerarse

²⁸ CLARK, G.L. y ROOT, A., "Infrastructure Shortfall in United Kingdom: The Private Finance Initiative and Government Policy", *Political Geography*, vol.18, nº 3, Marzo, 1999.

Las *Ryrie Rules* fueron formuladas por el *National Economic Development Council (NEDC)* bajo el mandato de Sir William Ryrie, y regulaban el régimen de introducción de capital privado en la actividad de las empresas nacionalizadas. El criterio general era la prioridad en la utilización de fondos públicos para la ejecución de proyectos de inversión y, en el caso de utilizarse financiación privada, debía existir en todo caso la oportuna cobertura presupuestaria. Las normas fueron revisadas en 1988 para tener en cuenta los efectos de la privatización de las empresas reguladas, y contemplar la aparición de esquemas de *contracting-out*, financiación mixta y *partnerships*; en particular sus principios se resumían en que la financiación privada sólo podía introducirse cuando ofreciera eficiencia en términos de coste, y debía existir en todo caso la correspondiente asignación en el presupuesto público para financiar el proyecto. ALLEN, G, *The Private Finance Initiative (PFI)*, Research Paper nº 01/117, Economic Policy and Statistics Section, House of Commons Library, Londres, Diciembre, 2001.

²⁹ El lanzamiento formal de la *PFI* tuvo lugar en el *Autumn Statement* pronunciado por Norman Lamont en 1992, y puede definirse como "uno de los principales medios mediante los que el sector público puede asegurar mayor *value for money* en colaboración con el sector privado. A través de la *PFI* el sector privado es capaz de aportar una amplia gama de cualificaciones directivas, comerciales y creativas en la provisión de servicios públicos, ofreciendo grandes beneficios potenciales para el Estado". HM TREASURY UK, *Partnerships for Prosperity*., Private Finance Taskforce, Londres, 1997. Todo el detalle sobre los antecedentes y desarrollo de la *Private Finance Initiative* británica se encuentra disponible en ALLEN, G., *op. cit.*

aportación pública alguna sin explorar antes las opciones de financiación privada y reservando los fondos públicos sólo para el caso de que los recursos privados resultaran antieconómicos en términos de *VFM* ³⁰.

Tras un arranque discreto, sucesivos impulsos gubernamentales fueron definiendo los perfiles de actuación del Estado bajo esquemas *PFI* y afianzando las bases para el desarrollo de los primeros proyectos significativos bajo sus auspicios. Con la llegada al poder del partido laborista en 1997 se anunció el inicio un proceso de revisión de la *PFI* a través de los denominados “Informes Bates”,

³⁰ El término *value for money* aplicado a los proyectos realizados con financiación privada se refiere a la exigencia de que éstos sean coste-efectivos respecto de su provisión por el sector público. La comparación requiere la aplicación de métodos que igualen la evaluación del coste de los proyectos públicos y privados en términos de riesgo teniendo en cuenta que con financiación presupuestaria pública el coste de los riesgos existentes en un proyecto individual no se tienen en consideración. El más utilizado es el *Public Sector Comparator (PSC)* cuya filosofía básica es la armonización de los escenarios de costes entre proyectos con financiación pública y privada mediante la eliminación de las incidencias que sobre éstos produce la evaluación del traslado de riesgos.

Ello conduce a un aspecto de capital importancia como es la dimensión presupuestaria de la financiación privada. HALL reclama la atención sobre aspectos esenciales tales como si la financiación privada propuesta por la *PFI* supone aportación de inversiones adicionales respecto de la sponsorización pública o por el contrario existe un “efecto sustitución”, si se evidencia la contribución al *value for money* o si hay afectación en la flexibilidad pública a la hora de la priorización de proyectos en clave de beneficio social y en función de la adquisición de compromisos a largo plazo (“*PFIability*”).

Ciertamente las consideraciones financieras han estado en el centro mismo del debate acerca de la conveniencia de implementar esquemas propios de la *PFI*, siendo de esta naturaleza la mayoría de los argumentos esgrimidos por sus detractores como evidencia de las consecuencias negativas que para las cuentas públicas y los contribuyentes resultarían de la adopción de propuestas de financiación privada. En todo caso debe señalarse que el análisis pormenorizado de las implicaciones financieras de la adopción de esquemas *PFI*, así como de las ventajas e inconvenientes en términos comparativos entre dichas fórmulas y la contratación pública tradicional, excede del ámbito objetivo de un trabajo como el presente cuyas pretensiones no alcanzan la evaluación de los resultados prácticos de cada una de las formas de colaboración y su incidencia en clave presupuestaria, sino más bien la profundización en sus fundamentos conceptuales sin evidencias comparativas de carácter económico-financiero. HALL, J., “Private Opportunity, Public Benefit?”, *Fiscal Studies*, vol. 19, nº 2, Mayo, 1998. Tal examen puede encontrarse también en ALLEN, G., *op. cit.*

cuyas conclusiones cristalizaron en la adopción de una serie de medidas reformadoras del sistema en orden a favorecer el adecuado desarrollo de los proyectos, y se determinó la eliminación del *universal testing*, regla por la cual debía comprobarse la opción de financiación privada en todos los proyectos de inversión³¹. Ello dio como resultado un ambicioso programa de proyectos de infraestructuras en diversos sectores como el transporte, la defensa, la sanidad, los edificios públicos o la justicia bajo el modelo de financiación de la *PFI* y diversos esquemas para su articulación jurídica, si bien el más extendido fue el *DBFO* (*Design, Build, Finance and Operate*), una fórmula contractual de base concesional que heredó las características de la figura *BOT*, y que encomendaba al sector privado el diseño y construcción de los activos, su financiación, y la operación de los servicios no esenciales³².

³¹ Los *Bates Reviews* deben su nombre a Malcom Bates, presidente de *Pearl Assurance*, que fue encargado de realizar el proceso de revisión de la *PFI*.

³² Desde la perspectiva de la financiación se distinguen tres tipos de proyectos en el marco de la *PFI*:

1. Proyectos autofinanciados o *financially free-standing projects*: en los cuales el coste de la inversión puede ser recuperado a través de los cánones pagados por los usuarios del servicio. El sector público interviene en la planificación y autorización del proyecto, estableciendo un régimen de monopolio privado con regulación pública. Un ejemplo sería la construcción de puentes con peaje como el *Sky Bridge* o el *Second Severn Bridge*.
2. *Joint ventures*: proyectos conjuntos entre los sectores público y privado en los que el coste de la inversión no puede recuperarse mediante cánones, y el Estado debe subsidiar parte del mismo compensando al privado de los beneficios sociales que existan. Algunos ejemplos serían el *Manchester's Metrolink*, *The Docklands Light Railway* o *The Channel Tunnel*.
3. Compra de servicios por el Estado: los más conocidos *DBFO* en los que el privado se responsabiliza de la inversión y el sector público sólo adquiere servicios a éste bajo unos estándares de calidad. Los pagos por el servicio difieren según el tipo de proyecto y el grado de riesgo que se transfiera y los incentivos establecidos pudiendo establecerse en base a la disponibilidad del servicio para ser utilizado por el Estado o por los usuarios (*availability payments*), o bien según la demanda o utilización efectiva de dichos servicios (*trigger payments*). Es el caso de los proyectos de prisiones y carreteras sin peaje (en éstas el mecanismo de pagos por el Estado en base a disponibilidad o demanda, sustituyendo el peaje de los usuarios se

La generalización de este esquema se extendió por Europa alcanzando a la mayor parte de los países en el desarrollo de sus propios programas para la implementación de proyectos de infraestructuras en diversos sectores, así como en el diseño de las grandes redes transeuropeas de comunicaciones que la propia Unión Europea ha promocionado como formas de cohesión regional y contribución al crecimiento y la competitividad europeas³³.

2. Definiendo el concepto de colaboración público-privada.

Los *public-private partnerships* han sido considerados como la última forma institucional de colaboración entre los sectores público y privado, y su aceptación generalizada en los últimos años apunta a su consolidación como fórmula de contratación pública, si bien es todavía un “concepto controvertido” que encierra multitud de significados en él³⁴. Existen multitud de definiciones dependiendo del enfoque utilizado y su amplitud, no obstante, coinciden básicamente en una consideración jurídico-relacional de índole colaborativo entre ambos sectores para el logro de sus respectivos objetivos mediante la puesta en común de prestaciones y compromisos.

denominó comúnmente “*shadow toll*” o peaje en sombra). Innumerables ejemplos se documentan en proyectos de carreteras o prisiones en Reino Unido.

³³ La Comisión Europea ha jugado un papel fundamental en esta materia a juzgar por el énfasis que ha puesto en el uso de fórmulas de colaboración para la implementación de las *Trans European Networks* (TENs) en los sectores del transporte, la energía y las telecomunicaciones. KINNOCK, N., “Transport Policy Needs at the End of the Century”, *European Business Journal*, vol. 10, nº 3, 1998.

³⁴ Cfr. SAVAS, E.S., *Privatisation and Public-Private Partnerships*, Chatham House Publishers, Nueva York, 2000. La expresión “concepto controvertido” (*contested concept*) la encontramos en LINDER, S., “Coming to Terms with Public-Private Partnerships: A Grammar of Multiple Meanings”, *American Behavioural Scientist*, vol. 43, nº.1, 1999. Siguiendo a LINDER pueden reconocerse hasta seis contenidos distintos del término, que permiten su concepción como reforma de la gestión, transformación de problemáticas, regeneración moral, traslación de riesgos, reestructuración de los servicios públicos y reparto de poder.

En un sentido amplio el concepto nos conduce a cualquier tipo de colaboración entre organizaciones del sector público y privado o más concretamente, empresas de cooperación entre el Estado y negocios privados, delimitando un vasto ámbito relacional entre ambas esferas³⁵. LAWATHER los define como “un acuerdo de roles y relaciones en el cual dos o más entidades públicas y privadas se coordinan de forma complementaria para alcanzar sus respectivos objetivos a través de la búsqueda conjunta de uno o más objetivos comunes”³⁶. Esta concepción laxa del término ha recibido un amplio tratamiento doctrinal a lo largo de los años, facilitando su puesta en práctica de forma habitual en países como Estados Unidos en diferentes ámbitos de la esfera pública y con un extenso espectro de objetivos y aplicaciones. Así, la forma institucional de los *public-private partnerships* varía, pudiendo aparecer como entidades formales conjuntas, un acuerdo para cooperar o simplemente una organización nueva en la que tanto lo público como lo privado participen³⁷.

La exploración teórica acerca de los caracteres y principios esenciales que informan los esquemas de colaboración público-privada resulta capital de cara a su óptima comprensión y efectiva puesta en práctica dado que el diferente alcance que en cada país tiene el concepto *public-private partnerships*. Así, en la mayor parte de Europa y en Australia el término *public-private partnerships* (PPP) se identifica con los proyectos incluidos en la *Private Finance Initiative* (PFI) británica,

³⁵ Cfr. GREVE, C. y EJERSBO, N., *When Public-Private Partnerships Fail*, Nordisk Kommunal forskningskonference, Odense, Noviembre-Diciembre 2002; Cfr. LINDER, S., *op. cit.*

³⁶ LAWATHER, W.C., *Contracting for the 21st Century: A Partnership Model*, The PricewaterhouseCoopers Endowment for the Business of Government, Arlington, 2002.

³⁷ Cfr. GREVE, C. y EJERSBO, N., *op. cit.*

Para el análisis conceptual y doctrinal de los *public-private partnerships* en su más amplia extensión puede verse a OSBORNE, S., *op. cit.* En particular, un concepto amplio de *partnership* podemos encontrarlo en McQAID, R. W., *The Theory of Partnership*, en OSBORNE, S., *op. cit.*

mientras que en Reino Unido el concepto *PPP* abarca, no solamente las fórmulas amparadas por la *PFI*, sino también los esquemas propios de la privatización como son la venta de activos públicos a sujetos privados o la introducción de capital privado mayoritario en empresas de propiedad pública³⁸.

Por otro lado, en Estados Unidos dicho término abarca un amplio recorrido conceptual que incluye formas muy cercanas al *outsourcing* o al *turnkey* como formas tradicionales de contratación de servicios y obras respectivamente, y en algunos ámbitos doctrinales se identifica incluso con éstos. Asimismo, se acogen en su concepto formas propias de privatización denominadas *divestiture* consistentes en la venta de activos públicos al sector privado³⁹. De manera simplificada y con las reservas que impone la filosofía de articulación de esquemas de colaboración a medida de las necesidades particulares y coyunturales de cada proyecto, se puede ilustrar una aproximación a las distintas fórmulas utilizadas habitualmente en Estados Unidos:

³⁸ En el Reino Unido, el concepto *public-private partnerships (PPP)* entendido en su sentido más estricto como formas contractuales de colaboración debe circunscribirse al término *PFI* que, aunque en si misma se define como una política pública de implementación de propuestas de financiación privada en servicios públicos, contiene las principales manifestaciones de esta figura. El término *PPP* se refiere al concepto más amplio de colaboración privada, incluyendo los esquemas de privatización: “*In the United Kingdom, the term PPP is used to describe PFI franchising arrangements, the introduction of private sector ownership into state-owned businesses and selling Government assets and services into wider markets*”. H.M. TREASURY UK, *Public-Private Partnerships: the Government’s Approach*, The Stationery Office, Londres, 2000.

³⁹ En Estados Unidos la amplitud terminológica aplicada a los *public-private partnerships* explica la inclusión en su ámbito de formas que, por trasladar a manos privadas solamente la construcción de activos, la operación de servicios o la financiación, se acercan a la consideración tradicional de contratación de obras (*turnkey*) o servicios (*outsourcing* o *contracting-out*). En su máxima expresión el concepto de *public-private partnerships* abarca desde de estas formas primigenias de participación privada en la gestión de lo público hasta los esquemas de privatización. En este sentido véase SAVAS, E.S., *op.cit.*

FUNDAMENTOS DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

FORMAS TRADICIONALES DE CONTRATACIÓN	
Build and Transfer (BT) o "Turnkey	Construcción de obras a precio cierto y con especificaciones técnicas predeterminadas por el Estado.
Operation and Maintenance (OP)	<i>Outsourcing</i> de servicios específicos.
PARTICIPACIÓN PRIVADA EN LA CONSTRUCCIÓN DE ACTIVOS	
Design and Build (DB)	Se otorga libertad al sector privado para diseñar y definir el proceso de construcción, contratándose <i>outputs</i> o resultados. Fue el primer paso hacia el concepto de <i>partnership</i> en bienes y servicios en EEUU.
Lease and Purchase (LP) Build, Lease and Transfer (BLT)	El sector privado construye y financia el activo y lo alquila al Estado para su operación por éste.
Design, Build, Lease and Maintain (DBLM) Design, Build and Maintain (DBM)	El sector privado conserva el mantenimiento del activo tras alquilarlo al Estado.
Sale and Lease-Back	El sector privado vende un activo al Estado, el cual se lo

FUNDAMENTOS DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

	alquila después al primero para que lleve a cabo la operación del servicio. Tiene una finalidad eminentemente contable
PARTICIPACIÓN PRIVADA SÓLO EN LA OPERACIÓN DE LOS SERVICIOS O FINANCIACIÓN	
Lease	Explotación de un activo por el sector privado mediante la operación de servicios de interés público a largo plazo y financiándose normalmente a través de cánones pagados por los usuarios. Equivale al concepto de <i>franchise</i> o concesión de servicios.
Lease, Develop and Operate (LDO) Lease, Renovate, Operate and Transfer (LROT)	<i>Lease</i> incluyendo la renovación de los activos por el sector privado.
Buy, Build and Operate (BBO)	<i>Lease</i> incluyendo ampliación o extensión de los activos.
Developing Finance (DF)	Fórmula de financiación privada que suele incluir el derecho a la explotación comercial del activo como contraprestación al capital privado, pudiendo consistir incluso en la construcción de explotaciones comerciales independientes. Es habitual su combinación con otros esquemas de colaboración.

FUNDAMENTOS DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

Tax-Exempt Lease	Otra fórmula de financiación privada únicamente, consistente en derechos de exacción fiscal como contrapartida al sector privado por la aportación de los fondos.
PARTICIPACIÓN PRIVADA EN LA CONSTRUCCIÓN, FINANCIACIÓN Y OPERACIÓN	
Design, Build and Operate (DBO) + esquema de financiación DF o Tax-Exempt Lease	Puede realizarse con o sin financiación y en el primer caso equivaldría al <i>DBFO</i> incluido en la <i>PFI</i> británica
Build, Operate and Transfer (BOT)	El sector privado diseña, construye y explota el activo mediante la operación de los servicios, y lo transfiere al Estado al final del periodo contractual.
Build, Transfer and Operate (BTO) Build, Own, Operate and Transfer (BOOT)	Variaciones del esquema <i>BOT</i> .
Build, Own, Operate (BOO)	El sujeto privado mantiene la propiedad del activo por lo que sus diferencias con la privatización de activos son mínimas.

Fuente: propia

Debe resaltarse, asimismo, que el margen para la germinación de diferentes fórmulas de colaboración es tan extenso como inagotables son los objetivos a conseguir y los mecanismos para ello, existiendo una vanguardia en continuo proceso de exploración para acuñar nuevas posibilidades de participación conjunta entre los sectores público y privado. Así, se apuntan fórmulas innovadoras, algunas aún en estudio otras ya en plena implementación, que anuncian un vasto territorio de acción que merece ser investigado al tiempo que empiezan a transformar la tradicional percepción de las relaciones entre lo público y lo privado y a desarmar sus coordenadas ortodoxas de actuación.

Al lado del espectro tradicional de los *partnerships*, hay otras formas por las que los recursos privados se incorporan a los programas públicos; *vouchers* y últimamente *de-regulation* y *commercialization* surgen alrededor del panorama de la colaboración⁴⁰.

Y en este planteamiento se contemplan asimismo la cooperación entre organizaciones públicas y organizaciones voluntarias como formas peculiares de *partnership*, en tanto que las relaciones entre los gobiernos y organizaciones sin

⁴⁰ Los *vouchers* son acuerdos entre la Administración y los proveedores de bienes o servicios para su prestación directa a los usuarios elegibles o subsidiados mediante sistemas de cupones o *stamps*, y su posterior reembolso por la autoridad pública.

Por *de-regulation* debemos entender aquellas formas de colaboración muy cercanas a la situación de liberalización de servicios públicos o mercados, esto es, en los que la provisión por el sector privado es total limitándose el Estado a ejercer una labor reguladora de las condiciones del servicio y los intereses generales.

La *commercialization* es una forma avanzada de colaboración aplicada normalmente a sectores de la información o la administración electrónica y que permiten la utilización de sistemas públicos de información por sujetos privados para su gestión o venta, obteniendo el Estado los correspondientes *royalties*. En otros casos el Estado opera los sistemas y paga el servicio concediendo derechos publicitarios. Cfr. NCPMP. *For the Good of the People...*, *op. cit.*

ánimo de lucro representan esencialmente formas de colaboración⁴¹. Este aspecto resulta ciertamente relevante para el análisis conceptual de los *public-private partnerships* en tanto que estas formas de cooperación general entre organizaciones públicas y privadas, habitualmente enmarcadas en un contexto material de profundo contenido social y bajo premisas finalistas relacionadas con la promoción de objetivos prestacionales nucleares, representan la esencia misma del espíritu colaborativo presente en el concepto de *partnership* y configuran los cimientos sobre los que otros esquemas más específicos deben erigirse.

La tendencia, muy extendida en la actualidad, que reduce el tratamiento doctrinal de los *public-private partnerships* al examen de las formas más complejas de provisión de bienes y servicios públicos a gran escala con significativas implicaciones financieras y amplia repercusión social obviando otras articulaciones más simples en su materialización pero extremadamente delicadas en sus planteamientos jurídico-públicos, pueden conducir a posicionamientos teóricos confusos y simplistas que despojen al concepto de sus rasgos identificativos primigenios. Surge así el riesgo de que la discusión sobre los nuevos *public-private partnerships* ignore la experiencia de aquellas relaciones público-privadas de bajo perfil pero bien establecidas entre los gobiernos y las organizaciones sin ánimo de lucro⁴².

Pero si el enfoque se centra en una perspectiva más específica relacionada con la actividad pública prestacional de bienes y servicios, su consideración se identifica con aquellas formas de colaboración entre entidades públicas y privadas

⁴¹ Cfr. SALAMON, L., *Partners in Public Service*, John Hopkins University Press, 1996.

“La externalización de servicios en colaboración con organizaciones no gubernamentales ha tenido una profunda y orgullosa tradición en Estados Unidos”, NCPPP *For the Good of the People:..., op. cit.*

⁴² Cfr. LINDER, S., *op. cit.*

para dicho fin que, reuniendo una serie de características comunes, se articulan sobre la base de la mutua confianza y la actuación en términos de igualdad. Esos rasgos compartidos configuran una relación contractual de negocios a largo plazo con procedimientos de decisión comunes y participación en los riesgos⁴³. En este sentido, podemos considerar los *public-private partnerships* como “una colaboración de cierta durabilidad entre actores públicos y privados para el desarrollo conjunto de bienes y servicios compartiendo los riesgos, costes y recursos derivados de dichos bienes y servicios” (VAN HAM, H. y KOPPENJAM, J)⁴⁴.

En esta síntesis conceptual subyace la verdadera esencia de los *public-private partnerships*, el sustrato fundamental que les da sentido como figura singular y delimita las fronteras con las formas contractuales o institucionales de provisión de bienes y servicios que tradicionalmente han protagonizado la función prestacional del sector público. La idea de colaboración, cristalizada en una relación a largo plazo de carácter contractual entre sujetos públicos y privados bajo la premisa de una acción conjunta, igualitaria y leal con participación en riesgos y decisiones debe presidir el análisis de los *public-private partnerships* como propuesta alternativa en el desarrollo de infraestructuras y servicios públicos, y bajo este prisma colaborativo y relacional debe abordarse cualquier aproximación, ya sea teórica o bien operativa, a la compleja realidad jurídico-económica subyacente en unas u otras manifestaciones de este fenómeno ya consolidado.

⁴³ Cfr. GREVE, C. y EJERSBO, N., *op. cit.*

⁴⁴ Cfr. VAN HAM, H. y KOPPENJAM, J., “Building Public-Private Partnerships”, *Public Management Review*, vol. 4, nº 1, 2001, citado en GREVE, C. y EJERSBO, N., *op. cit.*

III. LOS FUNDAMENTOS ECONÓMICOS.

1. Capital público y crecimiento económico.

De acuerdo con la doctrina económica uno de los indicadores por los que los países son juzgados es su capacidad para proveer un elevado y creciente estándar de vida a la población en relación con el resto de Estados que se fundamenta primariamente en el crecimiento económico⁴⁵. El desarrollo de infraestructuras como soporte necesario para la prestación de los servicios públicos se configura como un elemento esencial y prioritario en el planteamiento de la actividad inversora del Estado dada la importancia de aquellas para el establecimiento de una red prestacional de calidad, y en general, para el crecimiento económico, el aumento de la productividad y la competencia y la generación de empleo.

Puede decirse siguiendo a MUNNELL que “hay un acuerdo generalizado acerca de que la inversión en capital público puede expandir la capacidad productiva de un área mediante el incremento de los recursos y la intensificación de la productividad de los recursos ya existentes”, y concluir, como hace SÁNCHEZ-ROBLES, que la provisión de capital público como una de las formas a través de las que los Estados pueden promover el crecimiento económico⁴⁶. La determinación del nivel de inversión en capital público (infraestructuras) es un elemento esencial de la política económica en cuanto instrumento para la consecución del crecimiento económico y la mejora del estándar de vida de los

⁴⁵ Cfr. ERENBURG, S.J., *Linking Public Capital to Economic Performance*, Public Policy Brief Papers, nº 14, the Jerome Levy Institute of Bard College, Nueva York, 1994.

⁴⁶ MUNNELL, A., “Infrastructure Investment and Productivity Growth”, *Journal of Economic Perspectives*, vol. 6. nº 4, 1992; SÁNCHEZ-ROBLES, B., “Infrastructure Investment and Growth: Some Empirical Evidence”, *Contemporary Economic Policy*, vol. 16, nº1, Enero, 1998.

ciudadanos. Las economías capitalistas han basado su modelo de crecimiento en el estímulo de la inversión privada en equipamiento por su importancia de cara al aumento de la productividad de la economía. Así, las políticas públicas potenciaron el incremento de la inversión privada en activos físicos que, al adicionarse al stock de capital público, relanzaran el crecimiento económico, la productividad y los salarios reales y, en definitiva, el estándar de vida.

Asimismo, en la doctrina liberal el efecto *crowding out* determinaba que, en los casos en que los sectores público y privado compiten por los mismos recursos o proyectos de inversión, el aumento de la inversión en capital público tendrá un efecto negativo sobre la inversión privada provocando su disminución. Ello inspiró en gran medida las corrientes privatizadoras que presidieron la vida económica en países como Estados Unidos durante la década de los ochenta, asumiendo que una mínima presencia del Estado en las decisiones económicas conduciría al aumento de la inversión privada y por tanto de la eficiencia y productividad de la economía y a su crecimiento en general⁴⁷.

En este contexto doctrinal, sin embargo, surgieron significativos estudios empíricos que aportaron evidencias estadísticas de la relación entre la inversión pública en infraestructuras y el crecimiento económico. Autores como ASCHAUER, MUNNELL y EBERTS, entre otros, demostraron empíricamente la positiva relación entre la inversión en capital público y el crecimiento económico a través del incremento de la actividad inversora privada, y el trabajo de DELONG y SUMMERS contribuyó decisivamente a comprender la naturaleza de tal relación

⁴⁷ Cfr. ERENBURG, S.J., *op. cit.*

revelando la conexión entre la inversión privada en equipamiento y el ratio de crecimiento económico.

Asimismo, algunos estudios han reflejado la relación directa entre el capital público y la reducción de los costes de producción privada (MORRISON y SCHWARTZ), entre capital público, productividad y beneficios (LYNDE) o entre la provisión de infraestructuras por el Estado y el aumento de la actividad inversora privada (ASCHAUER, EREMBURG)⁴⁸.

Estas conclusiones, contrastadas con la demostración de la existencia de una relación directa entre la inversión en infraestructuras y la inversión privada en equipamiento, y de ésta con la productividad y los salarios reales, soportan la prueba de que la inversión en infraestructuras públicas tiene un efecto positivo, tanto a corto como a largo plazo, sobre la inversión privada, el crecimiento económico y los salarios reales, componentes esenciales del estándar de vida de la población. Se demuestra también que las externalidades positivas derivadas de la inversión en capital público (efecto *crowding in*) exceden de los efectos negativos causados por el efecto *crowding out*, convirtiéndola en netamente positiva⁴⁹.

⁴⁸ Cfr. ASCHAUER, D., "Does Public Capital Crowd Out Private Capital?", *Journal of Monetary Economics*, vol. 24, nº2, 1989; "Is Public Expenditure Productive?", *Journal of Monetary Economics*, vol. 23, 1989; MUNNELL, A., "Why Has Productivity Growth Declined? Productivity Growth and Public Investment", *New England Economic Review*, Federal Reserve Bank of Boston, Enero-Febrero, 1990; EBERTS, R.W., *Estimating the Contribution of Urban Public Infrastructure to Regional Growth*, Working Paper 8610, Federal Reserve Bank of Cleveland, 1986; DELONG, J.B. y SUMMERS, L., "Equipment Investment and Economic Growth", *Quarterly Journal of Economics*, vol. 106, nº 2, Mayo 1991; MORRISON, C.J. y SCHWARTZ, A.E., *State Infrastructure and Economic Performance*, National Bureau of Economic Research (NBER) Working Papers, nº 3981, Cambridge (Massachusetts), 1992; LYNDE, C., "Private Profit and Public Capital", *Journal of Macroeconomics*, vol. 14, nº1, 1992; EREMBURG, S.J., *The Relationship Between Public and Private Investment*, The Jerome Levy Economics Institute Working Papers, nº 85, Febrero, 1993, todos ellos citados en EREMBURG, S.J., *Linking Public Capital...op. cit.*

⁴⁹ *Ibid.*

2. Consideraciones económicas acerca de la provisión de bienes y servicios públicos: provisión pública *versus* provisión privada.

Reafirmada la necesidad de invertir en capital público desarrollando redes de infraestructuras que den soporte material al sistema público de servicios, se plantea la cuestión de qué agente económico debe proveerlas. Una de los principales cometidos de las políticas económicas de los gobiernos es la asignación de la responsabilidad en la provisión de bienes y servicios entre los sectores público y privado, estableciendo los respectivos papeles que el Estado y el mercado libre deben desempeñar en producción y distribución de los mismos. Las doctrinas ultracapitalistas imperantes durante la década de los ochenta abogaban por el mínimo protagonismo del Estado en la vida económica al asumir que, dado el limitado número de decisiones económicas que deben afrontarse en una economía de mercado y la ineficiencia inherente a cualquier decisión pública en si misma, el menor número posible de decisiones tomadas por el sector público necesariamente aumentaría el margen de actuación del sector privado mediante la acción de las propias fuerzas del mercado contribuyendo al crecimiento de la eficiencia y la productividad de la economía.

El problema de esta teoría es la asunción de lo que viene a llamarse la “falacia de las decisiones limitadas”, en base a la consideración de que en una economía de mercado además de bienes privados también deben producirse bienes públicos, y en lo que respecta a la provisión de éstos últimos la idea de la ineficiencia inherente a la actividad del sector público pierde por completo su virtualidad⁵⁰.

⁵⁰ ERENBURG, S.J, *Linking Public Capital...*, *op. cit.*

2.1 Bienes públicos y cuasi-públicos: los fallos del mercado.

La doctrina distingue entre distintos tipos de bienes en la economía, cuya diferente naturaleza y características condicionan decisivamente el modo en que deben ser provistos y distribuidos. Así, los bienes privados son producidos para su consumo individual y excluible, de manera que sólo aquellos que paguen por su utilización podrán beneficiarse de ellos e, igualmente, disfrutan de la nota de rivalidad que determina que su consumo por unos usuarios impide su utilización por los demás. La producción de este tipo de bienes se desarrolla eficientemente en libre competencia bajo las reglas del mercado por lo que su provisión se encomienda a la iniciativa privada asegurando la adecuada utilización de los recursos.

Por el contrario, los bienes considerados públicos presentan los rasgos de indivisibilidad, no exclusión y no rivalidad, lo que implica que ningún usuario puede ser excluido de su consumo independientemente de que pague o no por su uso y que tal consumo no rivaliza con el de los demás de manera que todos los ciudadanos pueden disfrutar de los mismos bienes a la vez. Es el caso típico de la defensa nacional o la justicia, en tanto que su provisión universal no puede dividirse en unidades de consumo individuales pudiéndose disfrutar al mismo tiempo por todos los individuos sin exclusión en función del pago.

Esta característica fundamental hace que, en tanto no se puede evitar que los usuarios que no pagan por el bien o el servicio tengan el mismo acceso a su consumo, su provisión en condiciones de mercado libre no sea rentable para el sector privado, no existiendo empresas interesadas en asumir tal provisión. Ante el fallo del mercado en proveer tales bienes y servicios es el Estado el que

necesariamente debe hacerse cargo de ella, y tal posibilidad se hace realidad gracias al poder recaudador de que disfruta y que permite que todos los ciudadanos que consumen tales bienes de forma universal contribuyan con las exacciones tributarias al pago por su utilización.

Otro característico fallo del mercado en relación con los bienes públicos trae causa en las condiciones de monopolio natural que acompañan a la provisión de estos bienes y que impiden la eficiente utilización de los recursos por la sola acción de las fuerzas del mercado. Estas condiciones se caracterizan por la existencia de costes de producción decrecientes, esto es, el coste por unidad producida desciende a medida que aumenta el número de *outputs*, y en ellas la actuación de varias compañías en libre competencia resulta ineficiente en tanto la producción resultará a un coste superior al que correspondería en caso de existir una única compañía en el mercado. Pero, aún en el caso de permitirse la existencia de una firma actuando sin regulación en el mercado, la falta de competencia provocaría que la cantidad de *outputs* producida quedase por debajo del óptimo y su coste, sin embargo, fuese superior a éste. En tal caso el mercado es incapaz de aportar el necesario equilibrio entre los niveles de producción y un precio competitivo, mientras que la producción o regulación de estos bienes por el sector público permite un más eficiente uso de los recursos⁵¹.

Respecto de la provisión pública o privada de los bienes considerados como públicos debemos partir del escenario propuesto a finales de los años ochenta por GROSSMAN y HART y HART y MOORE acerca de la importancia de los derechos de propiedad de los activos en las relaciones a largo plazo,

⁵¹ *Ibid.*

explorando el diferente comportamiento que los bienes de carácter público tienen en el mismo. Dicho modelo pretendía resolver la cuestión sobre qué sujeto, público o privado, debía asumir la responsabilidad de proveer las infraestructuras y concluía que los derechos de propiedad sobre los activos (infraestructuras) debían ser ostentados por aquella de las partes de la relación que proporcionara una eficiencia marginal mayor⁵².

Sobre esta base doctrinal, destaca la aportación de BESLEY y GHATAK acerca del “beneficio alternativo” motivado por la naturaleza pública de dichos bienes⁵³. Los autores demuestran que la propiedad y el poder de negociación sobre los activos que permiten obtener beneficios en la relación por la apropiación del plus proveniente de las inversiones realizadas no deben ser ostentadas por la parte que más eficiencia marginal aporte ya que los bienes públicos conceden también un “beneficio alternativo” cuya valoración debe tenerse en cuenta (por ejemplo el interés educativo o asistencial presente en la construcción de una nueva escuela o un hospital respectivamente). En este sentido el poder de negociación aparece también en aquella de las partes que más interés tenga en

⁵² En una relación a largo plazo en la que se realizan inversiones específicas previas que producen un valor añadido, la parte que goza de la propiedad sobre los activos obtiene un mayor poder de negociación frente a la otra en relación con apropiación de dicho valor. En caso de que las relaciones se resuelvan, el propietario de los activos tendrá más poder para renegociar y apropiarse de dichas inversiones y dicha posición le conferirá un mayor incentivo a realizarlas con carácter previo. Los autores afirman que la propiedad deberá situarse, por tanto, en la parte que mayor eficiencia aporte en la realización de esas inversiones previas en tanto que su mayor incentivación para llevarlas a cabo dará lugar a un aumento neto de la eficiencia en la relación. Así, el Estado debe traspasar la iniciativa al sector privado en el diseño, construcción, financiación y operación de infraestructuras sólo en el caso de que resulte más eficiente que aquel. GROSSMAN, S. y HART, O., “The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration”, *Journal of Political Economy*, vol. 94, 1986; HART, O. y MOORE, J., “Property Rights and the Nature of the Firm”, *Journal of Political Economy*, vol. 98, Diciembre, 1990.

⁵³ Cfr. BESLEY, T. y GHATAK, M., “Government versus Private Ownership of Public Goods”, *Quarterly Journal of Economics*, vol. 116, nº 4, 2001.

dicho beneficio alternativo, habitualmente será el sector público, y las inversiones realizadas en relación con él aumentarán su valor y consecuentemente reforzarán la posición negociadora de la parte interesada⁵⁴. Ello lleva a la conclusión de que la propiedad de los activos, en el caso de los bienes públicos, debe ostentarse por aquella parte que más interés tenga en la consecución del beneficio alternativo, maximizando la inversión en el mismo, rompiendo la tendencia seguida por el modelo de GROSSMAN y HART y HART y MOORE que abogaba por su traslación a la parte más eficiente. Así, se justifica que en la provisión de bienes públicos en condiciones de monopolio natural la mayor eficiencia del sector privado resulta irrelevante⁵⁵.

Estas circunstancias definieron tradicionalmente el escenario en el que se imponía la provisión directa por parte del Estado. La existencia, no obstante, de otros bienes en los que los rasgos propios de los bienes públicos no aparecen en toda su pureza, o lo que es lo mismo, comparten características de ambos tipos de bienes, públicos y privados, los sitúa en un plano intermedio en el que la provisión admite diversas combinaciones entre la responsabilidad ambos sectores sobre las funciones a realizar, matizando las condiciones que la naturaleza de los bienes y las condiciones del mercado imponen sobre su producción.

Los llamados bienes cuasi-públicos delimitan en un sentido abstracto y general el escenario en el que los *public-private partnerships* van a surgir y desarrollarse en toda su extensión. En aquellos casos en que el sector público no estaba satisfecho con la forma y el resultado derivados de la provisión de

⁵⁴ No obstante, organizaciones no gubernamentales, grupos sociales o comunidades podrían ostentar este interés incluso por encima del propio Estado.

⁵⁵ Cfr. ERENBURG, S.J., *Linking Public Capital...*, *op. cit.*

determinados bienes por el mercado libre, asumía el protagonismo en su prestación directa. En unos casos por razones relacionadas con la indivisibilidad y no exclusión de los bienes (las carreteras), por el valor social de los mismos (sanidad, educación) o bien por las condiciones de monopolio en que devenía el mercado ante la presencia de economías de escala respecto al tamaño del mismo (el caso de *utilities* o servicios públicos de carácter económico), el sector público podía adoptar diversas fórmulas en relación con su provisión que implicaran diferente distribución de la responsabilidad sobre las distintas funciones entre él mismo y el sector privado⁵⁶.

Como refleja VICKERMAN las infraestructuras públicas raramente cumplen todos los criterios para considerarse bienes públicos, y el caso de las carreteras, puentes, sistemas de saneamiento y abastecimiento de agua y algunas redes de telecomunicaciones son ejemplos de este tipo de bienes; se clasifican como *near-public goods* por cuanto su consumo es compartido por todos los usuarios a pesar de que aquellos que no paguen por su uso pueden ser excluidos del mismo⁵⁷. Por ello, los fallos del mercado en relación con la provisión de estos bienes marginan la acción independiente del mercado libre, por lo que el Estado debe tomar protagonismo sobre la prestación de los mismos, bien directamente a través de sus medios propios, mediante la regulación del mercado o contratando con el sector privado⁵⁸.

⁵⁶ Cfr. DE BETTIGNIES, J. E. y ROSS, T, "The Economics of Public-Private Partnerships", *Canadian Public Policy- Analyse de Politiques*, vol. 30, nº 2, 2004.

⁵⁷ VICKERMAN, R, *The Regional Effects of Experience with the Private Finance of Transport Infrastructure: Some Evidence from the UK*, 43th Congress of European Regional Science Association, Jyvaskyla, Agosto 2003; Cfr. ERENBURG, S.J., *Linking Public Capital...*, *op. cit.*

⁵⁸ La provisión directa por el Estado en este tipo de bienes se canalizó habitualmente a través de la actuación de la Administración Empresarial en una búsqueda de mayor flexibilidad y eficiencia en

2.2 *La idoneidad económica de los esquemas de participación privada: aportaciones doctrinales.*

a) Efectos sobre la estructura del mercado: competencia *ex ante* y regulación.

A partir de los cambios en la financiación pública y la liberalización de las economías en la década de los ochenta se produjo una traslación conceptual en el campo de las infraestructuras, pasando muchas de ellas a ser consideradas como bienes cuasi-públicos y susceptibles por tanto de participación privada en su provisión a través de medidas encaminadas a la regulación de los mercados o el establecimiento de tarifas a los usuarios por el uso del servicio como el caso más típico de las carreteras de peaje⁵⁹. El objetivo es evitar los problemas de exclusión o rivalidad que presentaban algunas infraestructuras consideradas como bienes públicos, permitiendo así la entrada del sector privado en su construcción, financiación u operación, y la consecuente aportación en términos financieros y de eficiencia.

De tal manera, unos bienes que por su naturaleza debían ser necesariamente provistos por el Estado sin posibilidad de integrarse en un mercado libre en competencia, encuentran la vía para beneficiarse de las ventajas que el sector privado incorpora a la gestión pública, y de una forma de

la consecución de los objetivos públicos gracias a unas entidades específicas dotadas de medios necesarios y una normativa más benigna que aflojaba el corsé del control público, acercando su actuación a criterios empresariales. La creación de empresas de titularidad pública para la prestación de estos servicios se generalizó en todos los sectores, si bien la ineficacia en su acción y la falta de rigor en la utilización eficiente de los recursos públicos asignados, que obligaban a continuas inyecciones de capital para afrontar su saneamiento, alejaron la práctica de los objetivos deseables. Dicha ineficiencia se convirtió en uno de los argumentos esgrimidos por los gobiernos de corte liberal para acometer reformas privatizadoras y potenciar la participación privada en los servicios públicos.

⁵⁹ Cfr. REGAN, M., *Public-Private Partnerships: a Review of the Evidence*, Research Paper 05/05, Australian Centre of Public Infrastructure, University of Melbourne, Melbourne, 2005.

competencia *ex ante* propia de las licitaciones públicas que introduce la competición “por el mercado” en lugar de “en el mercado” contribuyendo a la reducción de costes, incremento de la calidad y la innovación por los licitantes en los casos de monopolio natural en los que no cabe el mercado competitivo⁶⁰. En tales casos, como es el de muchas de las infraestructuras asociadas a servicios públicos, la alternativa a su prestación directa por el sector público pasa necesariamente por la colaboración con el sector privado en el reparto de las funciones y responsabilidades inherentes a su desarrollo en busca de parte de los efectos beneficiosos propios de la competencia en ausencia de libertad total de mercado. Las fórmulas serán diversas en función de la estructura de dicho mercado y el grado monopolístico que presente, abarcando desde un escenario de semi-liberalización con tutela regulatoria del Estado en los casos de menor presencia monopolística, pasando por las distintas formas de *public-private partnerships*, especialmente las de base concesional, que armonicen el necesario control del sector público y el saludable efecto de la competencia en aquellos mercados más rígidos en el plano competitivo.

En un mercado con ligeras tensiones monopolísticas la competencia actúa bajo la influencia de las medidas regulatorias estatales que ayudan a las fuerzas del mercado a encontrar el equilibrio necesario en la utilización eficiente de los recursos, corrigiendo los fallos derivados de la competencia abierta en sectores con tal estructura. Regulaciones conducentes a la determinación del número óptimo de empresas que pueden actuar en el mercado, mediante la concesión de las oportunas licencias, o la fijación de la política de precios permiten acomodar la

⁶⁰Cfr. DEMSETZ, H., “Why Regulate Utilities”, *Journal of Law and Economics*, vol. 11, 1968; véase BEL, G., *Privatización, desregulación y ¿competencia?*, Bel, G. (ed.), Civitas, Madrid, 1996.

provisión de ciertos bienes y servicios a un entorno competitivo evitando los desequilibrios que las fuerzas del mercado por si solas provocarían. Con carácter general los Estados establecen la regulación en aras de la mejora del comportamiento de un sector, concepto que puede significar desde la mejora de la competencia y la riqueza hasta la protección de usuarios y operadores frente al propio mercado o decisiones políticas oportunistas⁶¹.

Cuando las tendencias monopolísticas se hacen más severas, la introducción de la competencia deberá articularse a través de la licitación pública para que el sector privado provea el bien o servicio en régimen de monopolio.

Bajo estas premisas básicas pueden identificarse, sin embargo, escenarios complejos en los que la propia estructura del mercado dificulta en gran medida la implementación de las adecuadas políticas públicas conducentes a la ordenación del régimen de provisión de bienes y servicios. Siguiendo a KERF y KLEIN

⁶¹ La regulación de los mercados, como una de las formas de intervención del Estado en la economía, adquiere diversas modalidades y objetivos, pudiendo aplicarse a mercados en competencia abierta para garantizar el interés general en la prestación de los servicios públicos o condiciones del mercado, o para determinar la propia estructura del mercado en casos en que no sean totalmente competitivos. En el ámbito de las *utilities infrastructures*, esto es, las incluidas en los sectores de la electricidad, el gas, el agua y las telecomunicaciones, JAMISON, BERG, GASMI y TÁVARA fijan las finalidades de la regulación alrededor del concepto de “*improved sector performance*” que abarca tres aspectos: por un lado, el control de las fuerzas del mercado y la mejora de la competencia, en segundo lugar compromisos públicos hacia la protección de consumidores y operadores frente a los fallos propios del mercado o decisiones políticas coyunturales que amenacen la eficiencia a largo plazo, y por último, el aumento de la riqueza entendida como los beneficios agregados que genera el propio servicio público para los consumidores, operadores y las externalidades positivas existentes. Los propios autores ofrecen unas extensas referencias doctrinales respecto al concepto de regulación, su proceso e implicaciones; JAMISON, M. A., BERG, S. V., GASMI, F. y TÁVARA, J. L., *The Regulation of Utility Infrastructure and Services: An Annotated Reading List*, the Public Private Infrastructures Advisory Facility (PPIAF) and The World Bank, 2005. En el ámbito de la Unión Europea, un tratamiento preciso de la regulación económica puede encontrarse en CRUZ FERRER, J. de la, *Principios de Regulación Económica en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2002.

aparecen, por un lado, aquellos mercados cuyas condiciones no facilitan la determinación a priori de su condición competitiva o monopolística, los llamados “potencialmente competitivos”, en los que la introducción de esquemas concesionales podría limitar la posible competencia en el mercado o bien resultar más eficientes que la liberalización del mismo dependiendo de las tendencias que finalmente se impongan⁶².

En esta disyuntiva debe tenerse presente el alcance de los efectos negativos que la implementación de un esquema concesional puede plantear en el seno de un mercado potencialmente competitivo, y que derivan del concepto de exclusividad propio del monopolio legal que suele acompañar la actuación en régimen de monopolio natural. Cuando las condiciones naturalmente monopolísticas de un mercado impiden la actuación eficiente en competencia y aconsejan la existencia de un único proveedor, originariamente el Estado, la licitación por éste de una concesión para la provisión de los bienes y servicios necesarios otorga a un particular el derecho a prestar las funciones objeto de licitación por delegación de aquel y en régimen de monopolio, es decir, de forma exclusiva (la licitación pública establece competencia para acceder al mercado, pero el adjudicatario final de la concesión actuará en éste de forma monopolística)⁶³.

⁶² KERF, M. y KLEIN, M., *op. cit.*

Según El Banco Mundial son considerados habitualmente como monopolísticos en la provisión de infraestructuras los sectores de distribución de agua, distribución eléctrica, distribución de gas, infraestructuras viarias para ferrocarril y carreteras. Por otro lado, se definen como potencialmente competitivos la generación eléctrica, la producción de gas, el abastecimiento de electricidad y gas, las telecomunicaciones (telefonía móvil) y el servicio ferroviario.

⁶³ Este concepto se distingue con el término “*franchise*” en la literatura económica. Cfr. KLEIN, M. W., *Bidding for Concessions*, World Bank Policy Research Working Papers, nº 1957, El Banco Mundial, Agosto, 1998.

La habilitación legal contenida en la adjudicación del derecho concesional otorga al concesionario un derecho de exclusividad sobre la provisión que lo convierte en titular de un monopolio legal, sin posibilidad de que ningún otro operador participe en el mercado en tanto tal derecho tenga vigencia, y cuyos efectos económicos deben evaluarse cuidadosamente. Por un lado, existe una incidencia positiva consistente en el reforzamiento de la concesión y la protección de la posición del concesionario frente a una eventual entrada de otros competidores, evitando la ineficiencia que se derivaría en el caso de que el mercado fuese o deviniese naturalmente monopolístico y con ello haciendo más atractiva la concesión para los posibles licitantes y permitiendo al sector público su planteamiento con unas mejores condiciones. Al mismo tiempo, no obstante, la situación legal de protección en el mercado que la exclusividad concede al concesionario puede incidir en una falta de incentivos por parte de éste para la mejora en su actuación más allá de sus obligaciones contractuales, así como significar en si misma un riesgo en el caso de que las condiciones del mercado se revelasen proclives a la competencia abierta por la limitación que para ésta supondría la imposibilidad legal de entrada de otros operadores.

En este escenario se apunta la posibilidad de licitar concesiones que no concedan la exclusividad en la provisión del mercado al adjudicatario, o que la otorguen sólo durante una parte del plazo total de concesión, dejando abierta una eventual entrada de otros competidores⁶⁴. La simple amenaza de competencia puede espolear al concesionario a incrementar la calidad y eficacia de su prestación, incentivándole incluso para extender el servicio a otras áreas

⁶⁴ Diversos ejemplos se recogen en GUISLAIN, P., *The Privatization Challenge: a Strategic, Legal and Institutional Analysis of International Experience*, El Banco Mundial, Washington DC, 1997.

desabastecidas en el límite de acción de la concesión y, por otro lado, se mitiga el riesgo de error en la elección de la fórmula de provisión en el caso de que el mercado se decante finalmente como competitivo⁶⁵. Esta complejidad se acentúa en los casos frecuentes en que ambas estructuras conviven en las distintas fases o instancias presentes en la producción de un bien o servicio, presentándose unas de corte monopolístico en íntima relación con otras potencialmente competitivas.

En estas circunstancias, las políticas públicas deben enfocarse hacia un análisis profundo del mercado con carácter previo a la toma de decisiones sobre la forma de provisión de las infraestructuras o servicios que sean necesarios, planteándose la posibilidad de medidas que reformen su estructura en orden a una más eficiente utilización de los recursos⁶⁶. Así ocurre, por ejemplo, en sectores como el de la energía eléctrica o el gas, en los que las distintas fases o procesos pueden tener condiciones de mercado diferentes, siendo la producción o generación y el abastecimiento potencialmente competitivos mientras que la distribución disfruta condiciones de monopolio natural, y resultando, por tanto, aconsejable medidas que separen verticalmente dichos procesos en mercados independientes que permitan aplicar formas de provisión adecuadas a cada uno de ellos.

De tal manera, pueden liberalizarse los mercados potencialmente competitivos de producción y abastecimiento en competencia, aún regulada, favoreciendo el posible desarrollo de la competitividad y establecer la provisión

⁶⁵ KERF, M., y KLEIN, M., *op. cit.*

⁶⁶ Destacar que la propia organización administrativa determinará en gran medida la estructura de los mercados de bienes y servicios públicos, que vendrán delimitados por un criterio competencial, circunscribiéndose al ámbito territorial propio de las instancias administrativas en que resida la competencia sobre la provisión de dichos servicios.

de las infraestructuras y el servicio de distribución en régimen de concesión introduciendo los beneficios de la competencia *ex ante* en un sector monopolístico mediante la colaboración del sector privado⁶⁷. Estas medidas de separación de los mercados pueden producirse igualmente de forma horizontal cuando la necesaria disgregación se efectúe en un mismo plano funcional, creando distintos mercados a nivel regional en un mismo sector o en función de criterios operativos⁶⁸.

b) La teoría de los contratos incompletos.

En el diseño, construcción y operación de las infraestructuras que dan soporte a los servicios públicos el valor añadido generado por la realización de inversiones específicas para el proyecto por parte de los sujetos intervinientes en el mismo determina decisivamente el devenir de la relación contractual entre el proveedor y el sector público haciendo más eficiente para ambos su mantenimiento en el largo plazo respecto de una eventual resolución y posterior cambio de las partes⁶⁹.

⁶⁷ Ejemplos de estas actuaciones se documentan por el Banco Mundial en países como Argentina, Australia, Colombia, Nueva Zelanda o Reino Unido.

⁶⁸ Por ejemplo, la separación del sector ferroviario en mercados regionales (Argentina y Méjico), o los servicios de telefonía entre local o larga distancia (Argentina, USA, Hong Kong).

⁶⁹ En el caso de que el diseño, construcción de una infraestructura (carretera, puente, prisión u hospital) y la operación el servicio correspondiente se encomiende por el Estado a un sujeto privado, ambas partes realizan una serie de inversiones específicas para la implementación de dicho proyecto. El proveedor invierte en un activo físico bajo las condiciones peculiares que, con mayor o menor flexibilidad, impone la concreta realidad del servicio público para el que aquel ha de servir. El sector público, por su parte, también invierte previamente sus esfuerzos en el proyecto en términos de planificación, licitación, diseño y recursos. Ello determina que, una vez iniciada la relación contractual entre ambos, su ruptura supondría la pérdida de la eficiencia representada por esas inversiones específicas para esa relación, ya que ni el activo ni los recursos aportados por las partes servirían de igual forma para las diferentes necesidades o características de otros clientes o proveedores.

La voluntad de apropiación de dicho valor por ambos sujetos, proveedor y cliente, aboca su relación comercial a escenarios de conducta oportunista y a la multiplicación de negociaciones, aumentando consecuentemente los costes de transacción que éstas producen y la ineficiencia global de una relación a largo plazo como la presente en la provisión de infraestructuras. La eliminación o mitigación de estas denominadas ineficiencias *ex post* debe encauzarse mediante la articulación de contratos a largo plazo que contemplen adecuadamente en su clausulado la compleja riqueza de previsiones y matices necesarios para evitar el recurso a la renegociación por las partes a lo largo del periodo de vigencia de la relación y reducir el coste de las transacciones que de ello se derivan⁷⁰.

Sin embargo, la praxis de las relaciones comerciales a largo plazo resulta altamente compleja e impredecible de manera que no solamente se antoja difícil la previsión de todas las posibles contingencias que pudieran afectar a las partes durante la vigencia de las mismas sino que, aún pudiendo preverlas, su adecuada cobertura contractual aparece cuanto menos que imposible en los parámetros habituales de actuación. Estas circunstancias de imprevisibilidad son las que definen a este tipo de contratos como incompletos, en tanto que un acuerdo escrito es ineficiente para eliminar o reducir las ineficiencias *ex post* que devienen en la relación comercial, al no poder prever y dar cobertura a las eventuales contingencias a largo plazo.

La teoría de los contratos incompletos ha sido desarrollada por numerosos autores desde COASE o KLEIN, CRAWFORD y ALCHIAN, que impulsaron la idea de que el carácter incompleto de estas relaciones impide la redacción de

⁷⁰ Cfr. DE BETTIGNIES, J. E. y ROSS, T., *op. cit.*

contratos a largo plazo que eviten las ineficiencias provocadas por las inversiones específicas, abocando la relación entre proveedor privado y sector público a continuas negociaciones y revisiones que disparan los costes de transacción y hacen ineficiente el esquema prestacional⁷¹. Por ello, en el caso de contratos altamente incompletos se hace aconsejable la integración vertical de las distintas funciones del proceso de provisión en un único sujeto, el Estado, de forma que se eviten las renegociaciones que la naturaleza de la relación generaría y se refuerce la eficiencia en la utilización de los recursos⁷². Este sería el escenario propio de la provisión pública de infraestructuras y servicios, en tanto que la colaboración publico-privada mediante la participación del sector privado como proveedor de las funciones de diseño, construcción y operación resultaría a todas luces ineficiente⁷³.

En este contexto teórico de los contratos incompletos podemos encuadrar las aportaciones de GROSSMAN y HART y HART y MOORE, a las que ya se ha hecho referencia anteriormente en este trabajo, y que desplazaron el enfoque

⁷¹ Cfr. COASE, R., "The Nature of the Firm", *Economica*, vol. 4, nº 16, 1937, traducción española en Coase, R., *La empresa, el mercado y la ley*, Alianza Editorial, Madrid, 1994; KLEIN, B., CRAWFORD, R y ALCHAIN, A., "Vertical Integration, Appropriable Rents and the Competitive Contracting Process", *Journal of Law and Economics*, vol. 21, 1978.

⁷² El grado de complejidad e imprevisibilidad de la relación comercial, que determina el carácter incompleto del contrato, dependerá de la infraestructura o servicio que se provea. Se distinguen a modo de ejemplo infraestructuras simples y relativamente previsibles como la construcción de un puente, en las que cabría participación privada, de otras más complejas como las relacionadas con servicios sanitarios que aconsejan la integración vertical mediante su provisión por parte del sector público. Cfr. CROCKER, K y MASTEN, S., "Regulation and Administered Contracts Revisited: Lessons from Transaction-cost Economics for Public Utility Regulation", *Journal of Regulatory Economics*, vol. 9, nº 1, 1996.

⁷³ Cfr. DE BETTIGNIES, J. E. y ROSS, T, *op. cit.* En el mismo sentido, se trata la eficiencia de las distintas formas de provisión de servicios públicos, prestación pública, mediante colaboración público-privada (concesión) y por el sector privado en competencia, en relación con la teoría de los contratos incompletos: la realización de inversiones específicas y el grado de complejidad e imprevisibilidad de la relación. CROCKER, K y MASTEN, S., *op. cit.*

doctrinal hacia la importancia de los derechos de propiedad en las relaciones de provisión de infraestructuras y servicios. Señalan estos autores que, en el seno de una relación de carácter incompleto, la parte que ostenta los derechos de propiedad sobre los activos o inversiones específicas gozará de un mayor poder negociador y una posición de ventaja en caso de eventuales resoluciones contractuales y ello hará que su incentivo para realizar dichas inversiones sea mayor⁷⁴.

La propiedad de los activos deberá residir, por tanto, en la parte que aporte mayor eficiencia marginal en la realización de las mismas ya que su superior incentivo para invertir conducirá a un incremento de la eficiencia total de la relación prestacional. En ese sentido, cuando una infraestructura se presta mediante un esquema de colaboración público-privada el Estado transfiere la propiedad económica sobre los activos al sector privado, que resultando en una mejor posición negociadora, ganará incentivos para invertir e innovar en aquellos a la vez que el sector público pierde dicha ventaja. Solamente si el sujeto privado puede resultar más eficiente que el público en la realización de dicho proceso inversor deberá afrontarse este tipo de provisión a través de la licitación de una fórmula concesional, pues ello conduciría a un aumento de la eficiencia en la provisión del servicio, reservándose el Estado la provisión directa en caso contrario.

En esta arquitectura argumentativa sobre los escenarios de idoneidad de las formas de provisión privada de infraestructuras en relación con la más

⁷⁴Estos autores señalan que el control sobre los activos concede mayores “alternativas externas” para el propietario que para la otra parte en caso de ruptura de la relación. GROSSMAN, S. y HART, O., *op. cit.*; HART, O. y MOORE, J., *op. cit.*

tradicional prestación pública, la contribución de HART, SHLEIFER y VISHNY conduce el debate hacia el examen de la provisión privada desde la delicada perspectiva de la contraposición entre eficiencia y calidad, subrayando que un aumento en la mayor eficiencia del sector privado a través de la reducción de los costes debe ser equilibrado con una correlativa disminución de la calidad del servicio⁷⁵. Siguiendo los postulados lógicos enunciados por la teoría de los contratos incompletos los autores afirman que el sujeto privado, al ostentar la propiedad sobre los activos, gozará de mayores incentivos para aumentar la eficiencia en la inversión a través de la reducción de los costes pero ello a costa de no asumir los efectos negativos que dicha reducción tendrá sobre la calidad en la prestación del servicio. Así, el aumento de eficiencia se conducirá mediante inversiones improductivas que reducen los costes a la vez que disminuyen la calidad prestacional, denominadas *corner-cutting* o *quality-shading*, y la decisión entre la provisión privada o pública dependerá entonces de la importancia que para el servicio público que se trate signifique este balance entre eficiencia y calidad.

c) Integración y separación de funciones: *bundling* y *unbundling*.

Por otro lado, HART aborda una excelente adaptación de esta teoría al entorno concreto de los *public-private partnerships*, partiendo de los postulados de la teoría de la empresa y delimitando los márgenes de aplicación de la provisión pública o privada en la ejecución de infraestructuras y servicios. Para la construcción y operación de cualquier servicio como un edificio público, prisión u hospital, el constructor puede acometer dos tipos de inversiones en el activo que

⁷⁵ HART, O., SCHLEIFER, A. y VISHNY, R., "The Proper Scope of Government: Theory and Applications to Prisons", *Quarterly Journal of Economics*, vol. 112, nº 4, 1997.

tendrán repercusiones positivas y negativas sobre la operación del servicio en términos de beneficios para la sociedad y costes derivados de ello. Por un lado las inversiones productivas, por ejemplo mejoras en la calidad y bondad del edificio que lo haga más atractivo y seguro, incrementarán los beneficios sociales de la operación del servicio y reducirán los costes para conseguirlos. En contraste, las inversiones improductivas reducirán los costes operativos pero al mismo tiempo disminuirán la calidad del servicio, pudiéndose identificar con las inversiones *corner-cutting* que aparecen en HART, SHLEIFER y VISHNY⁷⁶.

Con estas premisas se dibujan dos posibles escenarios de provisión: la tradicional prestación directa por el Estado implicará la separación o *unbundling* de las funciones de construcción, por una parte, y la operación del servicio por otra, de manera que se contratará con un constructor la ejecución del edificio y, una vez terminado, se licitará separadamente la prestación del servicio y se adjudicará su realización a un sujeto privado distinto del anterior, mientras que la colaboración privada en la provisión se articulará a través de un esquema concesional basado en la integración vertical de las funciones o *bundling* que

⁷⁶ HART ejemplifica los tipos de inversiones escenificando la construcción y operación de una prisión por el Estado. El constructor del edificio realizará inversiones productivas a través de la mejora de la calidad del edificio que lo hagan más funcional, habitable y estéticamente atractivo, de modo que el servicio penitenciario obtenga beneficios en términos de calidad y aceptación social a la vez que se reduce el coste de su prestación gracias a las facilidades otorgadas por las mejoras en la infraestructura. Por el contrario, invertirá improductivamente cuando acometa incrementos en las medidas de seguridad (por ejemplo vallas electrificadas) que reducirán el coste de la prestación del servicio al poder disminuir el número de efectivos humanos en labores de vigilancia, pero que reducirán también la calidad del servicio penitenciario y su valoración social. HART, O., "Incomplete Contracts and Public Ownership: Remarks, and an Application to Public-Private Partnerships", *The Economic Journal*, vol. 113, Marzo 2003.

supondrá que el sujeto privado adjudicatario desarrollará el diseño, construcción y operación de la infraestructura⁷⁷.

El efecto de las distintas inversiones sobre el equilibrio entre eficiencia y calidad determinará decisivamente las decisiones públicas en la implementación de uno u otro tipo de provisión, todo ello asumiendo un entorno de contratos incompletos en el que se ignoran las eventuales aportaciones inversoras públicas. En el marco de la provisión pública o *unbundling*, aunque las inversiones que el constructor realice tendrán influencia en los costes operativos del servicio que servirán de referencia para fijar el precio que el Estado deberá pagar al operador en condiciones de licitación en competencia, el constructor no asumirá ni el beneficio social ni sus costes a la hora de invertir, esto es, no internaliza las externalidades positivas y negativas sobre el servicio que generarían las inversiones productivas e improductivas en el activo y lo construirá al menor coste posible dentro del margen y especificaciones que permitan el proyecto y el contrato acordados con la Administración contratante⁷⁸. La no realización de

⁷⁷ La provisión directa por el Estado coincide aquí con los métodos tradicionales de contratación pública (*outsourcing*) consistentes en el diseño de una infraestructura por el sector público y, tras licitación pública, la adjudicación de su construcción a una empresa privada siguiendo las pautas de actuación previstas por aquel. Una vez finalizada y pagada la obra, el Estado adjudica con el mismo procedimiento la prestación del servicio al que la infraestructura da soporte físico a un operador privado distinto del constructor. Debe recordarse, no obstante, que la provisión directa del Estado *strictu sensu* implica la realización con medios propios de las fases funcionales del proyecto sin recurrir a empresas privadas, si bien, la práctica habitual indica que, aún en el caso de que el desarrollo de la actuación sea encomendada a una empresa pública, es frecuente su subcontratación con contratistas u operadores privados.

⁷⁸ Debe recordarse que, bajo los parámetros de un contrato incompleto con inversiones específicas, la provisión directa del Estado supone que propiedad económica de los activos permanece bajo su control y que el sujeto privado no tendrá incentivos para invertir eficientemente ya que no posee una posición fuerte ante eventuales revisiones de la relación para apropiarse del valor añadido que supone la especificidad de la inversión. Esto es, como el constructor no será el encargado de operar el servicio no está incentivado para realizar inversiones que produzcan un beneficio social

inversiones conduce, por tanto, a una situación de subinversión respecto del nivel deseado de inversiones productivas, pero óptima en relación con las improductivas.

Por el contrario, en un esquema concesional en el que se produce la integración vertical de las funciones de construcción y operación en el mismo sujeto privado, éste no asumirá el beneficio social que produce el servicio pero sí internalizará la reducción de los costes operativos del mismo lo que conducirá a una mayor realización de inversiones productivas pero, sobre todo, a un incremento de las improductivas por el efecto reductor de ambas sobre el coste operativo⁷⁹. En este caso, la realización de ambas clases de inversión plantea un contexto óptimo de inversión productiva pero de sobreinversión respecto de las improductivas.

Desde esta perspectiva, la conclusión de HART se asienta en la lógica argumental que surge del contraste conceptual entre ambos modos de provisión y el distanciamiento en sus notas definitorias, ello enmarcado en la concepción incompleta de las relaciones a largo plazo. El autor sitúa la provisión pública o *unbundling* como más conveniente en aquellos casos en que los parámetros de calidad de la infraestructura sean fácilmente determinables mientras que los del

(que interesa al Estado) o reduzcan el coste operativo (que sólo afectará al precio a pagar al operador ya que a él le pagarán la obra a precio cierto) y cuyo valor no estaría en posición de apropiarse.

⁷⁹ Un principio básico en la articulación de un esquema de colaboración con base concesional es el establecimiento por el sector público de unos estándares de servicio que deben cumplirse dejando libertad al concesionario para diseñar y para construir el activo. La existencia de este margen de actuación y la propiedad económica sobre el activo que ostenta incentivarán al concesionario a realizar eficientemente las inversiones de ambos tipos en busca de la reducción de los costes operativos del servicio, que contribuirá en términos de beneficio neto tanto si el servicio lo opera directamente o lo subcontrata (en este caso el precio que pagará el concesionario al subcontratista se fijará de acuerdo a dichos costes operativos).

servicio no lo sean. En ese escenario, el efecto de subinversión productiva propio de este tipo de provisión no representará un inconveniente mientras que la sobreinversión improductiva típica de un esquema concesional sí lo sería⁸⁰.

En sentido contrario, un modelo de *public-private partnerships* resultará más eficiente en aquellos proyectos en que las especificaciones de construcción del activo conlleven complejidad en su implementación mientras que los parámetros de calidad del servicio sean razonablemente determinables. En tales casos, la sobreinversión improductiva del *bundling* no aparece como problemática, pero sí lo sería la subinversión productiva propia de la provisión pública⁸¹.

Sobre la base de este criterio general, quedaría en manos de las políticas públicas materializar en la praxis de los proyectos el escenario de provisión más eficiente identificando las condiciones presentes en cada tipo de infraestructura o servicio, teniendo en cuenta que tal consideración podrá oscilar a merced de muy

⁸⁰Dado que en la contratación pública convencional el constructor se ceñirá a las especificaciones técnicas de la obra fijadas por la Administración contratante, la falta de inversiones en la calidad de la infraestructura (productivas) no tiene un efecto tan negativo sobre la eficiencia por cuanto la obra viene ya definida de forma precisa y los parámetros de calidad en la construcción no se erigen en referencia de actuación. Sí resulta ineficiente la utilización de un esquema concesional porque el exceso de inversiones que reducen el coste y la calidad del servicio (improductivas) no permitirían alcanzar un adecuado nivel de calidad dado que no podrían delimitarse claramente unos indicadores de referencia del servicio.

⁸¹ Al no poder delimitarse específicamente la construcción la carencia de inversión productiva de la provisión pública limitaría su calidad, mientras que un modelo concesional sí aportaría inversiones específicas en la calidad constructiva. Además de ello, el exceso de inversiones improductivas propio de éste último no tendría una repercusión relevante sobre la eficiencia del proyecto por cuanto, al poder delimitarse en detalle los parámetros de calidad del servicio y ser de obligatorio cumplimiento por el concesionario, se mitigaría el efecto reductor de la calidad causado por dichas inversiones.

diversos parámetros circunstanciales poniendo en entredicho la idoneidad de reglas generales predeterminadas⁸².

d) El problema de la información asimétrica.

Por último, una luz diferente alumbra la aproximación conceptual a la provisión de bienes y servicios desde el trabajo de BENTZ, GROUT y HALONEN, en tanto que se huye del marco teórico de los contratos incompletos presente en la mayoría de las aportaciones anteriores para sugerir un escenario de “contratos completos” donde las ineficiencias provienen, no ya de las incertidumbres e imprevisibilidad de la relación a largo plazo, sino de las consecuencias derivadas de la información asimétrica y la no observabilidad de los esfuerzos⁸³.

Se asume que el constructor de una infraestructura, por ejemplo una escuela, puede realizar inversiones que incrementen la eficiencia del servicio que vaya a operarse, y que tal eficiencia es solamente observable por el operador pero no por la Administración contratante. Si la provisión se conduce a través de un

⁸² A modo de ejemplo sistematizador HART, O., *op. cit.*, establece, no sin reservas, una posible delimitación general de los dos tipos de infraestructuras, identificando las prisiones y escuelas dentro de la categoría que permite definir fácilmente los indicadores de calidad de la construcción pero no los del servicio, mientras que los hospitales se encuadrarían en segundo tipo. Esta opinión, sin embargo, podría contrastar con la postura ya examinada de CROCKER, K. y MASTEN, S., *op. cit.*, que consideraban las infraestructuras sanitarias como altamente incompletas por su complejidad e imprevisibilidad, aconsejando su provisión directa por el sector público.

Por otro lado, profundizando en la teoría del *bundling y unbundling* en el entorno de los contratos incompletos la aportación de BENNETT y IOSSA supone una visión definitivamente más completa al incorporar el efecto de las inversiones sobre el valor residual de los activos y el beneficio social como criterios delimitadores de uno u otro tipo de provisión, en función también del grado de intensidad de las externalidades positivas o negativas presentes. BENNETT, J. y IOSSA, E, *Building and Managing Facilities for Public Services*, Discussion Paper 02-08, Department of Economics and Finance, Brunel University, Londres, 2003.

⁸³ BENTZ, A., GROUT, P. y HALONEN, M., *Public-Private Partnerships: What Should the State Buy?*, Centre of Market and Public Organization (CMPO) Working Papers, nº 01/40, Leverhulme Centre of Market and Public Organization, University of Bristol, Bristol, 2002.

esquema de *public-private partnerships*, existirá un único contrato con un sujeto privado que diseñará y construirá el edificio y operará el servicio bajo unos parámetros de calidad y eficiencia determinados. La propia relación inducirá a que el concesionario revele los niveles de eficiencia alcanzados en su prestación al Estado, y tal condición le incentivará a una mayor inversión eficiente en la fase de construcción. Es decir, con la mecánica de un esquema concesional el Estado consigue que el sujeto privado revele fehacientemente su nivel de eficiencia en la prestación y con ello, que aumente la inversión eficiente en la infraestructura. La provisión convencional, sin embargo, no consigue este efecto dado que los contratos de construcción y operación se formalizan con sujetos distintos y la incentivación de una inversión eficiente en la construcción supondrá un coste adicional para el Estado.

Por otro lado, la provisión convencional el Estado sólo compensará al constructor por las inversiones eficientes que se produzcan realmente, mientras que en una concesión deberá compensar siempre que el nivel de eficiencia del servicio sea mayor, lo cual puede deberse no sólo a las inversiones en la calidad de la infraestructura sino también a otras razones de índole natural. La conclusión de los autores es que en un escenario de provisión tradicional pública el coste de compensación o incentivación de inversiones en eficiencia es mayor pero menos frecuente, mientras que en un modelo concesional acontecerá con más frecuencia pero en menor grado.

IV. SIGNIFICACIÓN JURÍDICA EN EL PANORAMA PRESTACIONAL.

1. Entre el *outsourcing* y la privatización propia.

Esta aproximación preliminar a las notas definitorias de los *public-private partnerships* permite ya abordar en primera instancia su delimitación fundamental respecto de otras figuras afines en la provisión de bienes y servicios públicos, contribuyendo así a su más preciso encaje en el escenario genérico de la actividad prestacional del sector público. Este ejercicio teórico de parcelación conceptual, lejos de limitarse a finalidades sistematizadoras, alcanza en esta materia un significado capital dada la ambigüedad y laxitud de fronteras existente entre formas de naturaleza definitivamente distinta.

Procede, por tanto, un correcto emplazamiento de cada una de las formulaciones que contribuya a la superación de habituales errores conceptuales y aplicaciones erróneas de las diferentes propuestas con los consiguientes menoscabos en la eficiencia de la actuación pública. A grandes rasgos puede afirmarse que, en tanto formas de colaboración entre ambos sectores, los *public-private partnerships* ocupan el espacio intermedio entre las dos formas puras de provisión: la pública directa y la privada en régimen de competencia si bien, como veremos a continuación, existen en la doctrina importantes matices que atenúan la claridad de dicha clasificación.

1.1 Las diferencias con la contratación tradicional: la teoría del riesgo y el carácter relacional del contrato.

Dentro del marco público de provisión de bienes y servicios la utilización de medios propios del Estado ha dejado paso de forma generalizada al *outsourcing*

o externalización mediante la contratación con terceros⁸⁴. La arquitectura organizativa pública sufre de importantes deficiencias estructurales que la convierten en menos flexible, innovadora y eficiente que el sector privado circunstancia que, a pesar de los mayores costes de transacción, impulsarán la contratación de bienes y servicios con sujetos privados en busca de una mayor eficiencia en la utilización de los recursos públicos⁸⁵. La competencia *ex ante* entre los eventuales proveedores introducida por las licitaciones públicas para la contratación externa de bienes y servicios o *outsourcing* asegura la mayor eficiencia de costes posible, ello en un entorno monopolístico en el que un solo proveedor puede subsistir.

El recurso al *outsourcing* se fundamenta en una mayor especificación de los requerimientos para la prestación de los bienes y servicios, el traslado al contratista o proveedor de los riesgos inherentes a la prestación y la posibilidad de que el sector público concentre sus esfuerzos y recursos en aquellos servicios de obligada asunción por él⁸⁶. En este sentido, LUNDSGAARD señala acertadamente las ventajas organizativas aportadas por la contratación con

⁸⁴ La contratación por el Estado con empresas privadas para la provisión de bienes y servicios se designa indistintamente en el ámbito anglosajón como *public procurement, contracting-out, outsourcing*. Estos términos coinciden básicamente con el concepto de contratación pública presente en nuestra legislación de contratos, incluyendo la realización de obras públicas, suministro de bienes y prestación de servicios a través de medios externos a la Administración. No obstante, el término *outsourcing* viene a referirse preferentemente a la prestación externa de servicios, especialmente aquellos de competencia local o municipal cuya contratación privada dio origen a las formas más incipientes de participación privada en lo público, y su equivalente en la legislación española es más confuso ya que podría equipararse al tradicional contrato de servicios así como a las más sencillas formas de concesión de servicios públicos.

⁸⁵ Cfr. ABELSON, P., *Outsourcing of Public Services in Australia: Seven Case Studies*, Macquarie Economics Research Papers, nº 3/2005, Department of Economics, Macquarie University, Sydney, Abril 2005.

⁸⁶ *Ibíd.*

terceros frente a la provisión pública directa destacando cuatro aspectos esenciales: el aumento de incentivos a los proveedores para una actuación eficiente, el enfoque de su prestación sobre los objetivos nucleares del servicio y las necesidades de los usuarios, el énfasis sobre las buenas prácticas y la consecuente puesta en evidencia de las actuaciones ineficaces y, por último, la intensificación del efecto limitativo de las restricciones presupuestarias existentes⁸⁷.

Como ya se ha puesto de manifiesto en este trabajo el *outsourcing*, en tanto participación de sujetos privados en la provisión de bienes y servicios, es considerado por algunos autores como parte del concepto amplio de *public-private partnerships*, si bien, las acusadas diferencias conceptuales respecto a la concepción más propia de éstos en cuanto esquemas colaborativos con una marcada mixtura entre los conceptos público y privado de provisión invitan a una clara y necesaria delimitación entre ambas figuras contractuales⁸⁸. Así, el *outsourcing* implica una relación específica a corto plazo entre comprador público y proveedores privados caracterizada por la desconfianza y recelo propios de cliente y agente buscando maximizar su utilidad. Por el contrario, la relación que configura los *public-private partnerships* está cimentada en la confianza y establece términos de igualdad entre las partes del contrato durante largos plazos, en ocasiones superiores a los 30 años⁸⁹.

La relación leal y duradera entre las partes se configura pues como base conceptual sobre la que deberá construirse cualquier esquema de colaboración

⁸⁷ LUNDGAARD, J., *op. cit.*

⁸⁸ Cfr. SAVAS, E.S., *op. cit.*

⁸⁹ Cfr. GREVE, C. y EJERSBO, N., *op. cit.*

entre los sectores público y privado con vocación de continuidad. El éxito de los *public-private partnerships* dependerá de la existencia de una relación exitosa entre los participantes que permita el esfuerzo conjunto para la consecución de objetivos en ocasiones conflictivos entre sí: la autoridad deberá recibir *value for money*, los usuarios unos servicios de calidad y los socios privados un razonable rendimiento por sus inversiones⁹⁰.

Ciertamente, los *public-private partnerships* se centran en la cooperación entre entidades, el sello de los *partnerships* es la cooperación no la competición; el mecanismo disciplinar no es la salida en el mercado o los márgenes de beneficio sino una empresa conjunta que reparta los riesgos financieros⁹¹. El reparto de los riesgos es pues un elemento capital en la definición misma de los *partnerships*, íntimamente unido a otro de los rasgos comunes que apuntan por la doctrina como es el carácter relacional del acuerdo entre las partes intervinientes en el proyecto.

Estas diferencias no obstan, sin embargo, para que pueda situarse al *outsourcing* como el origen inmediato de la relación propia de los *partnerships*, y concebir éstos como una extensión de aquella relación contractual en cuanto al grado de participación del sector privado en la asunción de las funciones

⁹⁰ Cfr. NATIONAL AUDIT OFFICE UK (NAO), *Managing the Relationships to Secure a Successful Partnership in PFI Projects*, Report by the Comptroller and Auditor General, HC 375, Session 2001-2002: 29, Londres, Noviembre, 2001.

⁹¹ Cfr. GREVE, C. y EJERSBO, N., *op. cit.* El término *joint venture* utilizado por LINDER, que da nombre a una de los esquemas de colaboración incluidos en la *PFI* británica, puede definirse como sociedad o empresa conjunta, acuerdo de riesgos compartidos, proyecto conjunto e incluso puede ser sinónimo del término colaboración. LINDER, S., *op. cit.*

necesarias para la implementación de los proyectos⁹². No obstante, debe recordarse que en países como Estados Unidos la concepción más amplia de la figura de la colaboración da cabida a formas que no abarcan una participación privada en todas las funciones del proyecto sino sólo en alguna de ellas, por lo que el criterio distintivo respecto de la contratación tradicional comprensivo de las distintas realidades y terminologías deberá ser en todo caso el cumplimiento de los principios informadores de la colaboración que se han analizado anteriormente.

a) El tratamiento del riesgo en la colaboración.

Las incertidumbres propias de una relación incompleta a largo plazo se traducen en riesgos para el proyecto que deberán ser adecuadamente gestionados por las partes en el caso de que finalmente se materialicen y amenacen su viabilidad; la gestión de los riesgos se erige así en parte central de cualquier acuerdo de colaboración público-privada debiendo los participantes en el contrato reconocer los riesgos involucrados, intentar mitigarlos y asignarlos a la parte que mejor pueda asumirlos⁹³.

La provisión de infraestructuras expone al inversor privado a un gran riesgo dado el elevado coste para su construcción y el largo periodo necesario para la recuperación de la inversión. Asimismo, su especial naturaleza aporta riesgos adicionales a los propios de cualquier proyecto de inversión; por un lado la imposibilidad de utilización de los activos en otras funciones, salvo a un gran coste, así como su directa relación con la prestación de un servicio de carácter

⁹² Autores como DE BETTIGNES, J. E., Y ROSS, T., *op. cit.*, consideran el *outsourcing* o *contracting-out* como forma incipiente de colaboración y el germen de las fórmulas más avanzadas de *partnerships*.

⁹³ Cfr. VAN HAM, H. y KOPPENJAM, J., *op. cit.*

esencial, habitualmente en régimen de monopolio, pueden facilitar un comportamiento oportunista por parte del Estado⁹⁴.

La mitigación de esta eventualidad puede conducirse, con carácter previo a la realización de las inversiones, mediante el establecimiento de procedimientos contractuales que configuren unas reglas de probidad entre las partes como garantía de tratamiento justo y leal en el desarrollo de las relaciones⁹⁵. En momentos posteriores al proceso inversor aumenta la posibilidad de incumplimientos de los compromisos iniciales o comportamientos interesados que puedan afectar a los ingresos previstos por el sujeto privado, haciéndolos excesivamente sensibles a la conducta de la Administración, y ello conlleva, en no pocas ocasiones, la exigencia de garantías públicas por las que el Estado asume todo o parte del riesgo condicionando su beneficio a las variaciones de éste.

Sin embargo, una inadecuada o excesiva prestación de garantías amenaza con minar la efectividad misma de un esquema de privatización por cuanto la asunción por el Estado del riesgo de fracaso del proyecto puede apaciguar los incentivos del inversor privado para la elección sólo de proyectos rentables y su

⁹⁴ Cfr. IRWIN, T., KLEIN, M., PERRY, G. E. y THOBANI, M., "Managing Government Exposure to Private Infrastructure Risks", *The World Bank Research Observer*, vol. 14, nº 2, Agosto 1999.

⁹⁵ Según nos indica WEITZMAN, R., "Conduct Unbecoming: Probity Codes in Tendering Processes", *Public Infrastructure Bulletin*, Australian Centre for Public Infrastructure, University of Melbourne, Melbourne, Septiembre 2003, en el contexto contractual probidad significa "buen procedimiento", conducido con claridad, honestidad lealtad e imparcialidad, sin tendenciosidad o sesgo hacia ninguna de las partes. Las reglas de probidad establecen un procedimiento para llevar a cabo la licitación y provee un marco en base a cual los licitantes decepcionados pueden impugnar la adjudicación del contrato. Los principios sobre los que se asienta son:

- Integridad y lealtad procedimental.
- Objetividad e independencia en la toma de decisiones.
- Confidencialidad.
- Información pública.

ejecución eficiente⁹⁶. Asimismo, las garantías públicas pueden suponer la carga de un coste y riesgo excesivos sobre los contribuyentes o usuarios teniendo en cuenta las dificultades para calcular el grado de exposición de la Administración a las sucesivas responsabilidades financieras derivadas de aquellas y que en momentos de crisis económica pueden hacerse exigibles simultáneamente⁹⁷. Visto lo anterior, la implementación de una políticas conducentes a la reducción de los riesgos en los proyectos de inversión y la mitigación de sus efectos mediante una efectiva asignación entre las partes intervinientes, aumentando así su atractivo para los inversores privados, aparece como un paso esencial en el diseño de la actividad inversora pública. Analicemos brevemente la cuestión de la asignación de los riesgos en el ámbito de la colaboración⁹⁸.

El espíritu que reside en la colaboración privada para la provisión de servicios públicos tiene que ver con el traslado al sector privado de la responsabilidad sobre el proceso de producción que subyace bajo dichos servicios para que su provisión sea más económica y/o de mejor calidad mediante su acción

⁹⁶ Con la garantía de que el Estado asumirá las consecuencias en caso de que el proyecto fracase, el sujeto privado podrá elegir proyectos poco rentables o con baja viabilidad y su actuación no se verá incentivada para conseguir resultados eficientes que aseguren el éxito del mismo. Cfr. IRWIN, T., KLEIN, M., PERRY, G. E. y THOBANI, M., *op. cit.*

⁹⁷ Cfr. MERTON, R., "On the Cost of Deposit Insurance When there are Surveillance Costs", *Journal of Business*, vol. 51, nº 3, 1978.

⁹⁸ Por su especificidad y la profundidad de sus implicaciones el tratamiento del riesgo en los *public-private partnerships* excede ampliamente del ámbito de este trabajo, y requiere un desarrollo monográfico y pormenorizado. No obstante, la conceptualización del riesgo, su incidencia en la esfera pública y, en particular, el análisis de los riesgos asumidos por el Estado aparece desarrollada de forma precisa en el material de guía desarrollado por países como Reino Unido o Australia para la implementación de los esquemas de colaboración. Las responsabilidades no delegables del Estado en la contratación con el sector privado que provienen de la provisión de los servicios esenciales y la responsabilidad ante los usuarios por los servicios que presta el concesionario (*non delegable duties*) determinan una posición preferente del Estado frente al riesgo que determina su asunción en segunda instancia (efecto *take-back*).

sobre los activos que sustentan esos servicios. Partiendo de la idea básica de que los esquemas de colaboración consisten en la provisión de servicios al Estado por un sujeto privado y no la contratación de infraestructuras, desplazando el énfasis a los servicios en lugar de la construcción de activos, el Estado pagará por los servicios recibidos del sector privado, cumpliendo éstos los estándares de calidad preestablecidos en el contrato, y que se sustentan físicamente en activos o infraestructuras que formarán parte del contenido del servicio que se provee⁹⁹. La participación alcanza diversas instancias: la asunción del *project management* sobre la construcción del activo en tiempo y precio fijos aumenta el incentivo del constructor para minimizar los costes, la responsabilidad sobre el diseño de los activos induce al privado a potentes incentivos para la innovación aumentando la calidad y reduciendo los costes, lo mismo que su implicación exclusiva en la explotación u operación del activo mediante la prestación del servicio y, por último, el traslado de los riesgos financieros del proyecto incentivan su minimización¹⁰⁰.

⁹⁹ Cfr. NAO, *The Private Finance Initiative: The First Four Design, Build, Finance and Operate Road Contracts*, HC 476, Londres, 1998; CARROL, P. y STEANNE, P., *op. cit.* Los caracteres diferenciadores de los esquemas de *public-private partnerships* respecto de la contratación externa tradicional y su efecto sobre la mayor eficiencia en la provisión de infraestructuras y servicios se advierten de forma peculiar al analizar los fundamentos teóricos sobre los que se articuló la *Private Finance Initiative (PFI)* británica, como expresión más generalizada de la filosofía de la colaboración y su aplicación a la práctica reciente. Así, la *PFI* opera en base a tres principios esenciales:

- El sector privado debe asumir riesgo de forma efectiva.
- Los proyectos desarrollados con el sector privado deben aportar *value for money*.
- Los sujetos privados deben ser seleccionados a través de un proceso competitivo.

HM TREASURY UK, *Private Opportunity, Public Benefit: Progressing the Private Finance Initiative*, Noviembre 1995.

¹⁰⁰ Cfr. POLLITT, M. G., *The Declining Role of the State in Infrastructure Investments in UK*, Judge Institute of Management Studies, University of Cambridge, Cambridge, Febrero, 2000.

Esta implicación del sujeto privado en la totalidad del proceso de producción muestra dos caras contrapuestas e interrelacionadas que determinan de forma decisiva la conceptualización de las formas colaborativas y su distinción respecto de la contratación pública estándar: por un lado le impone la asunción de todos los riesgos derivados de dicho proceso excepto aquellos que el Estado retenga en virtud de consideraciones de eficiencia pero, por otro, le otorga la necesaria libertad en el diseño, ejecución y operación de los activos sin pautas predeterminadas por el sector público, salvo los requisitos de calidad en los servicios finales, de modo que se posibilite la introducción de los índices de innovación y eficacia de gestión necesarios para un coste efectivo del proyecto. Ambos aspectos, adecuadamente ponderados e implementados, contribuirán al logro final de la eficiencia o *value for money* del proyecto que determinará en última instancia la elegibilidad de un modelo de colaboración privada sobre las fórmulas habituales de provisión pública.

Así, a diferencia del modelo de contratación tradicional en el que la autoridad pública especifica los *inputs* o pautas requeridas para la ejecución o prestación del contratista, los *public-private partnerships* tienen un enfoque de *outputs* u objetivos. La autoridad especifica los objetivos o requerimientos cualitativos del servicio final más que el diseño o el modo de construcción de un activo, evitando así retomar el riesgo del proyecto y ahogar las posibilidades de innovación¹⁰¹. Con ello el sujeto público se libera de la asunción de todos los riesgos inherentes o asociados a los activos (como el diseño, la construcción, la

¹⁰¹ Como señala QUICK: "en su gestión por el sector público los proyectos PPP requieren ante todo una postura vigilante pero sin intervención directa ("ojos alerta/manos fuera"); QUICK, R., "Long-Term Ties: Managing PPP Contracts," *Public Infrastructure Bulletin*, Australian Centre for Public Infrastructure, University of Melbourne, Melbourne, Septiembre, 2003.

operación o el valor residual) que corresponderán al sujeto privado como proveedor del servicio.

Bajo estas premisas todos los riesgos del proyecto se asignan inicialmente al sujeto privado, y corresponde al Estado decidir qué riesgos, de acuerdo con las exigencias del *value for money* y la propia naturaleza colaborativa de la relación, deberá asumir él en orden a una adecuada asignación de riesgos¹⁰². Esta asunción por el Estado en segunda instancia o *take-back* se configura como una decisión gubernamental explícita para el reparto de unos riesgos que, de otra manera, habrían recaído en la parte privada, y debe distinguirse de la asunción inconsciente o no deliberada por el Estado que trae causa en comportamientos que comprometen el adecuado proceso de asignación¹⁰³.

La regla esencial en este contexto es que sólo se transfieran al sector privado aquellos riesgos respecto de los cuales está más capacitado o en mejor posición para manejarlos adecuadamente (construcción, operación...) pasando al sector público la responsabilidad sobre los que tenga peor aproximación, considerando que un mayor traslado de riesgos o el de aquellos que el privado no maneje eficientemente supondrá el cargo por éste de una prima de riesgo más

¹⁰² Bajo el más común esquema de la *PFI* el sector privado diseña, construye, financia y opera (las siglas *DBFO* corresponden a la traducción inglesa *design, build, finance and operate*) instalaciones basándose en las especificaciones de objetivos establecidas por el sector público. Estos proyectos necesitan alcanzar un efectivo traslado del riesgo para asegurar el *value for money* en la utilización de los recursos públicos antes de ser acordados. En cualquier caso, riesgo y prima van siempre juntos y cuanto más riesgo se traslade al sector privado mayor será la prima que éste imponga al sector público por su exposición al mismo, teniendo en cuenta además que algunos riesgos son de difícil evaluación dificultando la apreciación de si la prima de riesgo es razonable respecto del riesgo asumido. ALLEN, G., *op. cit.*

¹⁰³ Cfr. PARTNERSHIPS VICTORIA, *Risk Allocation and Contractual Issues*, Partnerships Victoria Guidance Material, Department of Treasury and Finance, Melbourne, Junio 2001.

elevada que incrementará el coste final del servicio a pagar por el Estado y amenazará el objetivo de eficiencia del proyecto.

En este sentido, la asignación de riesgos en un esquema de colaboración se articula a través de dos aspectos críticos: la capacidad de las partes para asumir el riesgo y el grado en que cada una puede controlar o influir en el objetivo que se ve bajo riesgo, debiendo asignarse a la parte o agente que más control ejerza sobre él y que pueda gestionarlo con un menor coste (bien porque más fácilmente pueda asegurarlo o mitigar sus consecuencias o porque lo distribuya entre un mayor número de sujetos a su vez)¹⁰⁴. Sin embargo, estos factores no siempre coinciden, y en la búsqueda de ese equilibrio intervienen también otros aspectos que deben ser tenidos en cuenta como los incentivos para reducir el riesgo, los costes transaccionales de asignación o consideraciones de credibilidad¹⁰⁵.

Mención especial merece la transferencia de riesgo financiero al sector privado en tanto que un traslado suficiente contribuirá a asegurar el *value for money* del proyecto al encontrarse aquel en mejor posición para gestionarlo y

¹⁰⁴ Según la doctrina del Tesoro británico “el Gobierno reconoce que el riesgo debe ser asignado a aquel que mejor pueda gestionarlo”, Cfr, HM TREASURY UK, *Private Opportunity...*, *op.cit.*

Existen diversas teorías acerca de la óptima asignación del riesgo. Una de las más utilizadas se basa en el llamado “principio Abrahamson” que propugna que el riesgo debe ser asignado a la parte que mejor pueda gestionarlo. Bajo dicho principio una parte asumirá riesgo cuando:

- el riesgo está bajo su control.
- pueda transferirlo a través de aseguramiento o como prima en los servicios que preste y sea la forma más económica.
- ostente los beneficios de asumir el riesgo.
- su asunción resulte más eficiente.

ABRAHAMSON, M., *Risk Management*, Paper presented to International Construction Law Conference, Sidney, Octubre, 1982.

¹⁰⁵ Cfr. IRWIN, T., KLEIN, M., PERRY, G. E. y THOBANI, M., *op. cit.*

alcanzar una adecuada asignación de los riesgos¹⁰⁶. Si el riesgo financiero de un proyecto relativo a servicios públicos no puede ser transferido al sector privado, deben encontrarse otras formas de *partnership* distintas de un esquema de PFI (por ejemplo un *Design, Build and Operate (DBO)* que no requiera financiación privada). En todo caso, el argumento esgrimido a favor de la PFI en el sentido de que proporciona *value for money* a través del traslado del riesgo debe ser matizado para señalar que lo asegura mediante la óptima asignación de los riesgos¹⁰⁷.

b) La articulación de las relaciones a largo plazo: el carácter relacional del contrato de colaboración.

Estos elementos nucleares en toda relación de colaboración se articulan necesariamente a través de una sólida arquitectura contractual que recoja las especificidades de cada proyecto; el contrato se erige así en marco relacional para las partes. Y el propósito de todo contrato de *public-private partnerships* será establecer los términos clave en la relación entre el sector público y el contratista como son la gestión del riesgo, los parámetros de calidad exigible a los servicios,

¹⁰⁶ El riesgo de financiación del proyecto afecta a la provisión de un paquete financiero económicamente viable para el mismo, incluyendo el riesgo en la provisión de la financiación necesaria o *external risk*, y el de las posibles fluctuaciones de los tipos de interés que afecten al servicio de deuda, *interest rate risk*. ALLEN, G., *op. cit.*

En este sentido POLLITT señala que dado que los pagos del Estado por los servicios dejan al sector privado la responsabilidad sobre la financiación de la inversión en los activos y la asunción del coste del capital, el traslado del riesgo financiero del proyecto a éste permite a los mercados de capital valorar dicho riesgo potenciando los incentivos del sujeto privado para minimizarlo eficientemente. Estos incentivos no existen en el caso de provisión pública con financiación proveniente del Presupuesto ya que el precio de la financiación pública no refleja el riesgo de proyectos individuales. POLLITT, M.G., *the Declining Role...*, *op. cit.*

¹⁰⁷ Cfr. ALLEN, G., *op. cit.*

el *value for money*, los acuerdos sobre resolución de conflictos y modificaciones que previsiblemente pueden ocurrir en una relación a largo plazo¹⁰⁸.

Sin embargo, en el contexto de una relación a largo plazo en la que dichas partes buscan un negocio compartido el contrato no puede especificar todas las previsiones que pueden requerirse en el futuro a la luz de las posibles eventualidades que pudieran surgir, debiendo dejarse algunos aspectos abiertos a posteriores negociaciones cuando dichas contingencias aparezcan. En este sentido podemos considerar estos contratos como relacionales¹⁰⁹. Este carácter relacional propio de los contratos incompletos impone la renegociación entre las partes como una consecuencia intrínseca a la propia naturaleza de la relación y por ello necesaria para una eficiente articulación contractual de la misma evitando los excesivos costes de transacción que derivarían de una pretensión comprensiva de la totalidad de matices susceptibles de ser regulados en el seno de un compromiso a largo plazo. Es precisamente esta relación causal la que inspira posiciones contrarias a la participación privada en aquellas relaciones marcadamente incompletas¹¹⁰.

La propia concepción del proceso competitivo de licitación conducente a la elección del socio privado vendrá determinada de forma decisiva por la relación

¹⁰⁸ Cfr. QUICK, R., *op. cit.*

¹⁰⁹ Sobre el término "contrato relacional" puede verse a WILLIAMSON, O. E., *The Mechanisms of Governance*, Oxford University Press, Oxford, 1996.

¹¹⁰ La cuestión es abordada también por la doctrina enfatizando un origen exógeno a la propia naturaleza de la relación que se sitúa en razones más relacionadas con la manifestación de malas prácticas administrativas como la corrupción o la incompetencia, así como en consideraciones de índole presupuestaria como la expansión del gasto y su anticipación temporal con finalidades electorales evitando las restricciones presupuestarias. Cfr. ENGEL, E., FISCHER, R., y GALETOVIC, A., *Soft Budgets and Highway Franchising*, Fourth Annual Latin America Conference of Infrastructure and Resources, Stanford Centre for International Development and Stanford Institute for Economic Policy Research, Diciembre, 2003.

colaborativa a largo plazo que unirá a las partes de manera peculiar durante la vigencia contractual. Y es que la importancia que en esta clase de relación adquieren las características personales de los sujetos intervinientes, su experiencia en relaciones similares anteriores y su compatibilidad para entablar una base cooperación duradera y estable sustentada precisamente en la mutua confianza será de capital relevancia en orden a la selección de los socios y la negociación del marco fundamental de la relación.

Ello ha motivado la solicitud de un tratamiento diferenciado respecto de los procesos de selección habilitados en formas de contratación, como los tradicionales contratos de obras o servicios, que no engloban una propuesta de tipo relacional y que, por tanto no deben atender a aspectos eminentemente personales de los licitantes. Asimismo se busca la primacía de mecanismos de negociación que doten a los procesos competitivos de la suficiente flexibilidad en las propuestas de los licitantes y en la articulación de las complejas implicaciones que emanan de una relación comercial de tal índole. En este sentido se propone la generalización de técnicas como el “diálogo competitivo” o el “procedimiento negociado” para presidir la conducción de los procesos competitivos de selección de sujetos privados colaboradores con el sector público. Estas formas, sin embargo, son vistas por algún sector como contrarias al propio sentido de la competitividad y, en su opinión, contribuirían a desvirtuar los efectos beneficiosos de la competencia *ex ante* tan necesarios para la consecución del objetivo de eficiencia.

La perspectiva acerca de la mejor manera de licitar concesiones continúa abierta al debate. Algunos preferirían poner en práctica reglas fijas propias establecidas para los procedimientos de contratación de obras o suministros, que en la mayoría de los países requieren alguna forma de licitación competitiva

excepto en casos especiales. Otros, por el contrario, discrepan al considerar que tales contratos difieren sustancialmente de los de obras y suministros en tanto implican relaciones a largo plazo y no simplemente una única transacción¹¹¹. Los métodos de selección son variados y admiten asimismo multitud de opciones para su diseño e implementación de forma pormenorizada, si bien, pueden reducirse básicamente a tres categorías principales: licitación competitiva, negociación directa y negociación competitiva. La mayoría de los países optan por métodos de licitación competitiva, si bien aparecen numerosos ejemplos ilustrando otras alternativas¹¹². En cualquier caso, sea cual sea el procedimiento elegido los poderes públicos deben ser conscientes de la relevancia que para la

¹¹¹ KLEIN fundamenta las dos posturas del debate a través de acertadas analogías con las relaciones matrimoniales. Así, los defensores de un procedimiento especial para los contratos concesionales que atiendan a la especialidad de la relación y eviten el generalismo de una licitación competitiva ordinaria dirían que “no es el número de pretendientes y el tamaño de la dote lo que importa para que un matrimonio tenga éxito” (*it is not the number of suitors and the size of the dowry that truly matters for a successful marriage*). Por otro lado, una conocida rima alemana ilustra la tesis contraria: “quien vaya a contraer una promesa eterna debe comprobar que no existe un compañero mejor” (*Drum pruefe wer sich ewig bindet, ob er nicht noch was bess'eres findet*); KLEIN, M. W., *op. cit.*

¹¹² En Reino Unido, aún reconociendo el papel central de la competición, se admite que sus formas varíen de acuerdo al valor y complejidad de los proyectos concretos admitiendo cierto grado de flexibilidad en los procedimientos que abra la posibilidad a propuestas de negociación directa o competitiva dentro del marco de la PFI en orden a estimular la innovación. HM TREASURY UK, *Competition and the Private Finance Initiative: Guidance for Departments*, Private Finance Panel, Londres, 1994.

En este sentido, el Banco Mundial señala ejemplos de procesos de negociación directa en Reino Unido, Estados Unidos, Australia y Filipinas, y documenta la utilización de procedimientos de negociación competitiva en diversos estados de Estados Unidos y en Hong Kong. En la Ley BOT de Filipinas (1994) se contempla la admisión de proposiciones no solicitadas o a iniciativa privada (*unsolicited proposals*) en el seno de un procedimiento de base negociada cuando concurren en determinadas condiciones. Como novedad se destaca que las proposiciones deberán someterse a un *test* comparativo de precios entre competidores potenciales denominado *Swiss Challenge*.

transparencia y eficiencia de la concesión tienen sin duda los procesos de licitación y adjudicación¹¹³.

1.2 La compleja delimitación entre colaboración público-privada y privatización: claves para su clarificación.

Esta primera distinción también nos acerca a uno de los aspectos más controvertidos y complejos en la implementación de los *public-private partnerships* como sistema estandarizado de provisión de bienes y servicios como ha sido su delimitación respecto del concepto de privatización teniendo en cuenta que, en no pocas ocasiones, ambos términos son identificados como sinónimos con las consiguientes reticencias por parte de posiciones políticas y sectores sociales generadores de una abierta oposición ideológica a la presencia privada en el ámbito de lo público¹¹⁴.

Siguiendo al profesor VILLAR ROJAS la privatización puede definirse, en un sentido amplio o formal, como la reducción de la actividad pública en la producción y distribución de bienes y servicios, mediante el traspaso de dichas

¹¹³ Cfr. KERF, M. y KLEIN, M., *op. cit.*

¹¹⁴ Tradicionalmente, los posicionamientos ideológicos de la socialdemocracia han abogado por una mayor presencia pública en la economía rechazando la iniciativa privada y su participación en la esfera de la provisión de bienes y servicios públicos. Consecuentemente han juzgado de forma peyorativa los procesos de privatización identificándolos con el abandono de la salvaguarda del interés público por el Estado en beneficio del mercado, el lucro de grandes firmas privadas en detrimento de la calidad de los servicios públicos y la desprotección de usuarios e intereses generales de la comunidad. La extensión de estos prejuicios a cualesquiera formas de participación de sujetos privados en la esfera pública mediante su errónea identificación con una privatización plena de bienes o servicios y la presunción interesada de consecuencias catastróficas a la puesta en práctica de dichos esquemas, ha provocado un recelo social arraigado respecto de cualquier propuesta de esta índole. Como se desprende de la amplia literatura al respecto, los procesos de privatización no deben juzgarse en sí mismos, ya que su eficacia dependerá de su correcta aplicación en términos económicos y de oportunidad. La misma conclusión debe derivarse a la implementación de las diferentes formas de participación privada, y en particular los modelos de *public-private partnerships*.

funciones a la iniciativa privada, incluyendo tanto la enajenación de activos públicos o la liberalización de mercados o servicios a la competencia, como la mera actuación a través de gestión de carácter privado o bajo un régimen jurídico de dicha índole. Así, según el propio autor existen diversas formas de privatización, cuya utilización dependerá de las finalidades perseguidas:

1. Venta de empresas u otros activos públicos; considerado el modo más intenso de privatización, supone el traspaso de la titularidad de una empresa o activo público a uno o varios sujetos privados. Puede producirse por venta en bloque del activo o por enajenación de participaciones con entrada mayoritaria de capital privado trasladándose el control efectivo. En el caso de servicios públicos prestados por empresas públicas en régimen de monopolio, su privatización supone de facto la liberalización del sector, pasando su provisión de pública a privada (si bien, cierto control puede mantenerse mediante la regulación pública del mercado).
2. Liberalización del mercado; implica la apertura a la iniciativa privada de un servicio o sector antes provisto por el sector público. La liberalización puede realizarse de forma completa, desapareciendo el sector público de la provisión, o bien, actuando en el mercado tanto sujetos públicos y privados. Conlleva la deslegalización del sector, esto es, la eliminación de las barreras legales que impedían la actuación de operadores privados en competencia y reservaban su provisión al Estado en monopolio legal.
3. Gestión indirecta o delegación; el Estado conserva la titularidad y el control sobre el servicio pero encarga a un sujeto privado la producción y gestión de los bienes y servicios necesarios. El principio jurídico que la sustenta es la

delegación, por cuanto el privado actúa en nombre y bajo delegación del órgano público prestador frente a los usuarios. Admite diferentes grados de delegación con mayor o menor presencia privada, y en este tipo se encuadran los esquemas de base concesional en los que el concesionario obtiene el derecho a construir activos o u operar servicios públicos por cuenta del Estado.

4. Sometimiento al ordenamiento jurídico privado; no existe traspaso de titularidad, sino el simple cambio en el régimen legal bajo el que opera una empresa pública. Habilitándose su actuación bajo un régimen normativo privado se flexibiliza su acción y se facilita la consecución de sus objetivos liberándose de la rigidez del ordenamiento público. Sería el grado menor de intensidad en la privatización ya que no cambia la forma de provisión ni aumenta la presencia privada en la misma.¹¹⁵

En esta línea doctrinal, autores como HODGE generalizan de tal forma el concepto y objetivos de la privatización que su consideración estricta del término hace referencia no solamente a la *divestiture* o venta de activos al sector privado sino también el *outsourcing* o externalización de servicios y los *public-private partnerships*, como expresiones materiales de lo que denomina el “actual Estado privatizado”¹¹⁶. La concepción material o *strictu sensu* de la privatización, por el contrario, se refiere únicamente a los casos en que la titularidad de los bienes o

¹¹⁵ VILLAR ROJAS, F. J., *Privatización de Servicios Públicos*, Editorial Tecnos, 1993.

¹¹⁶ HODGE sugiere hasta 24 diferentes actividades que pueden ser interpretadas como privatización y hasta 76 objetivos explícitos e implícitos que pueden subyacer únicamente bajo un programa de *divestiture* o venta de activos públicos. Asimismo aporta numerosas referencias doctrinales que evidencian el éxito internacional de las formas más específicas de privatización como serían el *divestiture*, el *outsourcing* o *contracting-out* y los *public-private partnerships*. HODGE, G., *Governing the Privatized State: New Accountability Guardians*, Paper presented at Accountable Governance: An International Research Colloquium, Queens University, Belfast, Octubre, 2005 y *Privatisation: An International Review of Performance*, Westview Press, Colorado, 2000.

servicios se ve alterada por su traspaso efectivo al sector privado, dejando el sector público de poseer el control sobre la propiedad y la dinámica prestacional de los mismos. Esta privatización propia abarca estrictamente la venta de activos públicos a sujetos privados y la liberalización de servicios públicos mediante su apertura, total o parcial, a la libre competencia.

Los *public-private partnerships*, identificados con esquemas de colaboración privada en la producción de bienes y servicios públicos sin traspaso efectivo y definitivo de la propiedad jurídica de los mismos por parte del Estado, si bien pueden cobijarse en la concepción más laxa de privatización según la citada corriente doctrinal, quedan nítidamente diferenciados conceptualmente de la privatización propia de conformidad con el criterio de la propiedad. Entendidos así podemos afirmar que el mantenimiento por el sector público del control y la titularidad sobre la infraestructura o el servicio público impide su consideración como procesos de privatización propia, y ello porque en un esquema de colaboración el sector público adquiere y paga servicios públicos a un sujeto privado en nombre de la comunidad y retiene la responsabilidad última sobre la provisión del servicio aunque éste sea prestado efectivamente por éste último durante un largo periodo de tiempo, mientras que en un proceso privatizador *strictu sensu* el sector privado, al adquirir los bienes u operar los servicios en competencia, asume la responsabilidad total sobre su provisión¹¹⁷.

Esta distinción se oscurece, sin embargo, si se toman en consideración otras variables de índole jurídica con relevancia para el desarrollo conceptual de los *public-private partnerships* que atenúan la intensidad delimitadora del criterio de

¹¹⁷ Cfr. GRIMSEY, D., "The Privatisation Myth," *Public Infrastructure Bulletin*, Australian Centre for Public Infrastructure, University of Melbourne, Melbourne, Septiembre, 2003.

propiedad impulsando concepciones más cercanas a la privatización. Es el caso de la facultad regulatoria del Estado sobre los mercados y servicios de interés general. Como se ha visto anteriormente, en el caso de sectores liberalizados en los que el Estado no asume el protagonismo sobre la provisión ni la propiedad de los activos, las fuerzas del mercado y las reglas de la competencia no siempre actúan libremente como únicos mecanismos reguladores del servicio objeto de prestación. La responsabilidad última sobre la efectiva prestación del servicio público a los usuarios que emana de su consideración de titular del mismo y garante del interés general genera la existencia de una tutela regulatoria que atenúe los fallos propios del mercado y asegure la eficiente prestación en aras del bien común de la comunidad.

En el ámbito de los *public-private partnerships*, especialmente en aquellos mercados con menor perfil monopolístico o potencialmente competitivos, el papel del Estado como mero regulador y garante del interés público se asemeja profundamente al asumido en algunos ámbitos liberalizados difuminando enormemente los márgenes delimitadores entre ambas figuras y obligando a la introducción de un criterio específico de definición como es el de la naturaleza de la regulación para afinar el proceso de distinción conceptual.

En el caso de los *public-private partnerships* la regulación no proviene de un órgano regulador o es establecida estatutariamente o por la Ley como en la privatización o liberalización, sino que es fruto de un contrato explícito, un acuerdo formal entre los sectores público y privado que especifica en detalle el objeto de la actividad, los derechos y obligaciones de las partes, los objetivos a conseguir y los indicadores de calidad y prestación cuyo incumplimiento supone

penalización. Además de ello la competencia no será “en el mercado” sino *ex ante*, surgida en el proceso competitivo de licitación¹¹⁸.

En cualquier caso, en tanto que estamos ante un contrato que establece un papel meramente regulador del Estado sobre la actividad privada de provisión de bienes y servicios con ausencia de intervención directa sobre ella, es claro que las diferencias formales entre ambos conceptos se diluyen con facilidad.

2. El enfoque de la gobernanza: hacia una nueva concepción del Estado.

2.1 Explorando las relaciones entre colaboración público-privada y gobernanza.

Un enfoque genérico de los *public-private partnerships* los concibe como relaciones de cooperación entre sujetos públicos y privados para la consecución de objetivos de eficiencia en la gestión y financiación públicas mediante la acción conjunta y el reparto de riesgos y responsabilidades. La virtualidad de esta concepción amplia de los *public-private partnerships* es su contribución a un nuevo concepto de las relaciones entre los distintos sujetos públicos y privados involucrados en la provisión de bienes y servicios públicos y del papel de las políticas públicas en este proceso, encaminándonos hacia una redefinición de propio significado del Estado en su faceta prestacional superando los parámetros tradicionales que han articulado las relaciones público-privadas en el ámbito de la transmisión patrimonial y desvelando nuevas aproximaciones relacionales.

Esta “perspectiva de la gobernanza” en el tratamiento conceptual de los *public-private partnerships* desafía la tradicional concepción del Estado y de la autonomía estatal (protagonismo estatal; jerarquía política y gubernamental...) defendiendo el surgimiento de un nuevo modelo de gobernanza en el que el

¹¹⁸ *Ibid.*

sector público colabore con la sociedad civil (empresas, inversores y accionistas, organizaciones no gubernamentales...)¹¹⁹. En tal sentido, se desplaza el énfasis hacia la creación de relaciones heterogéneas y en la fragua de vínculos entre actores independientes en el marco de dichas relaciones¹²⁰. Desde este punto de vista se aborda un enfoque más amplio sobre la participación de los sujetos no públicos que cualquier otra visión de los *public-private partnerships*, y ello porque se refiere, no solamente a nuevos modos de gestionar o gobernar lo público, sino a relaciones heterogéneas entre sujetos independientes involucrados en la implementación de políticas públicas y en el proceso mismo de toma de decisiones.

En palabras de STOKER “el Estado no sólo está cambiando sus instrumentos, está cambiando su significado”¹²¹. Y este enfoque fundamental debe centrar el análisis de los *public-private partnerships* en tanto que sin la adecuada comprensión y asimilación de esta nueva perspectiva del sector público inherente

¹¹⁹ De acuerdo con la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa, la gobernanza puede definirse en un sentido amplio como el ejercicio de la autoridad política, económica y administrativa para gestionar los asuntos de interés nacional. También se refiere a la importancia de las instituciones, la interacción entre los diferentes niveles de gobierno en un Estado, la interacción entre la sociedad, incluidas las organizaciones no gubernamentales y la empresa, y el Estado. En el plano internacional supone la interacción entre los diferentes Estados, incluyendo el importante papel de las organizaciones internacionales. Según la propia Comisión la gobernanza es una condición esencial para la estabilidad y seguridad económicas sostenibles así como un componente clave para la acción económica sostenible, particularmente en las economías de transición. Por el contrario una pobre gobernanza se relaciona directamente con un menor crecimiento económico. UNITED NATIONS ECONOMIC COMMISSION FOR EUROPE (UNECE), *Governance in Public-Private Partnerships for Infrastructure Development*, Committee for Trade, Industry and Enterprise Development, TRADE/WP.5/2005/2, Ginebra, Noviembre, 2005.

¹²⁰ Cfr. KOOIMAN, J., *Modern Governance: New Government-Society Interactions*, Sage Publications, Londres, 1993; PIERRE, J. y PETERS, G., *Governance, Politics and the State*, Political Analysis Series, McMillan Press, Nueva York, 2000.

¹²¹ STOKER, G., *Public-Private Partnerships in Urban Governance*, en PIERRE, J. (ed.), *Partnerships in Urban Governance: European and American Experiences*, Palgrave, Basingstoke y Nueva York, 1998.

al propio planteamiento de la colaboración no se alcanzará su verdadero significado y alcance, así como la óptima consecución de las finalidades que persigue. Así, la adopción de fórmulas de colaboración como parte integrante de las políticas públicas de provisión de bienes y servicios no puede ignorar esta dimensión estructural en la concepción funcional del Estado a riesgo de perder su virtualidad como planteamientos alternativos de eficiencia en la gestión pública.

Y es que la gobernanza como referente desafía la concepción tradicional de soberanía estatal; la posición central del Estado deja de estar garantizada pasando éste a ser un sujeto "*primus inter pares*" cuyas capacidades van a depender de su habilidad para movilizar a otros actores sociales en pos de sus objetivos¹²². Ello se une al hecho de que los poderes del Estado están siendo desplazados por entidades supranacionales como la Unión Europea, autoridades subnacionales como los gobiernos locales y, más importante, por instituciones y organizaciones operando directamente con la clase gobernante¹²³.

En este sentido, la perspectiva de la gobernanza se refiere a un complejo entramado de actores (locales, regionales, nacionales, internacionales, ONG's, entidades privadas) que coexisten con el Estado y participan en provisión de servicios y en la toma de decisiones, y su importancia es puesta de manifiesto por la doctrina hasta el punto de condicionar la eficacia misma de los *public-private partnerships* a una adecuada cooperación entre los distintos actores sociales y la combinación entre las capacidades públicas y los recursos de la sociedad civil¹²⁴. La toma en consideración de los intereses legítimos de todos los posibles

¹²² Cfr. PIERRE, J. y PETERS, G., *op. cit.*

¹²³ Cfr. CRUZ FERRER, J. de la, *op. cit.*

¹²⁴ Cfr. STONE, C.N., "Urban Regimes and the Capacity to Govern: A Political Economy Approach", *Journal of Urban Affairs*, vol. 15, nº 1, 1993; STOKER, G., *op. cit.*

interesados en un proyecto va a constituir un elemento capital desde el punto de vista de la buena gobernanza a través de su contribución al principio más general de la transparencia en la acción de gobierno, al tiempo que supone la apertura de nuevas vías de participación y movilización públicas mediante la integración de los actores sociales en lo que se puede considerar una verdadera innovación en la democracia local¹²⁵.

Ciertamente la gobernanza supone una aproximación diferente a la figura de los *public-private partnerships* al dotarlos de un enfoque multilateral y participativo en cuanto al propio diseño de las políticas públicas prestacionales, mientras que éstos se consolidan a su vez como nuevas formas de gobernanza en tanto dan paso a nuevos canales de integración de los diferentes intereses latentes en la proyección de iniciativas de desarrollo. Esta relación necesaria entre ambas concepciones ha determinado decisivamente la trayectoria conceptual de los *public-private partnerships* al proveerla de un alcance y dimensión que trascienden el habitual reducto teórico otorgado a la contratación pública. Despojar de esta

¹²⁵ Cfr. MOHR, A., *op. cit.*

Según la UNECE, *op. cit.*, en el contexto concreto de los *public-private partnerships*, la gobernanza se compone de los siguientes elementos clave:

1. Transparencia: incluye la transparencia de los procedimientos, la ausencia de la corrupción y la protección de los intereses de usuarios, ONG's, sociedad civil, inversores, empresas, trabajadores etc...
2. Contabilización: completa y precisa información pública sobre objetivos, procedimientos y resultados de cada proyecto, y responsabilidad sobre su rendición.
3. Gestión pública: redefinición del rol del Estado en la provisión centrándose en la regulación y supervisión en lugar de la gestión y la propiedad que será responsabilidad del sector privado.
4. Desarrollo sostenible: enfoque integrado del proyecto en la consideración global de los procesos desde las perspectivas económica, medioambiental y social para asegurar su viabilidad a largo plazo.
5. Resolución de conflictos: procesos abiertos y multilaterales que incluyan a todos los interesados en la prevención y resolución de disputas.
6. Seguridad: aspecto esencial en el desarrollo de infraestructuras públicas.

proyección jurídico-pública al tratamiento de las formas de colaboración público-privada, no solamente compromete su virtualidad como formas alternativas a las propuestas más ortodoxas, sino que les priva de su sentido último como contribución a la reforma del Estado en su vertiente prestacional enfocada hacia una mayor eficiencia de la acción pública y al refuerzo de las condiciones de gobernanza.

Así, como nueva forma de gobernanza los *public-private partnerships* requieren una redefinición del rol y el ámbito de competencia respecto de los servicios públicos y su prestación. Ello dibuja un cambio desde una forma jerárquica en la prestación de los servicios públicos por parte del Estado hacia políticas de búsqueda de la cooperación y la negociación; definitivamente se busca la preferencia de políticas de cooperación y negociación frente a las propuestas tradicionales basadas en la autoridad y la jerarquía¹²⁶.

Todo lo anterior dibuja un escenario nuevo que debe ser cuidadosamente explorado en orden a determinar las implicaciones que en términos de alteración de los parámetros relacionales de poder pueden derivarse de la implementación de políticas públicas prestacionales de corte colaborativo. La cuestión del poder y las relaciones de poder adquieren especial relevancia y ello porque el traslado de la autoridad desde el Estado hacia instituciones independientes contribuye al debilitamiento de una dirección política jerárquica. Asistimos a una “gobernanza multilateral” que ha desplazado el foco de atención del Estado a nivel nacional hacia formas de gobernanza subnacionales y supranacionales hacia las que se ha trasladado un relevante grado de poder, quedando aquel como conjunto de

¹²⁶ Cfr. PIERRE, J. y PETERS, G., *op. cit.*; STONE, C.N., *op. cit.*

órganos encargados del establecimiento de mecanismos que posibiliten la acción pública¹²⁷.

Los *public-private partnerships* representan esta nueva gestión pública multilateral en la que el Estado se ve desprovisto de esa tradicional situación de autoridad en sus relaciones prestacionales, que inspiraban su intervención directa en la vida pública desde una posición de privilegio, para erigirse en regulador de la adecuada gobernanza en dicho marco relacional de interacción con la sociedad civil. En su papel regulador el sector público se acerca a los parámetros aplicables a la provisión de infraestructuras y servicios en sectores económicos o *utilities* en los que el mercado se provee de forma privada en régimen de liberalización con agencias públicas estableciendo una regulación conducente a mejorar la actuación del sector mediante el aumento de los beneficios proporcionados por el servicio público y la protección de consumidores y operadores¹²⁸. La efectividad de la fórmula regulatoria en sectores potencialmente competitivos o de tendencia moderadamente monopolística que favorecen la provisión híbrida entre las esferas pública y privada con protagonismo de formas colaborativas puede servir como referencia de actuación en el diseño de las estructuras relacionales de los *public-private partnerships* cuya propia concepción sitúa en ese terreno ciertamente indefinido entre lo público y lo privado.

Sin embargo, el contexto de indefinición de fronteras entre la jurisdicción política y las fuerzas del mercado debe ser fuente de gran preocupación ya que

¹²⁷ Cfr. MOHR, A., *op. cit.*; PIERRE, J., *Conclusions*, en PIERRE, J. (ed.), *Partnerships in Urban Governance: European and American Experiences*, Palgrave Macmillan, Basingstoke y Nueva York, 1998.

¹²⁸ Para la profundización en el concepto de regulación véase JAMISON, M. A., BERG, S. V., GASMI, F. y TÁVARA, J. I., *op. cit.*

esta estructura de gobernanza puede desplazar fácilmente la transparencia pública y permitir a actores cuya referencia es el mercado libre penetrar en el ámbito de la política¹²⁹. El riesgo de una pérdida de garantías respecto de la transparencia de los procesos y la información pública, en ocasiones asociada a la dinámica de actuación del mercado competitivo, deben inspirar el reforzamiento del aspecto tutelar de la actividad pública regulatoria en orden al aseguramiento de los intereses generales a través de los principios de gobernanza que necesariamente presidirán los procesos prestacionales.

El fortalecimiento de la acción protectora del Estado y sus órganos reguladores independientes sobre la transparencia y contabilidad de los proyectos, los intereses de los agentes sociales intervinientes y del bien común representado en el concepto general del interés público aparece indisolublemente unido a la concepción misma de los *public-private partnerships* en su persecución de la eficiencia pública en la provisión de bienes y servicios¹³⁰.

2.2 La reforma del sector público: el New Public Management.

¹²⁹ MOHR, A., *op. cit.*, profundiza en este aspecto en relación con la posibilidad de desajustes entre el desarrollo económico que representan los PPP y las normas políticas o de gobernanza y, si existieran, cuales son las implicaciones de la gobernanza multilateral en la transparencia y eficiencia públicas. Esto conduce el debate hacia la cuestión de la falta de transparencia de la actuación del sector privado en la provisión de servicios públicos y su difícil sometimiento a las coordinadas públicas de información en los casos de utilización de fondos públicos.

¹³⁰ La utilización de un concepto concreto de interés público determinable y exigible a través del contrato es práctica consolidada en países con tradición en la implementación de *public-private partnerships* como Australia. En estrecha relación con el concepto de gobernanza, el *public interest* incluye aspectos como la contabilidad y transparencia de los proyectos, los derechos de los usuarios, el acceso a las instalaciones, la seguridad y privacidad etc... Como parte de la gestión contractual se establece un procedimiento previo de evaluación de cada proyecto en orden a determinar si se respetan y protegen los parámetros de interés público establecidos. Cfr. PARTNERSHIPS VICTORIA., *op. cit.*

Esta nueva concepción del sector público debe ser puesta en relación con el contexto de reformas de la gestión y organización públicas englobadas en el denominado *New Public Management (NPM)* que se han impulsado en los principales países desarrollados del mundo, especialmente en la órbita de países con tradición anglosajona con Nueva Zelanda a la cabeza, desde la década de los años 80¹³¹.

Partiendo del concepto de gestión pública (*public management*) como el conjunto de procesos e interdependencias organizativas existentes en el seno del sector público o, más específicamente, como la fusión de prácticas de gestión privada y la tradicional Administración Pública en un contexto de división de la sociedad entre la civil y la pública o estatal, puede considerarse desde un plano operativo que el *NPM* consiste en reformas deliberadas en las estructuras y procedimientos de las organizaciones públicas en orden a la mejora de su funcionamiento¹³². El *NPM*, además de la reforma de la Administración Pública en su vertiente más operativa, persigue una transformación de cultura en la percepción del sector público en el seno de sus relaciones de gobernabilidad.

Según señala LOSADA se pretende una Administración equilibrada y no expansiva en su concepción, dinámica, relacional y competitiva en su actuación

¹³¹ HOOD establece tres grupos de países en función del ámbito, intensidad y celeridad de las reformas, siendo Nueva Zelanda, Australia, Reino Unido, Suecia y Canadá los que lideran las iniciativas mientras que España se encuentra entre los países que, habiéndolas iniciado, están en una fase aún incipiente junto con Grecia, Alemania, Suiza, Japón y Turquía. Entre los países que se encuentran en un estadio intermedio en el desarrollo de las reformas destacan Estados Unidos, Dinamarca, Francia, Holanda, Austria, Finlandia, Italia y Portugal. HOOD, C., "The New Public Management in the 1980's: Variations on a Theme", *Accounting, Organizations and Society*, vol. 20, nº 2-3, 1995.

¹³² Cfr. PIERRE, J. (ed.), *Bureaucracy and Modern State: An Introduction to Comparative Public Administration*, Edward Elgar Publishing, 1995; POLLITT, C. y BOUKAERT G., *Public Management Reform: A Comparative Analysis*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

prestacional y responsable ante la sociedad en la evaluación de resultados y la transparencia de su acción gestora. En este contexto de actuación se contempla un extenso abanico de medidas de diversa índole, cuya implantación paulatina en las estructuras político-administrativas de cada país ha ido delimitando, con diverso alcance e intensidad en cada uno de ellos, un nuevo panorama en la acción pública prestacional claramente enfocado hacia un servicio más eficaz y eficiente a los ciudadanos a través de mecanismos basados en la evaluación de los resultados y objetivos, el aprovechamiento de las capacidades innovadoras del sector privado y la descentralización competencial en aras de una mayor cercanía y eficacia¹³³.

El objetivo integral del proceso reformador es la sustitución de la tradicional Administración burocrática presidida por el control de los *inputs* y la legalidad por un nuevo modelo de gestión enfocado en los resultados o *outputs*, el incremento del valor de la acción prestacional, así como la evaluación de la eficiencia, eficacia, economía e impacto social de los servicios públicos. Se propone una mayor flexibilidad administrativa con una progresiva descentralización del sector público a través de agencias que actúen de forma más eficiente, restaurando la confianza de los ciudadanos en los gobiernos y en el sistema democrático¹³⁴.

¹³³ LOSADA, C., "Procesos de Modernización de las Administraciones Públicas: Contenidos y Estrategias de Reforma", *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, 7-8, 1997. Las referencias al proceso de implantación de las reformas comprendidas en el NPM en los principales países impulsores y el detalle de los principales textos legales desarrollados como marco legal de amparo al proceso reformador pueden encontrarse en CORTÉS, J. I., *Adopción Internacional del New Public Management: Un Enfoque hacia los Resultados*, Departamento de Economía Aplicada, Universidad de las Islas Baleares, Palma de Mallorca, 2003.

¹³⁴ *Ibid.*.

De acuerdo con LIENERT, este ámbito de reformas se extiende principalmente en tres direcciones dentro de las áreas propias de la tradicional estructura burocrática o administrativa: mejora de la actuación administrativa o “*improved performance*”, descentralización del presupuesto y la gestión y mayor transparencia y responsabilidad públicas¹³⁵. Sobre la base genérica de una mejora en la prestación de servicios al ciudadano, la primera propone medidas esenciales en el diseño de la acción de gobierno estableciendo el marco operativo en el que las nuevas formas de colaboración público-privada van a encontrar el entorno adecuado para su efectivo desarrollo e implementación. Así se contempla el énfasis en la eficiencia, eficacia y economía de la iniciativa pública incluyendo el establecimiento de indicadores de “*performance*” para su evaluación, la articulación presupuestaria en términos de objetivos y resultados y la extensión e intensificación de las formas de participación privada y la introducción de mecanismos propios del mercado¹³⁶.

La segunda línea de reforma aboga por la acción descentralizadora en el diseño estructural del Estado mediante la creación de agencias especializadas con autonomía de gestión y otros órganos de influencia directa en la órbita prestacional, la liberalización o desregulación de las actividades productivas y su

¹³⁵ LIENERT, I., *Are Laws Needed for Public Management Reforms? An International Comparison*, IMF Working Papers, WP05/62, Fiscal Affairs Department, Fondo Monetario Internacional, Marzo 2005. Según el criterio de la Organización Internacional de las Supremas Instituciones de Auditoría (*International Organization of Supreme Audit Institutions (INTOSAI)*), el término “*performance*” se utiliza para designar la actuación de la Administración en términos de eficacia, eficiencia, economía y calidad, y la evaluación de resultados de acuerdo a estos parámetros. Cfr, CORTÉS, *op. cit.*

¹³⁶ Se abandonan paulatinamente las técnicas de presupuestación tradicionales basadas en los *inputs* para centrarse en los *outputs* desplazando así el compromiso de los órganos respecto de los fondos públicos y la referencia para su control desde las actividades delimitadas específicamente hacia la consecución de determinados resultados de gestión y objetivos públicos dejando libertad de acción en la elección de políticas e iniciativas.

apertura a la competencia libre sin intervención pública y la descentralización del control y la auditoría¹³⁷. Ello redundará en una estructura más operativa y eficiente que acerque los esfuerzos inversores a las necesidades sociales específicas y en la delimitación del campo público de acción más adecuado a las exigencias de cada mercado. Por último, el respeto a los principios de transparencia y responsabilidad imponen la precisa clarificación de rol a desempeñar por cada uno de los agentes con participación en la gestión pública, el traslado fluido de información al Parlamento y a la sociedad y la articulación de controles externos.

Esta transformación en la estructura y parámetros de actuación del sector público dejando atrás su tendencia expansiva hacia rígidos y jerarquizados complejos institucionales, incluido el ineficiente y sobredimensionado tejido empresarial público, va a contribuir decisivamente a la consolidación de los *public-private partnerships* como paradigma de una nueva filosofía en la provisión de bienes y servicios desde la eficacia en la gestión y un enfoque multilateral de gobernanza. El planteamiento de un Estado regulador y descentralizado que asume una posición tutelar del interés público permitiendo la libertad de acción al sector privado en orden al aprovechamiento de sus capacidades de innovación y bajo principios de transparencia y responsabilidad en la rendición de información, sintoniza plenamente con las premisas teóricas que inspiran la concepción de la colaboración como propuesta de gobernabilidad.

Pero la completa efectividad de estos principios renovadores demanda la acometida de profundas modificaciones en el marco legal y administrativo

¹³⁷ La creación de agencias ejecutivas autónomas se denomina ilustrativamente como *agencification* en LIENERT, I, *op.cit.*

vigente en cada Estado, de manera que se armonice el escenario jurídico-público en el que se desenvuelve la acción administrativa con las nuevas pautas de gestión pública que el proceso persigue. Así, a lo largo de las distintas áreas de influencia de la actividad pública, que se extienden desde la gestión económico-financiera y presupuestaria hasta la contractual y prestacional, pasando por contenidos organizativos y de recursos humanos, es necesaria la asunción de reformas en los estatutos y normas escritas en orden a introducir los principios del *NPM*, en particular, los referidos a la mejora de la transparencia, la responsabilidad y la *performance* públicas¹³⁸.

En este proceso de reforma del entorno público de gestión, la elaboración en los distintos niveles normativos de nuevos textos reguladores, o la revisión de los ya existentes, se adaptará a las peculiaridades de cada sistema legal y administrativo en orden a la perfecta y necesaria sincronización entre los objetivos perseguidos y las condiciones jurídico-administrativas existentes. Diferencias que, más allá de la simple delimitación de la personalidad de cada Estado en el diseño y actuación de su sector público y el entorno jurídico en el que se enmarca, se manifiestan como una profunda separación conceptual entre los principales sistemas jurídico-públicos vigentes en el mundo y a los que la mayoría de los países se acogen de forma más o menos completa¹³⁹.

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ No es objeto de este trabajo la profundización en el impacto de las reformas legales y administrativas acuñadas al amparo de la *NPM* en los distintos sistemas jurídicos vigentes. No obstante, siguiendo a LIENERT, I., *op. cit.*, podemos señalar que a los efectos de tal exploración se reconocen tres sistemas principales:

- Legislación general o de principios generales (*legislate the principles*): se identifica con los países con un derecho público administrativo general que regula la actividad estatal a través del acervo de leyes y reglamentos escritos. La gestión centralizada y rígida responde a una visión

El diferente contexto en la concepción del derecho público y el Estado mismo van a condicionar definitivamente la necesidad y el procedimiento de las reformas a emprender por los poderes públicos, pero el éxito de este proceso tenderá a limar las diferencias entre estas perspectivas contrapuestas de lo público, convergiendo hacia una misma idea de la acción de gobierno presidida por el respeto a los principios de eficacia, eficiencia y economía, así como la garantía de transparencia e información; un sector público que, desde una posición tutorial sobre el bien común y los intereses públicos, fomente la libertad de acción del sector privado en el desarrollo eficiente e innovador de servicios públicos en un marco normativo flexible que contemple una gobernanza multilateral e igualitaria. En ese proceso de convergencia hacia un nuevo modelo de sector público y de gobernanza los *public-private partnerships* encuentran el entorno jurídico-público más adecuado para su definitivo impulso de conformidad con los planteamientos conceptuales más genuinos.

del Estado como autoridad central y superior en la articulación de las relaciones de gobernanza.

- Modelo de los países "*Westminster*": coinciden básicamente con el modelo legal anglosajón en el que La Corona, como concepto más abstracto, sustituye a la noción de Estado centralista en la gestión y la legislación de la esfera pública. Los principios generales dejan paso a criterios más pragmáticos y flexibles sin que la norma escrita juegue un papel tan fundamental (el *Common Law*, la Constitución no escrita y la descentralización y pragmatismo de las normas caracterizan un derecho público como concepto de reciente importación).
- La denominada "tercera vía": presente en países del norte de Europa como los escandinavos u Holanda se caracteriza por huir de la legalidad basada en principios generales pero sin adoptar el sistema anglosajón en toda su extensión. Su especial configuración política y parlamentaria impone prácticas de consenso entre los poderes ejecutivo y legislativo ("*decisions*" y "*coalition agreements*") para la flexibilización de la acción de gobierno.

V. CONCLUSIONES

La transformación en los planteamientos sustanciales de la acción pública prestacional a la que estamos asistiendo de forma generalizada en estos últimos años, y cuya manifestación principal es la proliferación de esquemas de colaboración público-privada en el contexto de un proceso de reforma de la gestión pública, lejos de responder a tendencias puramente coyunturales o esporádicas en el diseño de las políticas públicas, encuentra su arraigo en sólidas arquitecturas doctrinales que han afianzado una novedosa perspectiva del marco relacional en la provisión de bienes y servicios sobre la base de principios profundamente enraizados en la tradición anglosajona.

La necesaria inmersión en los fundamentos teóricos de estas formas contractuales complejas nos revela un escenario aún por explorar que se extiende en el impreciso terreno que marcan los límites entre lo público y lo privado, en el que los parámetros tradicionales de distinción entre ambos dejan paso a una nueva dimensión híbrida en la que ambos conceptos se entremezclan y confunden. Unas formas que, asentadas sobre la concepción colaborativa y multilateral de las relaciones a largo plazo acuñada tiempo atrás en la práctica de Estados Unidos, apuestan por un enfoque nuevo de las pautas de actuación de los sectores público y privado superando rancias ortodoxias ideológicas y posicionamientos simplistas y contribuyendo a una redefinición del rol del Estado en su vertiente prestacional y de la gobernanza misma.

La sustantividad de estas propuestas se nutre en primer término de las teorías económicas que fundamentan las alternativas de provisión de los distintos bienes en función de su naturaleza y de la especificidad de la relación a largo

plazo propia de la transmisión de bienes y servicios públicos para establecer una primera aproximación a los parámetros de oportunidad para su implementación. Asimismo, el tratamiento doctrinal de las bases jurídicas sobre las que se yerguen los esquemas de *public-private partnerships* resulta capital para su precisa delimitación respecto de concepciones muy cercanas como el *outsourcing* más convencional o los procesos de privatización que evite confusiones conceptuales demasiado frecuentes.

El componente nuclear de las fórmulas relacionales que se asoman tras este proceso de reforma de la filosofía pública prestacional, caracterizado por el mecanismo de colaboración multilateral entre agentes económicos y sociales, públicos y privados para la consecución de sus respectivos objetivos a través del leal reparto de riesgos y beneficios, aparece revestido de una articulación contractual compleja y flexible que, incorporando instrumentos financieros adecuados para la acción en régimen de mercado, se fundamenta en los principios ya tradicionales de la forma concesional.

Sobre la estructura jurídica de la delegación y el contrato relacional, propios de la profusamente utilizada concesión para la gestión de obras y servicios públicos, se configura una propuesta que trasciende de los arquetipos utilizados en la contratación pública formal y, en particular, se desliga de la rígida contraposición de actitudes, posicionamientos y responsabilidades entre los sectores público y privado que tradicionalmente la han inspirado.

A la luz de la rica experiencia de los países de la órbita angloamericana en la colaboración de sujetos privados y públicos de toda índole, y en diferentes grados, en la gestión de lo público, y las conclusiones positivas de tal cooperación

en términos de eficiencia, innovación y cualitativos respecto de la demostrada ineficacia de las estructuras burocráticas públicas, la tendencia actual pretende extender, a través de la implantación de estas formas innovadoras, un nuevo marco relacional que abra las puertas a la consecución del tan añorado objetivo de la eficiencia pública en la gestión. Ello además en el marco de profundas reformas del sector público y su acción de gobierno que, en los últimos veinte años, están transformando con éxito el entorno jurídico-público en el que las relaciones de gobernanza se desarrollan.

Nos encontramos con un nuevo concepto de acción pública caracterizado por una posición estatal alejada de las responsabilidades propias de gestión y despojada de las prerrogativas que amparan el ejercicio de autoridad, erigiéndose en garante del bien común, los intereses públicos y el adecuado funcionamiento de los servicios públicos, y actuando en cooperación igualitaria y bajo principios de probidad con los agentes sociales y económicos. Fijando los parámetros de acción en clave de objetivos u *outputs* que aseguren la calidad prestacional, se inhibe de una intervención directa sobre las técnicas de gestión cediendo libertad al privado en tal función para que introduzca sus capacidades de innovación y eficacia.

En un contexto de cambios en las pautas tradicionales de gobernanza en el que toman forma nuevas relaciones de poder de carácter supranacional y subnacional, alterando los hitos referenciales del Estado nacional y centralista, la gestión pública se organiza de manera descentralizada a través de órganos subsidiarios, por ejemplo agencias, que contribuirán a un mayor acercamiento a los usuarios como destinatarios de la acción pública en aras de la eficacia, así como a una eficiente canalización del objetivo regulador sobre la actividad

prestacional. El enfoque prioritario sobre la calidad de los servicios públicos en lugar del tradicional énfasis sobre la construcción de los activos o infraestructuras que les dan soporte, descarga al sujeto público de la responsabilidad del proceso de producción centrando su rol en la actividad regulatoria encaminada al aseguramiento del interés público, la protección de los usuarios y el equilibrio de los sectores, a semejanza de las situaciones de preliberalización o privatización de mercados potencialmente competitivos.

Este trascendental paso hacia una nueva era en la definición del sector público prestacional y las relaciones de gobernanza con la sociedad civil en busca de mayor eficacia, eficiencia y transparencia en la acción pública de producción y asignación de recursos, una de cuyas manifestaciones más relevantes es la proliferación de las diferentes formas de *public-private partnerships* en su sentido más amplio, deberá contar en todo momento con el necesario respaldo doctrinal que garantice el respeto a los principios esenciales que avalan este proceso reformador y aumenten sus posibilidades de éxito, especialmente en las adaptaciones prácticas y normativas a sistemas jurídico-públicos diferentes de aquel en que se originaron.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ABELSON, P., *Outsourcing of Public Services in Australia: Seven Case Studies*, Macquarie Economics Research Papers, No. 3/2005, Department of Economics, Macquarie University, Sydney, Abril 2005.
- ABRAHAMSON, M., *Risk Management*, Paper presented to International Construction Law Conference, Sidney, Octubre, 1982, pp. 19-21.

- ALLEN, G., *The Private Finance Initiative (PFI)*, Research Paper No. 01/117, Economic Policy and Statistics Section, House of Commons Library, Londres, Diciembre, 2001.
- ASCHAUER, D., "Does Public Capital Crowd Out Private Capital?", *Journal of Monetary Economics*, vol. 24, nº 2, 1989, pp.171-188.
- "Is Public Expenditure Productive?", *Journal of Monetary Economics*, Vol. 23, 1989, 177-200.
- AUGENBLICK, M., Y CUSTER, B. S., *The Build Operate and Transfer (BOT) Approach to Infrastructure Projects in Developing Countries*, Policy, Research and External Affairs Working Papers, WPS498, Banco Mundial, Agosto, 1990.
- BAILEY, S. J., *Public Sector Economics: Theory, Policy and Practice*, MacMillan, Londres, 2002.
- BEATO, P., Y VIVES, A., "Private Sector Participation in Infrastructure: Risk, Fiscal and Efficiency Issues in Public-Private Arrangements for the Provision of Services," *Infrastructure*, vol. 1, nº3, 1996, pp. 3-14.
- BEL, G. (ed.), *Privatización, desregulación y ¿competencia?*, Civitas, Madrid, 1996.
- BENNETT, J., Y IOSSA, E., *Building and Managing Facilities for Public Services*, Discussion Paper 02-08, Department of Economics and Finance, Brunel University, Londres, 2003.
- BENTZ, A., GROUT, P., Y HALONEN, M., *Public-Private Partnerships: What Should the State Buy?*, Centre for Market and Public Organisation (CMPO) Working Papers, 01/40, Leverhulme Centre of Market and Public Organisation, University of Bristol, Bristol, 2002.
- BEZANCON, X., *Les Services Publics en France: Du Moyen Age à la Révolution*, Presses de L'école Nationale des Ponts e Chaussées, Paris, 1995.
- BESLEY, T. Y GHATAK, M., "Government versus Private Ownership of Public Goods," *Quarterly Journal of Economics*, vol. 116. nº 4, 2001, pp. 1343-1372.
- BORCHERDING, T. E., BURNABY, B. C., POMMERENHE, W. W., Y SCHNEIDER, F., "Comparing the Efficiency of Private and Public Provision: the Evidence from Five Countries," *Zeitschrift fur Nationalökonomie*, 89, 1982, pp. 127-156.

- CARROL, P. Y STEANNE, P., *Public-Private Partnerships: Sectorial Perspectives*, en Osborne, S. (ed.), *Public-Private Partnerships: Theory and Practice in International Perspective*, Routledge, Londres, 2000.
- CAVERS, D. Y NELSON, J., *Electric Power Regulation in Latin America*, John Hopkins University Press, Baltimore, 1959.
- CLARK, G.L. Y ROOT, A., "Infrastructure Shortfall in United Kingdom: The Private Finance Initiative and Government Policy," *Political Geography*, vol.18, nº 3, Marzo, 1999, pp. 341-365.
- COASE, R., "The Nature of the Firm," *Economica*, vol. 4, nº 16, 1937, pp. 386-405, traducción española en COASE, R., *La empresa, el mercado y la ley*, Alianza Editorial, Madrid, 1994.
- CORTÉS, J. L., *Adopción Internacional del New Public Management: Un Enfoque hacia los Resultados*, Departamento de Economía Aplicada, Universidad de las Islas Baleares, Palma de Mallorca, 2003.
- CROCKER, K Y MASTEN, S., "Regulation and Administered Contracts Revisited: Lessons from Transaction-cost Economics for Public Utility Regulation", *Journal of Regulatory Economics*, vol. 9, nº 1, Enero 1996, pp. 5-40.
- CRUZ FERRER, J. De La, *Principios de Regulación Económica en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2002
- DANIELS, R Y TREBILCOCK, M., "Private Provision of Public Infrastructure: An Organizational Analysis of the Next Privatisation Frontier", *University of Toronto Law Journal*, 46, 1996, pp. 375-426.
- DE BETTIGNIES, J. E. Y ROSS, T., "The Economics of Public-Private Partnerships," *Canadian Public Policy- Analyse de Politiques*, vol. 30, nº 2, 2004, pp. 135-154.
- DELONG, J.B. Y SUMMERS, L., "Equipment Investment and Economic Growth", *Quarterly Journal of Economics*, vol. 106, nº 2, Mayo, 1991, pp. 445-502.
- DEMSETZ, H., "Why Regulate Utilities", *Journal of Law and Economics*, vol. 11, 1968, pp. 55-65.
- DOMBERGER, S, Y HALL, C., "Contracting for Public Services: A Review of Antipodean Experience," *Public Administration*, vol. 74, 1996, pp. 129-147.

- EBERTS, R.W., *Estimating the Contribution of Urban Public Infrastructure to Regional Growth*, Working Paper 8610, Federal Reserve Bank of Cleveland, 1986.
- ENGEL, E., FISCHER, R., Y GALETOVIC, A., *Soft Budgets and Highway Franchising*, Fourth Annual Latin America Conference of Infrastructure and Resources, Stanford Centre for International Development and Stanford Institute for Economic Policy Research, Diciembre, 2003.
- ERENBURG, S.J., *Linking Public Capital to Economic Performance*, Public Policy Brief Papers, nº 14, the Jerome Levy Institute of Bard College, Nueva York, 1994.
- *The Relationship between Public and Private Investment*, The Jerome Levy Economics Institute Working Papers, nº 85, Febrero, 1993.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, vol. 1, 12ª edición, Madrid 2004, vol. 2, 9ª edición, Madrid, 2004.
- GREVE, C. Y EJERSBO, N., *When Public-Private Partnerships Fail*, Nordisk Kommunalforskningskonference, Odense, Noviembre-Diciembre, 2002.
- GREVE, C., "Public-Private Partnerships in Scandinavia," *International Public Management Review*, vol. 4, nº 2, 2003, pp. 59-69.
- GRIMSEY, D., "The Privatisation Myth," *Public Infrastructure Bulletin*, Australian Centre for Public Infrastructure, University of Melbourne, Melbourne, Septiembre, 2003, pp. 9-11.
- GRIMSEY, D. Y LEWIS, M.K., *Public-Private Partnerships: The Worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance*, Edward Elgar, Cheltenham, 2004.
- GROSSMAN, S. Y HART, O., "The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration," *Journal of Political Economy*, vol. 94, 1986, pp. 691-719.
- GROUT, P.A., "The Economics of the Private Finance Initiative," *Oxford Review of Economic Policy*, vol.13, nº 4, 1997, pp. 53-66.
- GUISLAIN, P., *The Privatization Challenge: A Strategic, Legal and Institutional Analysis of International Experience*, Banco Mundial, Washington DC, 1997.
- HALL, J., "Private Opportunity, Public Benefit?" *Fiscal Studies*, vol. 19, nº 2, Mayo, 1998, pp. 121-140.

- HART, O., "Incomplete Contracts and Public Ownership: Remarks, and an Application to Public-Private Partnerships," *The Economic Journal*, Vol. 113, Marzo, 2003, C69-C76.
- HART, O. Y MOORE, J., "Property Rights and the Nature of the Firm," *Journal of Political Economy*, Vol. 98, Diciembre, 1990, pp. 1119-1158.
- HART, O., SCHLEIFER, A. Y VISHNY, R., "The Proper Scope of Government: Theory and Applications to Prisons", *Quarterly Journal of Economics*, vol. 112, nº 4, 1997, pp. 1127-1158.
- HM TREASURY UK, *Competition and the Private Finance Initiative: Guidance for Departments*, Private Finance Panel, Londres, 1994.
- *Private Opportunity, Public Benefit: Progressing the Private Finance Initiative*, Noviembre, 1995.
 - *Partnerships for Prosperity*, Private Finance Taskforce, Londres, 1997.
 - *Public-Private Partnerships: the Government's Approach*, The Stationery Office, Londres, 2000.
 - *Standardisation of PFI Contracts*, Abril, 2004.
 - *PFI: Strengthening Long-Term Partnerships*, Marzo, 2006.
- HODGE, G Y GREVE, C., *The Challenge of Public-Private Partnerships: Learning from International Experience*, Edward Elgar, Cheltenham, 2005.
- HODGE, G., *Privatisation: An International Review of Performance*, Westview Press, Colorado, 2000.
- *Privatization: The Australian Experience*, en Parker, D. y Saal, D. (ed)., *International Handbook on Privatization*, Edward Elgar, Cheltenham, 2003, pp. 161-186.
 - *Governing the Privatized State: New Accountability Guardians*, Paper presented at *Accountable Governance: An International Research Colloquium*, Queens University, Belfast, Octubre, 2005.
- HOOD, C., "The New Public Management in the 1980's: Variations on a Theme", *Accounting, Organizations and Society*, vol. 20, nº 2-3, 1995, pp. 93-109.

- IRWIN, T., KLEIN, M., PERRY, G. E. Y THOBANI, M., "Managing Government Exposure to Private Infrastructure Risks," *The World Bank Research Observer*, vol. 14, n° 2, Agosto, 1999, pp.229-245.
- JACOBSON, C. D. Y TARR, J. A., *Ownership and Financing of Infrastructure: An Historical Perspective*, Policy Research Working Papers, WPS 1466, el Banco Mundial, Washington DC, Junio, 1995.
- JAMISON, M. A., BERG, S. V., GASMI, F. Y TÁVARA, J. I., *The Regulation of Utility Infrastructure and Services: An Annotated Reading List*, the Public-Private Infrastructures Advisory Facility (PPIAF) and the World Bank , 2005.
- KERF, M., KLEIN, M., GRAY, R.D., IRWIN, T., LEVESQUE, C. Y TAYLOR, R.R., *Concessions for Infrastructure: A Guide to their Design and Award*, World Bank Technical Papers, n° 399, el Banco Mundial, Marzo, 1998.
- KEYNES, J.M., *The General Theory of Employment, Interest and Money*, Macmillan Cambridge University Press, Londres, 1936.
- KHURSHEED, A. F. Y BORCHERDING, T. E., "Organising Government Supply: the Role of the Bureaucracy" en Thompson, F. & Green, M. (ed.), *Handbook of Public Finance*, Marcel Dekker: Nueva York, 1996, pp.43-92.
- KINNOCK, N., "Transport Policy Needs at the End of the Century," *European Business Journal*, vol. 10, n° 3, 1998, 122-129.
- KLEIN, B., CRAWFORD, R Y ALCHAIN, A., "Vertical Integration, Appropriable Rents and the Competitive Contracting Process", *Journal of Law and Economics*, vol. 21, 1978, pp. 297-326.
- KLEIN, M. W., *Bidding for Concessions*, World Bank Policy Research Working Papers, n° 1957, El Banco Mundial, Agosto, 1998.
- KLIJN, E. H. Y TEISMAN, G.R *Governing Public-Private Partnerships*, en OSBORNE, S. (ed.), *Public-Private Partnerships: Theory and Practice in International Perspective*, Routledge, Londres, 2000.
- KOOIMAN, J. (ed.), *Modern Governance: New Government-Society Interactions*, Sage Publications, Londres, 1993.
- LAFFONT, J. Y TIROLE, J., *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, MIT Press, 1993.

- LAWTHER, W.C., *Contracting for the 21st Century: A Partnership Model*, the PricewaterhouseCoopers Endowment for the Business of Government, Arlington, 2002.
- LIENERT, I., *Are Laws Needed for Public Management Reforms?: An International Comparison*, IMF Working Papers WP05/62, Fiscal Affairs Department, Fondo Monetario Internacional, Marzo, 2005.
- LINDER, S., "Coming to Terms with Public-Private Partnerships: A Grammar of Multiple Meanings", *American Behavioural Scientist*, Vol. 43, No.1, 1999, pp. 35-51.
- LINDER, S. Y ROSENAU-VAILLANCOURT, P., *Mapping the Terrain of the Public-Private Policy Partnerships*, MIT Press, Massachusetts, 2000.
- LORRAIN, D., "The French Model of Urban Services", *West European Politics*, Vol. 15, Abril 1992, pp.77-92.
- LOSADA, C., "Procesos de Modernización de las Administraciones Públicas: Contenidos y Estrategias de Reforma", *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, 7-8, 1997, pp. 95-101.
- LUNDSGAARD, J., *Competition and Efficiency in Public Funded Services*, Economics Department Working Papers, nº 331, OECD Publishing, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, Paris, 2002.
- LYNDE, C., "Private Profit and Public Capital", *Journal of Macroeconomics*, vol. 14, nº1, 1992; pp. 125-142.
- MCQUAID, R. W. *The Theory of Partnership*, en Osborne, S. (ed.), *Public-Private Partnerships: Theory and Practice in International Perspective*, Routledge, Londres, 2000.
- MERTON, R., "On the Cost of Deposit Insurance When there are Surveillance Costs," *Journal of Business*, vol. 51, nº 3, 1978, pp. 439-452.
- MOHR, A., "Governance through Public-Private Partnerships: Gaining Efficiency at the Cost of Public Accountability?", *International Summer Academy on Technology Studies- Urban Infrastructure in Transition*, Centre for the Study of Democracy, University of Westminster, Londres, 2004, pp. 235-258.
- MORRISON, C.J. Y SCHWARTZ, A.E., *State Infrastructure and Economic Performance*, National Bureau of Economic Research (NBER) Working Papers,

nº 3981, Cambridge (Massachusetts), 1992, citado en Erenburg, S.J., *Linking Public Capital to Economic Performance*, Public Policy Brief Papers, nº 14, the Jerome Levy Institute of Bard College, Nueva York, 1994.

MUNNELL, A., "Why Has Productivity Growth Declined? Productivity Growth and Public Investment," *New England Economic Review*, Federal Reserve Bank of Boston, Enero-Febrero 1990, pp. 3-22.

- "Infrastructure Investment and Economic Growth," *Journal of Economic Perspectives*, vol. 6, nº 4, 1992, pp. 189-198.

NATIONAL AUDIT OFFICE UK (NAO), *Managing the Relationships to Secure a Successful Partnership in PFI Projects*, Report by the Comptroller and Auditor General, HC 375 Session 2001-2002:29, Londres, Noviembre, 2001.

- *The Private Finance Initiative: The First Four Design, Build, Finance and Operate Road Contracts*, HC 476, Londres, 1998.

NATIONAL COUNCIL OF PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS (NCPPP), *Critical Choices: the Debate Over Public-Private Partnerships and What it Means for America's Future*, White Paper by the NCPPP, Washington, Septiembre, 2003.

- *For the Good of the People: Using Public-Private Partnerships to Meet America's Essential Needs*, White Paper by the NCPPP, Washington, 2002.

OSBORNE, S. (ed.), *Public-Private Partnerships: Theory and Practice in International Perspective*, Routledge, Londres, 2000.

OSBORNE, D. Y GAEBLER, T., *Reinventing Government*, Plume, Nueva York, 1993.

PARKER, D. Y SAAL, D., *Introduction* en PARKER, D. Y SAAL, D. (ed.), *International Handbook on Privatisation*, Edward Elgar, Cheltenham, 2003, pp. 1-21.

PARTNERSHIPS UK, *Report on Operational PFI Projects*, Partnerships UK, Marzo, 2006.

PARTNERSHIPS VICTORIA, *Risk Allocation and Contractual Issues*, Partnerships Victoria Guidance Material, Department of Treasury and Finance, Melbourne, Junio, 2001.

PIERRE, J. (ed.), *Bureaucracy and Modern State: An Introduction to Comparative Public Administration*, Edward Elgar Publishing, 1995.

- *Conclusions*, en PIERRE, J. (ed.), *Partnerships in Urban Governance: European and American Experiences*, Palgrave Macmillan, Basingstoke y Nueva York, 1998.
- PIERRE, J. Y PETERS, G., *Governance, Politics and the State*", Political Analysis Series, McMillan Press, Nueva York, 2000.
- POLLITT, C. Y BOUKAERT G., *Public Management Reform: A Comparative Analysis*, Oxford University Press, Oxford, 2000.
- POLLITT, M. G., *The Declining Role of the State in Infrastructure Investments in UK*, Judge Institute of Management Studies, University of Cambridge, Cambridge, Febrero, 2000.
- *A Survey of the Liberalisation of Public Enterprises in the UK since 1979*, Cambridge Working Paper in Economics 9901, Faculty of Economics, University of Cambridge, Cambridge, 1999.
- QUICK, R., "Long-Term Ties: Managing PPP Contracts," *Public Infrastructure Bulletin*, Australian Centre for Public Infrastructure, University of Melbourne, Melbourne, Septiembre, 2003, pp. 12-14.
- REGAN, M., *Public-Private Partnerships: A Review of the Evidence*, Research Paper 05/05, Australian Centre of Public Infrastructure, University of Melbourne, Melbourne, 2005.
- SALAMON, L., *Partners in Public Service*, John Hopkins University Press, 1996.
- SÁNCHEZ-ROBLES, B., "Infrastructure Investment and Growth: Some Empirical Evidence", *Contemporary Economic Policy*, vol. 16, nº1, Enero, 1998, pp. 98- 109.
- SAVAS, E.S., *Privatisation and Public-Private Partnerships*, Chatham House Publishers, Nueva York, 2000.
- SCHEIBER, H., "Federalism and the American Economic Order, 1789-1910", *Law and Society Review*, vol. 10, 1975, pp. 58-118.
- SCULLARD, H.H., *From the Gracchi to Nero, A History of Rome from 133 BC to AC 68*, Methuen and Company, Londres, 1963.
- STOKER, G., *Public-Private Partnerships in Urban Governance*, en PIERRE, J. (ed.), *Partnerships in Urban Governance: European and American Experiences*, Pierre, J., Palgrave, Basingstoke y Nueva York, 1998.

- STONE, C.N., "Urban Regimes and the Capacity to Govern: A Political Economy Approach", *Journal of Urban Affairs*, vol. 15, nº 1, 1993, pp. 1-28.
- TREBILCOCK, M., *The Prospects for Reinventing Government*, Howe Institute, Toronto, 1994.
- UNITED NATIONS ECONOMIC COMMISSION FOR EUROPE (UNECE), *Guidelines on Public-Private Partnerships for Infrastructure Development*, UNECE BOT Group, UNECE Forum on Public-Private Partnerships for Infrastructure: the Next Steps, Ginebra, Diciembre, 2000.
- *Governance in Public-Private Partnerships for Infrastructure Development*, Committee for Trade, Industry and Enterprise Development, TRADE/WP.5/2005/2, Ginebra, Noviembre, 2005.
- VAN HAM, H. Y KOPPENJAM, J., "Building Public-Private Partnerships", *Public Management Review*, vol. 4, nº1, 2001, pp. 593-616,
- VICKERMAN, R., *The Regional Effects of Experience with the Private Finance of Transport Infrastructure: Some Evidence from the UK*, 43th Congress of European Regional Science Association, Jyvaskyla, Agosto, 2003.
- VILLAR ROJAS, F. J., *Privatización de Servicios Públicos*, Editorial Tecnos, 1993.
- WALKER, C. Y SMITH, A. J., *Privatised Infrastructure: BOT Approach*, Thomas Telford Publications, Londres, 1995.
- WEITZMAN, R., "Conduct Unbecoming: Probit Codes in Tendering Processes," *Public Infrastructure Bulletin*, Australia Centre for Public Infrastructure, University of Melbourne, Melbourne, Septiembre, 2003, pp.5-22.
- WILLIAMSON, O. E., *The Mechanisms of Governance*, Oxford University Press, Oxford, 1996.