

# LA FISCALIZACIÓN DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN EL ÁMBITO DEL TRANSPORTE TERRESTRE

Isabel FERNÁNDEZ TORRES  
Consejera del Tribunal de Cuentas

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.– 2. LA UNIÓN EUROPEA Y LA FISCALIZACIÓN DE LA CPP.– 3. LA ACTIVIDAD FISCALIZADORA DEL TRIBUNAL DE CUENTAS EN RELACIÓN CON LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA.– 4. LA FISCALIZACIÓN DE LA CPP EN ESPAÑA TRAS LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO DE 2017.– 5. FISCALIZACIÓN POR LOS ÓRGANOS DE CONTROL EXTERNO: 5.1. Criterios de selección de las concesionarias y reequilibrio; 5.2. Precio de la construcción; 5.3. Sobre el mantenimiento de las autopistas y la calidad de los servicios.– 6. CONCLUSIÓN

## 1. INTRODUCCIÓN

Es evidente que, en el seno de la Unión Europea ha existido siempre un interés por el desarrollo de una red transeuropea de transporte. En los años 90 y a la vista de que el ritmo en la implantación de esa red no alcanzaba los umbrales previstos, se creó un Grupo de Alto Nivel sobre financiación de proyectos en dicha red mediante la colaboración entre los sectores público y privado. El Grupo concluyó que la fórmula colaboración público-privada (CPP, PPP en inglés) podía desempeñar un papel fundamental en el desarrollo e impulso de proyectos en la red transeuropea de transporte.

Lo cierto es que la idea de la colaboración público-privada, en su más amplia acepción, no es nada novedosa y bien podría decirse que ha aparecido y aparece, de una u otra forma, con mayor o menor intensidad, en muchos proyectos de construcción de las grandes infraestructuras, en su conclusión o en su mantenimiento. Así, no son pocos los casos en los que los particulares han contribuido de alguna manera en su consecución: por ejemplo, la construcción de la red para la distribución de agua en Madrid se hizo a cargo del erario público pero el Canal de Isabel II emitió bonos para que los particulares contribuyeran a la financiación lo que no deja de ser una vía para la colaboración público-privada.

Por otro lado, se constata que en muchos casos, la fórmula empleada ha sido la de la concesión, lo que tampoco es nuevo. Con independencia de que algunos autores sitúen sus orígenes en el Derecho Romano<sup>1</sup> lo cierto es que la concesión ha sido la fórmula por la que tradicionalmente se ha optado para la construcción y mantenimiento de las infraestructuras<sup>2</sup>. A su vez, los problemas que se suscitan hoy (en particular, en torno a la financiación) tampoco son nuevos. La construcción de los ferrocarriles del Norte en la segunda mitad del siglo XIX abocó a muchas sociedades concesionarias a su declaración en concurso. Surgen entonces las primeras regulaciones concursales en las que se incorpora como parte de la solución al procedimiento, la conversión de los acreedores en accionistas<sup>3</sup>. Estos supuestos, en los que ahora no vamos a detenernos, constituyen un ejemplo, siquiera particular, de colaboración público-privada.

Una de las cuestiones que se plantea en un primer momento es definir qué entendemos, desde un punto de vista jurídico, por colaboración público-privada. De hecho, es algo que intenta hacer el Tribunal de Cuentas Europeo en su Informe “Asociaciones público-privadas en la UE: deficiencias generalizadas y beneficios limitados” de 2018<sup>4</sup>, al constatar que uno de los problemas a los que nos enfrentamos es que no hay una interpretación homogénea entre los Estados<sup>5</sup>.

De hecho, y éste es el primer problema para un jurista y quizás más para un ius-privatista, la colaboración público-privada no es un concepto estrictamente jurídico sino un tipo de política pública o un modelo de gestión. No obstante, la estructura concesional que subyace en la mayoría de las modalidades de colaboración público-privada ha permitido su aplicación fácilmente en países como España y de hecho, la Ley de Contratos del sector público de 2017, suprime esta modalidad contractual por su escasa utilidad en favor de figuras como la concesión<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S., *Régimen Jurídico de las concesiones administrativas en el Derecho Romano*, Madrid, Dykinson, 1996.

<sup>2</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., *Colaboración público-privada e infraestructuras de transporte. Entre el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y la atipicidad de la gestión patrimonial*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

<sup>3</sup> FERNÁNDEZ TORRES, I., *El concurso de las entidades del sector público y sus contratistas*, Navarra, Civitas, 2015.

<sup>4</sup> <https://www.eca.europa.eu/es/publications?did=45153>.

<sup>5</sup> En un sentido amplio abarcaría muy diversas fórmulas de gestión (tales como la concesión, el concierto, la gestión interesada, las sociedades de economía mixta e incluso figuras como los convenios con particulares, los consorcios y las fundaciones mixtas) mientras que en el caso del Reino Unido, la CPP puede responder a un concepto más estricto que engloba la totalidad de las fases de un proyecto: diseño, financiación, construcción, explotación, mantenimiento (tiene su origen en la denominada *Private Finance Initiative* del Reino Unido de 1992).

<sup>6</sup> La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, tipificó en España el “contrato de colaboración público-privado” como figura contractual pero la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, suprimió esta modalidad contractual al entender que había tenido muy escasa virtualidad práctica siendo la fórmula prevalente en el tráfico la de la concesión. Así desde la entrada en vigor de la nueva ley, el 3 de marzo de 2018, no hay en España una figura o contrato específico de colaboración público-privada.

Trataremos a continuación de abordar la fiscalización de los proyectos de colaboración públicoprivada en sentido amplio a nivel europeo, nacional y de comunidad autónoma.

## 2. LA UNIÓN EUROPEA Y LA FISCALIZACIÓN DE LA CPP

La CPP ha sido objeto de constante atención en el marco de la Unión Europea tal y como se puede comprobar del número nada desdeñable de Comunicaciones, Directrices, Libro Verde, Decisiones, Resoluciones, etc<sup>7</sup>. Quizás unos datos nos permitan hacernos mejor una idea de la magnitud de la CPP en el ámbito de la Unión Europea. El Informe del Tribunal de Cuentas Europeo de 2018 al que con anterioridad hemos hecho referencia, señala que entre 1990 y 2016 alcanzaron la fase de cierre financiero en el mercado de las colaboraciones público-privadas, un total de 1.749 proyectos por valor de 336.000 millones de euros.

La distribución territorial revelaba la falta de homogeneidad ya que el 90 por 100 del mercado se concentró en 5 países:

Reino Unido, Francia, España, Portugal y Alemania

- Reino Unido: 1.000 proyectos/160.000 millones de euros
- Francia: 175 proyectos/40.000 millones de euros
- España: similar a Francia

La mayor parte de los proyectos pertenecían al sector del transporte, seguidos de la asistencia sanitaria y de la educación (el transporte representaba 1/3).

Uno de los factores que puede explicar la relevancia, desde el punto de vista económico, de la colaboración público-privada es la ventaja que presenta esta fórmula en el ámbito contable de la Unión Europea. Es por todos conocido que la participación pública en una CPP, en determinadas condiciones, puede no ser registrada como partida del balance. Es decir, la CPP quedaría fuera del balance siempre y cuando la parte privada asuma el riesgo de construcción, el de disponibilidad o el riesgo de demanda<sup>8</sup>. La finalidad perseguida es clara: no afectar al objetivo de estabilidad presupuestaria<sup>9</sup>, algo que pone claramente de manifiesto el Tribunal de Cuentas Europeo en su Informe de 2018 al que ya nos hemos referido con anterioridad.

De ese Informe y como resultados más relevantes, podemos destacar los siguientes, no sin antes advertir que el Tribunal analiza 12 CPP cofinanciadas por la UE en

<sup>7</sup> Una relación exhaustiva puede verse en: AZNAR LÓPEZ, M., “La colaboración público-privada y su fiscalización”, en *REDEX* 60, sept. 2018, págs. 62-67.

<sup>8</sup> VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., “Del peligro que pueden suponer algunos contratos basados en fórmulas de colaboración público-privada en orden a respetar el objetivo de la estabilidad presupuestaria”, 2011, *Observatorio de la Contratación Pública*, <https://www.obcp.es/opiniones/del-peligro-que-pueden-suponer-algunos-contratos-basados-en-formulas-de-colaboracion>.

<sup>9</sup> Sobre el particular, vid. GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., “Contrato de colaboración público-privada”, en *RAP* 170, 2006.

Francia, Grecia, Irlanda y España<sup>10</sup> en los ámbitos del transporte por carretera, las tecnologías de la información y la comunicación.

En primer lugar, las CPP no solucionaron las insuficiencias de los proyectos tradicionales en cuanto a retrasos e incrementos de costes<sup>11</sup>. En estrecha conexión con lo anterior, es una constante la realización de unas previsiones o prospecciones excesivamente optimistas tanto en relación con la futura demanda como con la utilización prevista de la infraestructura alcanzando —en el ámbito de las autopistas— una diferencia de hasta un 35 por 100<sup>12</sup> sin mencionar el riesgo de infrautilización posterior. También constata el Tribunal que se opta por una fórmula de CPP sin llevar a cabo un análisis comparativo con opciones alternativas; en definitiva, sin demostrar que ésa era la solución que optimizaba la relación precio-calidad y mejor protegía el interés público. Asimismo, la distribución de riesgos entre los socios públicos y privados fue, en general, inadecuada, incoherente e ineficaz.

En todo caso y como aspecto positivo, merece mencionarse que, en general, se constatan unos buenos niveles de mantenimiento y servicio, así como capacidad para su mantenimiento durante el resto del proyecto.

### 3. LA ACTIVIDAD FISCALIZADORA DEL TRIBUNAL DE CUENTAS EN RELACIÓN CON LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

Teniendo en cuenta que la figura CPP desaparece de la ley a partir de la entrada en vigor de la Ley de Contratos 2017 (es decir, el 1 de enero de 2018), las fiscalizaciones de la “colaboración público-privada” *strictu sensu*, se refieren a períodos anteriores. El Tribunal de Cuentas ha realizado diversas actuaciones fiscalizadoras en relación con distintas fórmulas de CPP.

Entre ellas y a modo de ejemplo, puede citarse el Informe de fiscalización de los contratos de obras adjudicados por el Ministerio de Fomento bajo la modalidad de abono total del precio desde su instauración hasta 31 de diciembre de 2002<sup>13</sup>, aprobado por el Pleno el 20 de julio de 2006. Se trataba de una infraestructura construida por el método alemán y se llegó a la conclusión de que la forma de financiación propia de esta modalidad había producido un coste financiero adicional con respecto al que hubiera supuesto el recurso al mercado de deuda (coste que ascendió, en términos relativos, al 13 por 100).

---

<sup>10</sup> De hecho, los Estados señalados representaban el 70 por 100 del gasto total (29.200 millones de euros).

<sup>11</sup> Un tercio de los doce proyectos auditados sufrieron retrasos considerables. Siete de los nueve proyectos completados (con costes de proyectos agregados de 7.800 millones de euros) sufrieron demoras que oscilaron entre dos y 52 meses. Además, fue necesaria una inyección adicional de recursos por importe de 1.500 millones de euros para completar cinco autopistas de los cuales la Unión Europea proporcionó un 30 por 100, unos 442 millones de euros. Todo lo cual refleja una cierta ineficiencia.

<sup>12</sup> FERNÁNDEZ TORRES, I., *El concurso de las entidades del sector público y sus contratistas*, Navarra, Civitas, 2015.

<sup>13</sup> <https://www.tcu.es/repositorio/162d72c5-0ada-48a8-bd5c-ec3bf2e99188/718%20Fomento.pdf>.

Por su parte, el Informe de fiscalización de la contratación de las Entidades Locales de las CCAA sin órgano de control externo propio, periodo 2013-2014, aprobado por el Pleno el 27 de octubre de 2016<sup>14</sup>, analiza la fiscalización de un contrato de colaboración público-privada cuyo objeto era la actuación global integrada de suministro y gestión energética del alumbrado público exterior de un determinado ayuntamiento. Se concluye que el documento de evaluación previa no había sido suficientemente concreto al realizar la comparación con otras fórmulas de contratación alternativas, ya que se pronunciaba en términos genéricos.

Sí que ha merecido una atención preferente la modalidad institucional de la CPP. En particular, los encargos a medios propios han sido objeto de diversas actuaciones fiscalizadoras (8 informes entre 2013 y 2016). Las dificultades observadas en dichas actuaciones y, más concretamente, la constatación de que dicho ámbito se caracterizaba por la dispersión y la ausencia de sistemática en su regulación, llevó al Tribunal de Cuentas a presentar una Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de desarrollar un adecuado marco legal para el empleo de las encomiendas de gestión por las Administraciones Públicas<sup>15</sup>. Algunas de aquellas sugerencias fueron posteriormente recogidas en la Ley de Contratos 9/2017.

Pero quizás merezcan destacarse ahora tanto las actuaciones llevadas a cabo respecto de la Sociedad Estatal de Infraestructuras de Transporte Terrestre (SEITTSA) como respecto de la Entidad Pública Empresarial “Administrador de Infraestructuras Ferroviarias” (ADIF)<sup>16</sup>. Conviene advertir que SEITTSA (incluida por el Banco Mundial entre las unidades CPP) se constituye como una empresa especializada en CPP vinculada al Ministerio de Fomento para el desarrollo de diversos trabajos; asimismo, lleva a cabo actuaciones para ADIF. Con ambas instituciones suscribe convenios de gestión directa, así como convenios financieros.

En la fiscalización de SEITTSA y ADIF llevada a cabo por el Tribunal de Cuentas en 2010, el Tribunal de Cuentas puso de manifiesto que la creación de SEITTSA se justificó por un lado en la necesidad de incrementar la inversión en infraestructuras de transporte terrestre<sup>17</sup> y, por otro, la posibilidad de recurrir a fórmulas CPP para financiar aquella parte de las infraestructuras de las que no podía hacerse cargo el Estado para lo cual se contemplaba tanto la posibilidad de participar en sociedades

<sup>14</sup> <https://www.tcu.es/repositorio/a055682a-0fc9-40fe-9e0f-f9b56ad8133e/I11178.pdf>.

<sup>15</sup> <https://www.tcu.es/repositorio/146f701e-4038-47f2-a179-fcc5c032625d/I11198.pdf>.

<sup>16</sup> Informe de fiscalización de la actividad realizada por la Sociedad Estatal de Infraestructuras de Transporte Terrestre, S.A., en el periodo 2012-2014, aprobado el 30 de junio de 2016, <https://www.tcu.es/repositorio/23f0b493-9540-4c9d-82f1-ed5cbce87707/I11158.pdf>, e Informe de fiscalización de la financiación de las inversiones en infraestructuras ferroviarias realizadas por la Entidad Pública Empresarial “Administrador de Infraestructuras Ferroviarias” (ADIF) y por la “Sociedad Estatal de Infraestructuras de Transporte Terrestre, S.A.” (SEITTSA), desde 1 de enero de 2005 hasta 31 de diciembre de 2008, aprobado el 30 de septiembre de 2010, <https://www.tcu.es/repositorio/28bf2224-3140-43bf-8a96-74a6bd1e7527/I1870.pdf>.

<sup>17</sup> De acuerdo con lo previsto en el Plan Estratégico de Infraestructuras y Transporte 2005-2020: <https://www.mitma.es/plan-estrategico-de-infraestructuras-y-transporte-peit>.

de capital mixto, como otras fórmulas. Con ello se conseguía, adicionalmente, que las inversiones en sociedades de capital privado no computaran a efectos de déficit.

Sin embargo, a 31 de diciembre de 2008, SEITTSA no había participado en la constitución de ninguna sociedad para realizar inversiones en infraestructuras y su inversión directa había sido mínima.

En el Informe de fiscalización integral de SEITTSA correspondiente al período 2012-2014, al cierre de 2014 la entidad no había participado en la creación de ninguna sociedad de capital mixto ni había suscrito ningún acuerdo de CPP. Todo ello significaba que no había atendido a ninguno de los fines para los que había sido creada.

Por todo ello, el Tribunal de Cuentas recomendó en el primer Informe la fusión de ADIF y SEITTSA y, en el segundo, sugería —a la vista de la limitada actividad llevada a cabo por la entidad— la adopción de medidas tendentes a la racionalización y optimización de los recursos o, alternativamente, su disolución.

En todo caso, es también de interés resaltar que desde 2013 SEITTSA ha realizado diversas actuaciones en el marco de los procedimientos concursales que afectaban a las radiales de Madrid, habiendo asumido por convenio suscrito con el Ministerio de Fomento, el 16 de agosto de 2017, la gestión directa de la explotación de las cuatro radiales de Madrid más otras cuatro autopistas, cuyas sociedades concesionarias se encontraban desde el año 2012 en situación de concurso de acreedores. Nos referimos más concretamente a un total de 7 concesiones de peaje que engloban 8 autopistas: la R3/R5; la R4 entre Madrid y Ocaña (Toledo); la R2 entre Madrid y Guadalajara; la AP-36 entre Ocaña y la Roda; la AP-7 en el tramo entre Cartagena y Vera (Almería); la AP-7 circunvalación de Alicante y la M-12 (eje Aeropuerto)<sup>18</sup>.

A día de hoy, ninguna de sus recomendaciones ha sido atendida, pero es de prever que el Tribunal haga un seguimiento de las mismas en un futuro cercano.

#### 4. LA FISCALIZACIÓN DE LA CPP EN ESPAÑA TRAS LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO DE 2017

Aun cuando pueda sorprender la desaparición del contrato de CPP en la nueva Ley de Contratos cuando otros países de carácter latino lo han regulado, lo cierto es que la medida se justifica (tal y como hemos venido señalando) en la escasa utilización de la misma en la práctica. No vamos a entrar ahora en los debates doctrinales que en torno a esta cuestión se suscitaron pero sí que puede resultar de interés señalar que dicho contrato obligaba a realizar una evaluación previa para motivar el recurso a la figura amén de la necesidad de contar con un informe favorable, previo a la auto-

---

<sup>18</sup> FERNÁNDEZ TORRES, I., “Liquidación concursal y sector público; en particular, la liquidación de las sociedades concesionarias de autopistas”, en *Derecho de sociedades y de los mercados financieros: libro homenaje a Carmen Alonso Ledesma*, coord. por Isabel Fernández Torres, Francisco Javier Arias Varona, Javier Martínez Rosado, 2018, ISBN 9788498903447, págs. 1419-1441.

rización, cuando el importe superara los 12 millones de euros<sup>19</sup>. Ese elemento unido a las dificultades de acceso al crédito como consecuencia de la crisis financiera, la preeminencia del modelo concesional, la falta de flexibilidad del derecho continental frente al modelo anglosajón, llevaron a su supresión y, en consecuencia, a la utilización, una vez más, del concepto de CPP en su sentido más amplio y genérico en el que, en definitiva, encajan figuras muy diversas.

Sea como fuere, desde la perspectiva del control externo la colaboración público-privada, presenta diversos problemas.

Centrándonos en el control de la planificación y evaluación, desde una perspectiva formal, la experiencia fiscalizadora de la CPP revela que la opción escogida no queda con frecuencia acreditada mediante los correspondientes estudios o informes (que deben tener su reflejo en el expediente administrativo). La normativa reguladora de cada uno de los contratos o de las fórmulas que tienen cabida en el paraguas de la CPP ponen especial atención en el documento de evaluación previa, sin embargo, no es menos cierto que el examen del mismo no se realiza con la profundidad que sería deseable sobre todo con vistas a proteger el interés general.

Desde un punto de vista material, el control externo debe comprender la ponderación de las ventajas y de los inconvenientes de la participación privada en el proyecto. Una valoración que ha de ir más allá de las características financieras de la operación y tener en cuenta otros elementos como, por ejemplo, el plazo de puesta a disposición de la infraestructura o la mayor eficiencia en la prestación de un servicio u otros condicionantes que pudieran justificar optar por esa fórmula.

Las actuaciones fiscalizadoras, sin embargo, han llevado a constatar que en muchas ocasiones no se ha realizado el “comparador del sector público”, ni se ha analizado la sostenibilidad financiera de los proyectos por lo que el recurso a fórmulas de colaboración público-privada no queda, con frecuencia, suficientemente acreditado. Desde esta perspectiva, el análisis de la eficiencia resulta complejo ya que no se suele contar con suficientes elementos que permitan comparar los gastos de gestión pública con los de gestión privada. A ello se une que, en muchos casos, ha podido tener un peso relevante en la adopción de una decisión condicionamientos presupuestarios y contables que pueden haber coadyuvado a elegir una fórmula menos eficiente.

De todo lo anterior se infiere, sin duda, la importancia o conveniencia de realizar una fiscalización de la planificación algo que, en un modelo como el español, no tiene cabida. En efecto, la actuación del Tribunal de Cuentas se produce *ex-post*, es decir, una vez que el gasto ya se ha producido (carácter consuntivo). Por ello, en tanto no se produzca la oportuna reforma legislativa, la evaluación y fiscalización de la fase de planificación queda fuera del objeto de las actuaciones del Tribunal. Más aún, el Tribunal cuando fiscaliza los contratos no entra en la planificación sino en el cum-

<sup>19</sup> RIDAO, J., “La colaboración público-privada en la provisión de infraestructuras de servicio público. Revisión crítica y alternativas al actual marco regulador”, en *Rev. Catalana de Dret Públic* 45, 2012, págs. 196-197, 200 y 208.

plimiento. Una intervención *ex ante* contribuiría sin duda a una mayor eficiencia y, quizás, podría coadyuvar a evitar el sobredimensionamiento de las infraestructuras y los equipamientos<sup>20</sup>. Ello no solo sería acorde con la Norma ISSAI 5220<sup>21</sup> cuya Directriz 3 señala “puede ser necesario o deseable que la EFS examine el acuerdo antes de que el contrato sea otorgado” sino que, además, podría resultar de utilidad, por ejemplo, en la gestión de los fondos europeos.

Otro de los aspectos a abordar en el ejercicio del control externo es la transparencia, algo especialmente difícil en un contrato de colaboración público-privada por lo sofisticado y lo complejo de las prestaciones cruzadas, etc.

La transparencia está vinculada al procedimiento de adjudicación del contrato y en el supuesto del desaparecido contrato de CPP que debía llevarse a cabo a través de un procedimiento de dialogo competitivo, los principios de transparencia y publicidad quedaban, necesariamente, difuminados. De hecho, el Tribunal de Cuentas en su Informe sobre el cumplimiento del principio de transparencia establecido en la legislación sobre la estabilidad presupuestaria, en relación con los Presupuestos Generales del Estado para los ejercicios 2007 y 2008, aprobado en 2011, señalaba en relación con el contrato de colaboración público-privado, que se estaba reduciendo la información que se suministraba<sup>22</sup>. Para el Tribunal de Cuentas, como quiera que la CPP implica un proyecto a largo plazo que puede tener impacto en un largo período de tiempo y, por tanto, en presupuestos futuros, sería necesario informar sobre todo ello, así como sobre las cargas invisibles con el fin de conocer los riesgos y efectos de la consecución de un contrato de estas características. En definitiva, debería darse a conocer un análisis completo de la propuesta. Algunas de las recomendaciones formuladas por el Tribunal en aquel informe fueron atendidas por la Ley de Presupuestos de 2017.

El impulso definitivo en materia de transparencia ha venido de la mano de tres normas. Por un lado, de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno cuyo artículo 8 se refiere a la obligación de hacer públicos los contratos con la indicación de una serie de extremos. Por otro lado, la Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, por la que se modifican varias normas, entre las que se encuentra la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, dio la siguiente redacción a su artículo 9.1: “La función fiscalizadora del

---

<sup>20</sup> Tiene enorme importancia para evitar situaciones de sobrecapacidad de la red de infraestructuras y del parque de instalaciones evitando duplicidades (por ejemplo: Madrid Toledo).

Una evaluación económica correcta es imprescindible para evitar errores en el cálculo de las variables que han de tenerse en cuenta para decidir la realización de la inversión y la modalidad a través de la cual se llevará a cabo. Ejemplo: Radiales de Madrid para las que el cálculo de la frecuencia fue muy superior al finalmente producido lo cual era lógico porque, además, los usuarios podían optar por usar la de peaje o la autovía paralela de libre circulación o el vial M-11.

<sup>21</sup> “Lineamientos para la mejor práctica en la auditoría de financiamiento público-privado y concesiones” que pone el acento en la fase preparatoria alcance y características y riesgos.

<sup>22</sup> Informe de fiscalización sobre el cumplimiento del Principio de Transparencia Establecido en la legislación sobre Estabilidad Presupuestaria, en relación con los Presupuestos Generales del Estado para los ejercicios 2007 y 2008, <https://www.tcu.es/repositorio/0cd91cea-21db-4215-aaed-42289ddc9e33/1896.pdf>

Tribunal de Cuentas se referirá al sometimiento de la actividad económico-financiera del sector público a los principios de legalidad, eficiencia, economía, transparencia, así como a la sostenibilidad ambiental y la igualdad de género”. Es decir, la transparencia se erige desde entonces como un principio transversal que habrá de ser objeto de análisis en todas las fiscalizaciones llevadas a cabo por el Tribunal. Finalmente, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, presta especial atención a la transparencia que se incorpora casi como un principio general de la contratación pública e incorpora diversas medidas tendentes a asegurarla.

Un estudio del Tribunal de Cuentas sobre un total de 213 informes realizados entre 2016 y 2022 revela que en 59 de ellos las entidades analizadas cumplieron con la Ley de transparencia pero 82 informes reflejaron un incumplimiento de la Ley por parte de las entidades analizadas y 72 informes consideraron un cumplimiento parcial. Respecto a los informes donde se detectaron incumplimientos, el estudio muestra que en un 97 por 100 de los casos se fundamentaron en comprobaciones relacionadas con la publicidad activa.

Para facilitar el análisis de transparencia el Tribunal de Cuentas ha aprobado recientemente una Guía para la Fiscalización del Principio de Transparencia. El objetivo es proporcionar herramientas para determinar qué aspectos de la Ley 19/2013 de transparencia, acceso a la información y buen gobierno deben ser analizados, así como las comprobaciones y pruebas a realizar durante la fiscalización<sup>23</sup>.

## 5. FISCALIZACIÓN POR LOS ÓRGANOS DE CONTROL EXTERNO

Merecen destacarse tres Informes:

1. Informe (Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid) de Fiscalización de la conservación, gestión y explotación del servicio público de las carreteras financiadas mediante el sistema de peaje en la sombra y de las concesiones de obra pública para la redacción de proyecto y construcción de la M-404 y M-407, en la Comunidad de Madrid<sup>24</sup>.

2. Informe (Consello de Contas) sobre la eficiencia de la colaboración público-privada en las autovías gallegas, de 26 de octubre de 2023<sup>25</sup>.

3. Informe (Cámara de Comptos de Navarra) de Fiscalización sobre concesiones realizadas mediante peaje en la sombra, 2014-2021<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> Aprobada por el Pleno del Tribunal de Cuentas de 30 de noviembre de 2023: [https://www.tcu.es/export/sites/default/galleries/pdf/NormasManuales/TCu\\_guia-Objetivo-Transparencia.pdf](https://www.tcu.es/export/sites/default/galleries/pdf/NormasManuales/TCu_guia-Objetivo-Transparencia.pdf).

<sup>24</sup> Aprobado por el Pleno de la Cámara de Cuentas de 23 de marzo de 2022: <https://www.camaradecuentasmadrid.org/admin/uploads/lf-sellado-peajes-en-sombra-aprobado-cjo-23032022.pdf>.

<sup>25</sup> [https://www.ccontasgalicia.es/sites/consello\\_de\\_contas/files/contents/documents/2023/20231026\\_Informe\\_Informe\\_de\\_fiscalizacion\\_1902022-04\\_D\\_Informe\\_eficiencia\\_colaboracion\\_publico\\_privadas\\_autovias\\_gallegas\\_C.pdf](https://www.ccontasgalicia.es/sites/consello_de_contas/files/contents/documents/2023/20231026_Informe_Informe_de_fiscalizacion_1902022-04_D_Informe_eficiencia_colaboracion_publico_privadas_autovias_gallegas_C.pdf).

<sup>26</sup> Informe de Febrero de 2023: [https://camaradecomptos.navarra.es/sites/default/files/assets/files/informes/InformeComptos2303.pdf\\_firmado.pdf](https://camaradecomptos.navarra.es/sites/default/files/assets/files/informes/InformeComptos2303.pdf_firmado.pdf).

En todos los supuestos se advierte que la fiscalización se justifica en el análisis de la eficiencia de la colaboración público-privada en relación con la construcción y explotación de una serie de autovías y autopistas. Del análisis de los Informes y, en particular, de sus Recomendaciones y Conclusiones, se infieren una serie de resultados comunes a todos ellos y que permiten, en consecuencia, la formulación de unas consideraciones de carácter global.

En primer lugar, y como “valoración global”, se advierte que dadas las implicaciones que las construcciones de unas redes de transporte tienen desde el punto de vista presupuestario, sería conveniente una más precisa justificación y un análisis más sólido acerca de la idoneidad de la fórmula por la que se opta en cada caso de acuerdo con los criterios de eficiencia, eficacia y economía. Así, el Informe de la Cámara de Cuentas de Madrid señala que la justificación de la contratación en los supuestos analizados resulta insuficiente ya que sólo se afirma la necesidad de la obra pública y el trazado viario pero la selección del tipo de contrato y, en concreto, en un único contrato de concesión de obra pública se motiva de manera muy general. En definitiva, una escasa justificación de la propuesta realizada.

Por ello, se aconseja realizar siempre un estudio comparativo de lo que le costaría a la Administración asumir el coste de la construcción directamente frente a otras fórmulas públicoprivadas. De hecho, el Informe del Consejo, por ejemplo, señala que se podrían haber alcanzado los mismos resultados a menor coste. En general, se advierte en los Informes analizados que la opción de la colaboración público-privada se ha basado más en razones contables (evitar el impacto en el déficit y en la deuda de las Comunidades Autónomas) que otra cosa. Siendo, pues, el motivo principal que determinó la opción por la colaboración público-privada intentar diferir y fraccionar el impacto directo de la inversión en el déficit y en la deuda, en el caso de Galicia, 4 no consiguieron ese efecto y consolidaron en las cuentas públicas; se confirma, conforme lo dicho con anterioridad, que hacen descansar las decisiones públicas en razones contables y no de eficiencia, lo que no puede considerarse sino una distorsión.

Partiendo de esta valoración de carácter general y descendiendo a los detalles, es también posible formular algunas consideraciones acerca de la selección de los contratantes, el desarrollo y modificación de los contratos durante la ejecución de la obra, así como sobre el final de los trabajos de construcción que, de manera sintética, pasamos a recoger.

### **5.1. Criterios de selección de las concesionarias y reequilibrio**

En Galicia todas las empresas que resultaron adjudicatarias de los concursos presentaron ofertas con importantes bajas económicas. Obtuvieron una puntuación baja en el criterio que valoraba su viabilidad económico-financiera lo que significa que se primaron ofertas agresivas consistentes en presentar una tarifa baja (peaje que pagará la Administración por vehículo) en detrimento de planes económicos consistentes y previsiones de tráfico prudentes. Es preciso aclarar que si el licitador oferta una tarifa muy baja, no queda otra que sobreestimar el tráfico para que los ingresos

sean suficientes y los planes financieros resulten o, mejor dicho, parezcan, viables. Se trata de un presupuesto generalizado.

Es una constante en el sector la presentación de proyectos con unas previsiones de tráfico estimado excesivamente optimistas lo que puede esconder una estrategia por parte de las sociedades concesionarias consistente en resultar adjudicatarias para luego proceder a una modificación de los términos del contrato incrementando las tarifas pagadas por la administración. A este respecto, conviene que realicemos algunas precisiones. En general, el modelo elegido ha sido el de “peaje en la sombra” lo que implica que la empresa privada construye, financia y explota la infraestructura y el sector público abona una retribución ligada al número de usuarios que, como hemos dicho, siempre es más optimista que realista pues el uso es menor del previsto.

En la práctica, el menor uso de las infraestructuras, más allá de las renegociaciones a las que han dado lugar, ha sido considerado por el Tribunal Supremo como una variación comprendida dentro del riesgo y ventura propio del contrato y, por tanto, como una cuestión que no constituye riesgo imprevisible (STS 4/02/2014, en el caso de la R-4, la disminución del tráfico alcanzó el 78 por 100 flujo)<sup>27</sup>. Y es que los contratos transferían a las concesionarias el riesgo de demanda ya que los ingresos de éstos son el resultado de multiplicar la tarifa ofertada (peaje en la sombra) por el número de vehículos que circulan por cada autovía (algo que claramente se recogía en los pliegos de los contratos) y en todas ellas, el tráfico ha sido inferior. Sin embargo, en el caso de las autovías gallegas, los reequilibrios aprobados por la Xunta no están en línea con la jurisprudencia anteriormente señalada.

En algunos supuestos, caso de la M-501, M-407 y Tramo I de la M-45 de las autovías gallegas y de las navarras, las sociedades concesionarias solicitaron el reequilibrio concesional de los perjuicios ocasionados por la crisis sanitaria causada por la Pandemia de Covid-19 al amparo de lo dispuesto en el RD-ley 8/2020, de 17 de marzo, que en su artículo 34 establece el derecho de las concesionarias al restablecimiento del equilibrio económico cuando se aprecie la imposibilidad de ejecución del contrato. Esta reclamación fue desestimada al entender que no hubo imposibilidad de ejecución del contrato ya que no se afectó la oferta del servicio que se desarrolla en la obra con independencia de que la demanda se viese disminuida. Se trata de una interpretación distinta a la establecida en el RD-ley 26/2020, de 7 de julio, aplicable solamente a las autopistas y autovías adjudicadas por el Estado. Esta norma estatal considera que solamente existe imposibilidad de ejecución del contrato cuando el margen bruto de explotación durante el período de vigencia del estado de alarma sea negativo, lo que ha sucedido en muy pocos casos.

El Tribunal Supremo en su STS 1038/2022 de 19 de julio, sala de lo contencioso-administrativo, se ha pronunciado en contra del reequilibrio: se entiende que existe

<sup>27</sup> Sobre esta cuestión, vid. FERNANDEZ TORRES, I., *El concurso de las entidades del sector público y sus contratistas*, Navarra, Civitas, 2015.

En la jurisprudencia, además, vid: SSTS de 17 de noviembre de 2015 y de 12 de mayo de 2016, entre otras.

imposibilidad de ejecución del contrato (y, por tanto, puede haber lugar al reequilibrio) cuando el margen bruto de explotación durante el periodo de vigencia del estado de alarma sea negativo.

En el caso de las sociedades concesionarias de obras de autovías y autopistas de Madrid, también solicitaron el reequilibrio concesional, pero en tanto no se resuelvan no podremos conocer el sobre coste total de estas concesiones en la Comunidad de Madrid. Por lo que se refiere a las navarras, el recurso de la Autovía del Pirineo S.A.U., fue desestimado por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra<sup>28</sup> y el de la Autovía Camino S.A.U., está pendiente de sentencia.

## 5.2. Precio de la construcción

En general, es frecuente que haya lugar a expedientes de restablecimiento del equilibrio económico: modificación condiciones de la concesión mediante incremento plazo, incremento tarifas y bandas y anualidades máximas. También se han producido reequilibrios por el mayor coste de las expropiaciones (especialmente pero no sólo, en el caso de las radiales de Madrid) y por el incremento de los préstamos necesario para la financiación de los pagos a realizar por las concesionarias a los expropiados. Todo ello a pesar de que las construcciones se realizan a riesgo y ventura de la concesionaria. En el caso de las autopistas y autovías gallegas, “en términos porcentuales las modificaciones producidas en esos contratos son menores que los que experimenta por término medio la obra pública” (los modificados de obra fueron abonados mediante pago directo, aunque ésta no sea la forma propia de compensación) mientras que en el caso de las de Madrid, fue necesario tramitar modificaciones presupuestarias de hasta 111 por 100.

En relación con el sobreprecio de las expropiaciones de terrenos<sup>29</sup>, en virtud de una doctrina conforme a la cual se trataba de infraestructuras que crean ciudad, la

---

<sup>28</sup> Es de interés advertir, aunque ello no es objeto de análisis en los Informes de Fiscalización de los distintos órganos de control externo, que en algunos supuestos se ha solicitado el reequilibrio como consecuencia de haber tenido que afrontar el abono del Impuesto de Bienes Inmuebles (IBI), no vigente para este tipo de infraestructuras al inicio de la relación contractual. El Tribunal Supremo en su Sentencia de 4 de julio de 2023, considera que el pago de la contribución territorial “no comporta la ruptura del equilibrio económico financiero” del contrato establecido con el Gobierno de Navarra en 2009.

El origen de este proceso judicial se remonta a 2018, cuando la Autovía del Pirineo S.A., sociedad concesionaria del contrato de la A-21, interpuso un recurso contencioso-administrativo ante Tribunal Superior de Justicia de Navarra (TSJN) al entender que el equilibrio económico-financiero de la concesión que obtuvo en 2009 había quedado roto desde 2015, cuando el Gobierno de Navarra estableció el cobro del IBI a las autovías sujetas al llamado peaje en la sombra, tras la modificación de la Ley Foral 2/1995 de Haciendas Locales de Navarra por la Ley Foral 10/2013, que culminó con la aprobación de la Ley Foral 29/2016. El TSJN desestimó este recurso que el TS ratifica al estimar que “ya en la época de la firma del contrato a que se refiere este recurso había razones y pronunciamientos judiciales que defendían la sujeción al IBI de las autovías de peaje en la sombra, por lo que no puede calificarse como un riesgo imprevisible que el Parlamento de Navarra optara por tal solución en sus leyes forales 10/2013 y 29/2016”.

<sup>29</sup> El Real Decreto-Ley 1/2014 modificó el Artículo 17 de la Ley de Autopistas (Ley 8/1972, de 10 de mayo) y el Artículo 271 TRLCSP en lo que se refiere al régimen de responsabilidad patrimonial

valoración de los terrenos no podía hacerse a valor de suelo no urbanizable, sino que debía valorarse, al menos, a precio de suelo urbanizable si no urbano (existen numerosas sentencias de los años 90 que venían defendiendo la idea de que hay autopistas que deben considerarse sistemas viarios destinados a crear ciudad)<sup>30</sup>.

El resultado es que las sociedades concesionarias hubieron de afrontar indemnizaciones muy superiores a las previstas: las concesionarias debían abonar a los expropiados las indemnizaciones derivadas de los procesos y, al mismo tiempo, aquéllas tendrían derecho al restablecimiento del equilibrio por las cantidades superiores al límite fijado. Este ascendía a casi 17,5 millones frente a los casi 280 millones a los que ascendió el sobre coste abonado a 31 de diciembre de 2018 más los 101 pendientes de abonar a dicha fecha (abonados en 2020 en ejecución de sentencia y 589.419 pendientes de reclamar por la concesionaria). A pesar de la limitación del sobre coste por contrato, la Comunidad de Madrid no atendió a las reclamaciones de las concesionarias debiendo éstas acudir a la vía judicial, todo lo cual supuso un incremento de costes del 21 por 100, además de un sobre coste para la Administración en el caso de algunas de autopistas y autovías de Madrid.

### 5.3. Sobre el mantenimiento de las autopistas y la calidad de los servicios

En términos generales, el resultado de las auditorías técnicas realizadas revela la existencia de un buen o elevado nivel de calidad en el servicio y un buen estado de conservación de las autopistas y/o autovías de tal manera que el riesgo de disponibilidad está bien transferido a las concesionarias. Más aún, las distintas fiscalizaciones

---

de la Administración en las concesionarias. La norma contempla el supuesto del concesionario que incumple la obligación de abonar los precios por las expropiaciones como sucede cuando la concesionaria está en concurso y la Administración se ve condenada a pagar en su lugar (siguiendo el camino abierto por los Tribunales Superiores de Justicia y confirmado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2013). Por efecto del pago, la Administración se subroga en la posición de acreedor del concurso. La Administración compensará esos derechos de crédito en la liquidación administrativa de la concesión, de manera que el saldo final de la responsabilidad de la Administración (que tiene que ir a la masa activa del concurso) se verá minorado en ese importe. Sobre esta problemática, vid. HUERGO LORA, A.J., “El concurso de los beneficiarios de la expropiación forzosa y sus efectos sobre el derecho al cobro del justiprecio”, en *Anuario de Derecho Concursal*, Civitas, Madrid, 30/2013, septiembre-diciembre, págs. 373 y sigs.

<sup>30</sup> SSTs 21 de julio de 2008 y de 5 de julio de 2011 (esta última comentada por SERRANO ALBERCA, J.M., “La aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo sobre valoración de los sistemas generales después de la entrada en vigor de la Ley del Suelo 8/2007, de 28 de mayo, y su texto refundido de 2008 (RDLeg 2/2008, de 20 de junio). Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2011 (RJ 2011, 5662)”, en *Revista de Urbanismo y Edificación*, Civitas, Madrid, 24/2011-2, págs. 189 y sigs.); FERNÁNDEZ TORRES, J.R., *Estudio integral de las expropiaciones urbanísticas*, 2ª ed., Madrid, Aranzadi, 2007, págs., 395 y sigs., con amplia referencia jurisprudencial. En concreto, señala que las SSTs de 29 de enero y 9 de mayo de 1994 emplean la expresión “dotaciones vocadas a servir al conjunto urbano”, en cuyo caso el suelo debe valorarse a precio de suelo urbanizable. Para ello han de darse ciertas circunstancias: entre otras, deben revestir trascendencia urbana, es decir, crear ciudad (págs. 402 y sigs.).

ponen de relieve que la actuación de la Administración ha sido eficaz puesto que el órgano ha cumplido con la obligación de construir las infraestructuras y han entrado en funcionamiento prestando el servicio previsto. De hecho, los retrasos en la construcción, cuando se han producido, no han sido excesivos si se comparan con las demoras medias en la obra pública.

## 6. CONCLUSIÓN

Son muchas las cuestiones que el análisis de los Informes de fiscalización tanto a nivel europeo como nacional, sugieren.

En primer lugar y aunque ello no ha sido analizado, se plantea, en mi opinión, un posible conflicto: si la Red Transeuropea de Transporte, proyecto digamos europeo, se ha vinculado a la colaboración público-privada y, por tanto, a infraestructuras financiadas mediante CPP a nivel nacional, eso significa que, en última instancia, el control corresponde a las Entidades Fiscalizadoras nacionales. Estas, en sus análisis y auditorías, analizan sólo los tramos nacionales lo que puede plantear un problema si llega a producirse un conflicto entre el interés nacional y el comunitario.

Adicionalmente, la heterogénea distribución territorial de infraestructuras financiadas de modo diverso puede plantear también un problema de equidad. El hecho de que unas partes del territorio dispongan de más o de menos autopistas libres (algo que debería ponderarse con un análisis de la disponibilidad más o menos temprana, de la mejor o peor calidad de la red de carreteras) puede ser un problema. La equidad puede tener alcance transfronterizo: España tiene menos autopistas de peaje que nuestros países vecinos ¿Por qué no se ha generalizado el sistema de peaje?

Más allá de esta primera cuestión, lo cierto es que las CPP suponen o pueden suponer un desplazamiento del coste a generaciones futuras, lo que *per se* puede sugerir un problema de equidad desde una perspectiva temporal.

Lo cierto es que, volviendo por donde empezamos, se constata que, en general, la planificación no es adecuada y este proceso inicial de planificación no es objeto de fiscalización por los órganos de control puesto que, por Ley, ésta es consuntiva y, por tanto, sólo puede producirse *ex -post*. Sería conveniente realizar de manera previa estudios de viabilidad completos dejando constancia de las diferentes alternativas de financiación. Asimismo, algunos informes recomiendan planificar (a efectos de contratos futuros) la elaboración de planes económico-financieros fácilmente verificables que eviten externalizar la validación de los mismos. También debería solicitarse del órgano competente, antes de cada adjudicación, el tratamiento que recibirá la infraestructura a efectos de déficit y deuda.

En algunos casos hubiera sido más razonable una gestión directa de la infraestructura, incluso podría haberse optado por la resolución del contrato y posterior gestión directa. En muchos casos, la continuidad de la concesión mediante el incremento de tarifas y el consiguiente pago de la administración no ha sido la solución más eficiente.