

POR UNA MEJOR COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA AL SERVICIO DE LA CIUDADANÍA

José María GIMENO FELIU
Catedrático de derecho administrativo
Universidad de Zaragoza

En el siglo XXI la gestión pública del interés general debe incorporar a la iniciativa privada y a la sociedad civil para poder asegurar el nivel más óptimo de las prestaciones que demanda la ciudadanía. Más allá de posicionamientos ideológicos que contraponen lo público frente a lo privado, debe promoverse una cultura de cooperación leal y transparente, que permita un progreso económico y social que salvaguarde los principios de equidad y de solidaridad. La iniciativa privada (así como los grandes proyectos de inversión privada) no es ni puede ser una némesis de lo público. Sin duda, por las actuales incertidumbres a nivel global y nacional estamos en una encrucijada histórica que nos obliga a redirigir la brújula de nuestro norte en la gestión pública. Como se intervenga en el mercado no es en absoluto trivial. Mejorar la regulación, la gestión pública y simplificar los trámites procedimentales es y deberá ser un rasgo de toda administración pública moderna que, insistimos, debe ser proactiva y no meramente reactiva, procurando siempre la mejor satisfacción del interés general, lo que obliga a articular mecanismos de gobernanza pública de la actividad económica que promuevan un “crecimiento inteligente y socialmente responsable”.

La nueva realidad jurídico-económica exige de los poderes públicos una visión estratégica en un contexto económico globalizado donde las decisiones públicas deben, por lo demás, adecuarse a las reglas europeas y alinearse con exigencias del derecho a una buena administración. Así, la estricta visión “administrativa” de la actuación pública debe dejar paso a una visión moderna que pivota en el resultado y que diseña las decisiones públicas económicas en clave de inversión y no como gasto. Y donde la participación de la sociedad civil y empresarial es imprescindible para cumplir los fines constitucionales. No puede haber un Estado Social óptimo sin un correcto y sincrónico funcionamiento de la actividad económica, lo que requiere una posición de liderazgo institucional público. En consecuencia, las diferentes medidas de regulación o de actuación sobre la economía deben ser analizadas con el fin de evitar que sean un freno indebido (algo que, sin duda, sucede por interpretaciones

rigoristas o excesivamente formales, alejadas de una correcta interpretación de las necesidades de interés general) lo que se alejaría de las exigencias del derecho a una buena administración que, como bien ha señalado J. TORNOS MAS “es el alma de la nueva administración.

El interés público, su satisfacción concreta, se encuentra en el qué y no en quién. Lo importante es saber sumar esfuerzos, conocimientos y capacidades para conseguir el mejor resultado. Este es el verdadero fin de la Política. Así, como ha explicado el profesor S. MUÑOZ MACHADO, frente a la óptica prestacional directa prevalece la función ordenadora y reguladora de las instituciones públicas. Por ello necesitamos más y mejor colaboración público-privada. El carácter complementario de la colaboración público-privada y de las fórmulas contractuales públicas ha sido lo que permitido con mucha frecuencia preservar los estándares de calidad y equidad social en numerosos servicios de interés público relevante. Por ello, es conveniente analizar las oportunidades que esta colaboración público-privada ofrece para prestar servicios públicos de calidad. Lo que exige repensar la arquitectura de la ejecución de estas fórmulas, que deben preservar el nuevo paradigma de la gobernanza pública con el fin de favorecer el nivel óptimo de gestión desde la perspectiva de lo público como garante.

El actual contexto supone una ventana de oportunidad para promover un nuevo liderazgo institucional público a través de una adecuada articulación de la política de colaboración público-privada (preservando las notas de la sostenibilidad social y ambiental como nuevos paradigmas de estas fórmulas) que, además, puede ayudar en la estrategia de mejorar la productividad de nuestro modelo económico y, principalmente, servir de “política palanca” para proteger con eficacia los derechos sociales (como la salud o la vivienda). Y para ello debe existir una estrategia que promueva esta técnica, ajustando de forma proporcional los riesgos en las fórmulas de colaboración público-privada en sentido estricto.

Es posible que el marco regulatorio de la colaboración público-privada aconseje, además, una simplificación para resolver el problema de riesgo regulatorio y burocracia defensiva, pero lo trascendental es impulsar la “innovación” en la práctica de su diseño concreto (superando innecesarios apriorismos ideológicos), que lo dote de seguridad jurídica y facilite la movilización de inversión privada para un crecimiento inteligente e integrador (en palabras de la Unión Europea).

La nueva gobernanza económica tiene un pilar fundamental en la colaboración público-privada. Pero el éxito de la misma aconseja a corregir las disfunciones detectadas con anterioridad. En primer lugar, se debe abandonar la idea del precio como único elemento de valoración para la sostenibilidad del modelo de gestión pública en las fórmulas de colaboración público-privada (en especial de prestaciones dirigidas a personas o servicios públicos esenciales). En una colaboración público-privada, en cualquiera de las modalidades, no puede ser un fin el ahorro presupuestario, sino la mejor calidad de la prestación. Una inadecuada política de “ahorros desproporcionados” puede perjudicar la eficiencia del sistema produciendo ineficiencias o “fuego amigo”, como la deslocalización empresarial con pérdida de esfuerzo inversión (lo que afecta directamente a una política esencial como es la de empleo). Asimismo, transparencia, rendición de

cuentas y justicia social son propios de la nueva arquitectura de la gobernanza pública económica en el contexto de desarrollo de los ODS, a modo de brújula ética.

Por supuesto, en los supuestos de una arquitectura de modalidad de colaboración a largo plazo y con importante inversión de capital privado hay que preservar una rentabilidad “razonable”, lo que exige una visión desde las diferentes perspectivas de los intereses en juego y no solo de la “sesgada” de las diferentes partes de la colaboración. La rentabilidad razonable se caracteriza por tres notas:

a) tiene necesariamente un carácter dinámico y flexible para adaptarse a las exigencias de un mercado y contexto económico claramente fluctuante y en el que existen inherentes incertidumbres que impiden una “ilógica” visión estática de las medidas jurídicas. Por ello, es importante diseñar bien las reglas del equilibrio económico-financiero;

b) está diseñada para dotar de garantías adecuadas a los inversores diligentes. La previsión legal habilita que las empresas, en relación a los costes de inversión y operación puedan obtener todo caso, una rentabilidad que pueda entenderse “razonable”. Razonabilidad que implica “proporcionalidad, para no superar los límites de un enriquecimiento injusto”.

c) la retribución razonable es, en todo caso, una cuestión de resultado en cada contexto concreto, que se debe articular mediante un pliego (*lex contractus*) que anticipe las soluciones a los problemas derivados de incertidumbre imprevisibles para que el inversor tenga confianza.

Tensar de forma indebida los riesgos o la rentabilidad (que es la retribución de inversiones que aportan valor) solo conducen o una ineficiencia del modelo (la TIR siempre será mas elevada encareciendo la operación) o, peor, o un fracaso del mismo lo que, en modo alguno, será un ejemplo de buena administración. Las inercias y resistencias al cambio, cierta “indolencia” administrativa y empresarial, la falta de cultura de cooperación, la “confusión” conceptual, la excesiva politización en las decisiones prácticas, la inseguridad jurídica derivada de interpretaciones diversas y contradictorias ponen en evidencia claras debilidades en los resultados pretendidos con la regulación, de especial gravedad en cuanto se afrontan situaciones excepcionales (como también está observando la *OIRESCON*)¹

Una última reflexión. Los diferentes sistemas de colaboración público-privada son un instrumento jurídico-económico más entre las diferentes opciones de la administración económica, pero con gran capacidad de transformación, ideológicamente neutro (como destaca G. Marcou), con capacidad de desarrollar de la forma más óptima determinadas políticas públicas. De ahí la necesidad de diseñar un adecuado modelo de gobernanza integral en toda fórmula de colaboración público-privada que ponga especial atención en el adecuado cumplimiento de la prestación pública. Desde esta perspectiva, para preservar cumplimiento de plazos y de minimización de riesgos en la ejecución y/o explotación de infraestructuras complejas puede resultar

¹ El informe anual de supervisión de 2021 analiza y señala los ámbitos de mejora.

conveniente la utilización de modelos colaborativos de coste objetivo (*target costing*, inspirados en el modelo NEC 4). Con estos modelos colaborativos se pretende alinear el fin público de la mejor construcción de las infraestructuras (o de los modelos concesionales de explotación) con la necesidad de preservar una adecuada tensión competitiva alejada de prácticas que imponen arriesgar en la bajada de precios, lo que puede implicar cumplimientos defectuosos e, incluso (como se constata con la actual gestión de los fondos NGEU), un desinterés de las empresas en las licitaciones.

Es momento para más y mejor colaboración público-privada, para lo que hay que “cambiar el rumbo” tanto de la regulación y de su interpretación (excesivamente formalista), como de la gestión de estas fórmulas para superar la inercia del procedimiento y avanzar en la idea de proyectos. En ello va el futuro del liderazgo de gestión de las instituciones públicas, de una moderna gobernanza pública económica, que piensa en las personas (y en la transformación social) y no en los privilegios ni en el inmovilismo ideológico.

Sin duda estamos en una encrucijada histórica que nos obliga a repensar la brújula de nuestra dirección en la gestión pública. Pero para ello debemos, como he recordado en otros trabajos, saber qué camino elegir tal y como Alicia, la del país de las maravillas del famoso cuento de Lewis Carroll, al preguntar al gato de Cheshire en un cierto punto qué camino debía tomar la respuesta que se le da es que “*Eso depende mucho del lugar adonde quieras ir. Si no sabes adónde quieres ir, no importa qué camino sigas*”.

El camino a donde debemos ir en el diseño de una moderna estrategia de colaboración público-privada no es la burocracia (procedimiento), sino la estrategia (proyectos). Y no es el precio y el ahorro, sino el valor y la inversión. De las decisiones reactivas (y en ocasiones improvisadas) a las decisiones proactivas y bien planificadas. No es tampoco el falso debate de gestión pública frente a la desconfianza en la gestión privada, sino la colaboración conjunta para la mejor satisfacción del interés general.