

Capítulo octavo

Desarrollo de los modelos participativos en el ámbito del sistema económico y de adquisiciones de la defensa

Daniel Marín Mohino

Resumen

La colaboración público-privada es una modalidad de colaboración entre el sector público y privado para la implementación de proyectos, provisión de infraestructuras y la prestación de servicios públicos, para la optimización sinérgica de la experiencia de ambos sectores, convirtiendo al sector privado en socio de la Administración.

Su aplicación en el ámbito del Ministerio de Defensa ayudará al incremento de la eficiencia en un momento de necesidad de restricción del crecimiento del gasto público, suponiendo también una nueva forma de financiación. Pero esta técnica contractual no es la panacea y su posible uso ha de abordarse con precaución al tratarse de un sector estratégico muy sensible, lo que implicará la necesidad de potenciar sus beneficios y la adecuada gestión y mitigación de los riesgos generados.

Palabras clave

Colaboración público-privada, privatización, riesgo, nueva gestión pública, consolidación contable

Development of participatory models in the field of the defense economic and procurement system

Abstract

The public-private partnership is a form of collaboration between the public and private sector for the implementation of projects, provision of infrastructure assets and the provision of public services, through which it is expected to optimize the experience of both sectors, making the private sector a partner of the Administration.

Its application within the scope of the Ministry of Defence will help to increase efficiency at a time when there is a need to restrict the growth of public expenditure, also involving a new form of financing. But this contractual technique is not a panacea and its possible use must be approached with caution as it is a very sensitive strategic sector, which will imply the need to enhance its benefits and the adequate management and mitigation of the risks generated.

Keywords

Public-private collaboration, privatization, risk, New Public Management, accounting consolidation, value for money, Private Finance Initiative.

Introducción

La contratación pública es uno de los mecanismos fundamentales para la consecución de un crecimiento adecuado, sostenido y sostenible, garantizando a su vez la optimización de los siempre limitados fondos públicos¹.

La panoplia conceptual de modelos participativos en defensa es inabarcable en un trabajo de estas características, por lo que el mismo se centra en la denominada *colaboración público-privada*, entendida no como contrato sino como *genus*, esto es, como una técnica de contratación aplicable², que es el que puede aportar un mayor margen de ahorro e innovación. El sector de la defensa tiene un carácter estratégico que, al igual que otros ámbitos como sanidad, educación..., acumula años de déficit en inversiones. El escenario presupuestario actual, de intensa restricción financiera que no parece que vaya a variar en largo tiempo, limita severamente la capacidad del Ministerio de Defensa para abordar inversiones esenciales para el mantenimiento del nivel operativo de nuestras Fuerzas Armadas. Pero no debe ser la financiación el motivador esencial de una alianza público-privada. En la misma, la industria de defensa deviene socio (si bien con características específicas) del ministerio, y podría ser un mecanismo adecuado para incrementar su eficiencia y responsabilidad respecto del producto a ofrecer y su mantenimiento. Por otra parte, puede ser un mecanismo para la optimización de las instalaciones técnicas infrutilizadas del Ministerio de Defensa.

Ciertamente, esta figura en el ámbito en que nos encontramos tiene sus riesgos y limitaciones al tratarse de un sector estratégico muy sensible. Pero no significa que constituya un problema, sino que se tiene que gestionar de forma que se eliminen, disminuyan o mitiguen los inconvenientes y se potencien sus beneficios. Estamos ante una herramienta de gestión y, como cualquier otra herramienta, es tan buena como lo sea su implementación.

¹ MINISTERIO DE DEFENSA, *Perspectiva de la Industria de Defensa*. Madrid: Ministerio de Defensa. Secretaría General Técnica 2019.

² El contrato de colaboración público-privada desapareció como tal en la Ley de Contratos del Sector Público, Ley 9/2017, de 8 de noviembre. En la actualidad, esta figura debe entenderse como una técnica contractual que supone un avance respecto de la relación contractual con el operador privado. Implica una mayor imbricación del mismo, con una asunción de una cota más alta de riesgos y responsabilidad en aras de lograr más eficiencia por una simbiosis sinérgica público-privada.

El concepto de la colaboración público-privada tiene múltiples acepciones, pero desde los años noventa se ha impuesto aquella que abarca los diversos modos de cooperación a largo plazo entre el sector público y el privado para la ejecución de prestaciones complejas, con participación de este último en los riesgos y la financiación³. Idealmente, se busca la sinergia generada por la combinación de las capacidades del mundo privado y del sector público en un marco asociativo duradero con un reparto de costes, beneficios, y riesgos⁴. No hay que identificar esta figura con otras más o menos cercanas como la privatización o el *outsourcing*⁵, términos que suelen ser confundidos entre sí.

La colaboración público-privada, una más de las técnicas del denominado *new public management* (nueva gestión pública). Su objetivo es la modernización de las administraciones públicas para lograr incrementar su eficacia y eficiencia. La doctrina se ha manifestado sobre los distintos aspectos de esta técnica, manteniendo posiciones diversas, y siendo criticada desde algunos sectores como un paso más en la privatización de los servicios públicos⁶. Esta técnica de contratación ha conformado un nuevo rol para el sector público, según el cual, en lugar de abdicar de su responsabilidad en la provisión de servicios públicos, como podría hacer a través de la privatización, se convierte en un socio a largo plazo del sector privado, asumiendo nuevas responsabilidades de gestión.

En España se han sucedido las leyes en el ámbito de la contratación pública y en todas ellas ha estado contemplada, a través de diversas figuras, la colaboración público-privada. Su limitada vida como contrato nominado desde su introducción en la Ley 30/2007, de 30 de noviembre, de Contratos del Sector Público, hasta su derogación con la Ley 9/2017, de 8 noviembre, de Contratos del Sector Público, no obsta para que la técnica contractual se pueda seguir articulando a través de una extensa

³ GÓMEZ-ACEBO y POMBO, *Patologías de la contratación pública*. Madrid, 2014.

⁴ ARAUJO BARCELÓ, Alejandro, «La colaboración público-privada: entre indeterminación, flexibilidad e incertidumbre». Universidad Carlos III de Madrid. *DOC. n.º 4/2013*. Madrid, 2013.

⁵ *Outsourcing* es un término anglosajón no recogido por la Real Academia Española que puede ser traducido como 'subcontratación', 'externalización' o 'tercerización'. Supone la contratación por una entidad de una empresa para la ejecución de una parte de su actividad.

⁶ HALL, David, *Why public-private partnerships don't work. The many advantages of the public alternative*. Public Services International Research Unit (PSIRU). University of Greenwich, 2015.

panoplia de acuerdos, la formación de empresas mixtas, o bien con el uso del contrato administrativo especial y de los contratos patrimoniales. Sin embargo, esto supone el uso de figuras múltiples y heterogéneas que resaltan su completa atipicidad.

Cuestiones previas. Diferenciación de externalización vs. privatización

Antes de abordar el estudio de la colaboración público-privada, es necesario deslindarla de otras figuras más o menos cercanas, como la privatización y la externalización o *outsourcing*⁷, conceptos que se aplican con profusión en la actualidad, sin que quede muy claro su significado.

La realización por el sector privado de cometidos tradicionalmente ejecutados por el sector público se producirá bien mediante la transferencia de la propiedad, delegación de la gestión, la subcontratación, o la dejación deliberada de una tarea pública con la intención de permitir que los actores privados tomen su control⁸. Uno de los problemas para poder aprehender el correcto significado del concepto de colaboración público-privada es que la propia terminología anglosajona, *public-private partnerships*, no es unívoca. Mientras que en Europa y Australia se asimila a las *private finance initiatives* (PFI) británicas, en el propio Reino Unido abarca, además, situaciones que calificaríamos de privatización, tales como la venta de activos públicos o empresas públicas con mayoría de capital privado. Por su parte, en Estados Unidos es un concepto de amplio espectro que incluye esquemas muy próximos al *outsourcing* o al *turnkey* (contrato de llave en mano), mientras que en ciertos sectores de la doctrina se identifica incluso con estos⁹.

Por otra parte, de acuerdo con la Comisión Económica para Europa de Naciones Unidas, los supuestos de colaboración público-privada

⁷ LAGUNA SANQUÍRICO, Francisco, «Delimitación conceptual relativa a la presencia privada en el marco estatal de la Defensa». En: Torroja Mateu, H. y Güell Peris, S. *La privatización del uso de la fuerza armada. Política y Derecho ante el fenómeno de las «empresas militares y de seguridad privadas»*. Barcelona: Bosch 2009, pp. 37-61.

⁸ HALLO DE WOLF, Antenor, «Modern Condottieri in Iraq: Privatizing War from the Perspective of International and Human Rights Law», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 13, nº 2, 2006, pp. 315-356.

⁹ FUERTES FERNÁNDEZ, Adolfo, «Fundamentos de la Colaboración Público-Privada para dotación de infraestructuras y servicios», *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones, Transportes e Infraestructuras* (REDETI), 29, 2007, pp. 37-124.

da, al seguir siendo pública la responsabilidad sobre la provisión de los servicios, no pueden ser catalogados de privatización, ya que en este último caso sí se transfiere al sector privado, aunque el sector público pueda retener alguna potestad regulatoria.

La OCDE señala la copartición de riesgos, asumiéndolos la parte que mejor puede gestionarlos, y la participación conjunta en el diseño del servicio. Ello situaría a la colaboración público-privada en una zona intermedia del espectro que abarcaría desde la provisión de un servicio exclusivamente por la Administración Pública a su privatización o liberalización¹⁰.

La técnica de la externalización es un modelo de colaboración que nació en las grandes empresas automovilísticas y que se ha extendido a todos los sectores, planteando un enfoque diferente a las necesidades logísticas. El hecho de que naciera en el área anglosajona bajo el nombre de *outsourcing*¹¹, ha planteado problemas en su traducción al castellano, pues, en ocasiones, se equipara a externalizar¹², y en otras a procesos de privatización. Pero ambos términos no son sinónimos, ya que las realidades a las que hacen referencia son diferentes y conviene clarificarlos. La privatización refuerza la preferencia ideológica por el control privado sobre el público y el mercado sobre los valores no económicos¹³. Implica el cambio de titular de la actividad desde la Administración al sector privado, cesando la primera en su gestión y control, pudiendo ser definida como «el acto de reducción del papel del gobierno o incremento del papel de otras instituciones de la sociedad en la producción de bienes y servicios y en la titularidad de la propiedad»¹⁴.

La externalización, por su parte, supone el traspaso de una empresa a otra de un cometido o servicio no esencial, es decir, que no forme parte del denominado *core business*, el núcleo o la razón de ser esencial de la entidad. Va mucho más allá de la

¹⁰ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos OCDE, *Dedicated Public-Private Partnership Units: A survey of Institutional and Governance Structures*. OCDE Publishing, 2010.

¹¹ SÁNCHEZ GUERRERO, M., *La Externalización de Servicios*. Monografía del VII Curso de Estado Mayor de las Fuerzas Armadas. CESEDEN. Madrid, 2006.

¹² Ejército de Tierra (septiembre 2007). «La Externalización en Operaciones». Mando de Adiestramiento y Doctrina. Ministerio de Defensa.

¹³ FREEMAN, Jody, «Extending Public Law Norms through Privatization», 116 *Harvard Law Review*, vol. 116, n.º 5, 2003, pp. 1285-1352.

¹⁴ SAVAS, Emanuel S., *Privatization and Public Private Partnerships*. New York: Chatham House Publishers 2000.

simple contratación de un servicio, englobando la gestión de un proceso completo tal como la gestión de personal o de nóminas, investigación y desarrollo... Pero la titularidad de la gestión tiene que seguir siendo pública, lo que supone la responsabilidad y control sobre la misma. Si no se dan estos requisitos, estaremos hablando de privatización, que supone la cesión de la titularidad de la actividad. Siempre que se trate de actividades no esenciales, permite la especialización en el núcleo de actividad y la mejora de la competitividad. La decisión dependerá de las capacidades internas para proporcionar el servicio, pero habrá que tener en cuenta los costes de transacción a la hora de tomar dicha decisión¹⁵.

En caso de querer recuperar la función externalizada, legalmente será sencillo, pues no hay más que no renovar el contrato o rescindirlo. Esto no es posible si hablamos de privatización, salvo el caso excepcional de la movilización de recursos en los supuestos establecidos por la Ley de la Defensa Nacional¹⁶.

Ciertamente, en ambos casos, privatización y externalización, un tercero realiza tareas que antes se llevaban a cabo con medios propios. La diferencia entre ambos términos es especialmente relevante si hablamos de funciones que afectan a temas estratégicos como la defensa y la seguridad, campos en los que la titularidad del Estado es intransmisible. Si el contrato contemplara dicha eventualidad, supondría una dejación de responsabilidades propias inaceptable en una nación avanzada y funcional. Por eso, no es correcto el uso del término *privatización* en el ámbito de la defensa, aunque en algunas ocasiones se utilice impropiamente. La Administración Pública debe mantener la titularidad, tutelando y controlando la ejecución, con la posibilidad de reversión en todo momento (al menos en teoría) de la gestión del servicio.

Antes de tomar la decisión de externalizar, es necesario estudiar sus consecuencias y establecer la correspondiente estrategia, sin afectar a la función esencial de la entidad. El objetivo es centrarse en lo que realmente se sabe hacer aportando un valor añadido, para concentrar sus recursos sin desaprovecharlos en

¹⁵ MARTÍ SEMPERE, Carlos, «La colaboración público-privada en Defensa». *Boletín electrónico del Instituto español de estudios estratégicos* (ieee.es). Documento de Opinión 32/2012, Madrid, 2012.

¹⁶ Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio; Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional; y Ley 50/1969, de 26 de abril, de Movilización Nacional.

actividades que pueden ser realizadas más eficientemente por entes externos¹⁷. En el caso del Ministerio de Defensa, se trataría de aquellas funciones o capacidades que constituyen su verdadera razón de ser, paradigmáticamente el combate. Por ello, solo serían susceptibles de externalización aquellas tareas que resulten auxiliares o complementarias.

Evolución de la relación contractual con el sector privado

El nivel y velocidad del cambio tecnológico actual hacen inviable que un solo ente, sea público o privado, pueda permanecer al día en todos los sectores que abarca su actividad. En un entorno económico marcado por las restricciones presupuestarias, combinado con un entorno operativo en continua evolución, nuestras Fuerzas Armadas están inmersas en un proceso de transformación hacia una función más directiva y técnicamente orientada, con una organización más simple, profesionalizada y más capaz operativamente. Todo ello ha provocado una evolución desde una gestión directa hacia un modelo de contratos con el sector privado para la adquisición de los servicios y productos necesarios.

Esta situación ha generado nuevas y crecientes demandas para permitir la ejecución de las misiones asignadas, lo que ha supuesto una mayor implicación del sector privado en el apoyo a las Fuerzas Armadas siempre que sea posible. Tal como afirma Singer, la línea de separación entre la esfera pública y la privada está en constante cambio desde el siglo XVII con el debate sobre la función del Gobierno¹⁸, línea que en la actualidad tiende a difuminarse y las Fuerzas Armadas no son ajenas a esta realidad. Esta mayor implicación se ha plasmado de manera gradual en diferentes formas de gestión como la externalización, privatización y, más recientemente, la colaboración público-privada.

Delimitación de la cooperación público-privada

El pesimista se queja del viento, el optimista espera que cambie y el realista ajusta las velas.

William George Ward

¹⁷ LAGUNA SANQUIRICO, Francisco, «La Externalización en el Marco de la Defensa Nacional». *Boletín de Información* n.º 289. CESEDEN, Madrid, 2005.

¹⁸ SINGER, Peter W., *Corporate Warriors, the Rise of the Privatized Military Industry*. Ithaca-London: Cornell University Press 2003.

Concepto

Esta figura es un modelo, una técnica de gestión contractual, no un tipo de contrato (que no existe en España desde su derogación en 2017). No es tampoco un concepto jurídico, sino un tipo de política pública o un modo de gestión, que se caracteriza por la participación de un socio privado en la ejecución, financiación y gestión de infraestructuras, equipamientos, servicios o suministros públicos¹⁹, y que se puede plasmar en una pluralidad de fórmulas contractuales.

Tal como se ha mentado, abarca una extensa panoplia de acuerdos, como las asociaciones estratégicas, informales o flexibles o la formación de empresas mixtas. Desde el punto de vista de su configuración contractual, hay múltiples posibilidades, con diversos grados de complejidad y de responsabilidad en lo referido a la provisión, operación y mantenimiento del bien y/o el servicio²⁰. En el ordenamiento español pueden distinguirse diversas opciones para la configuración de la colaboración público-privada, incluyendo el contrato de concesión de obra pública o de concesión de servicios; la colaboración público-privada institucionalizada, instrumentada a través de empresas públicas gestoras (modelo de promotor público, de naturaleza institucional²¹); y las propuestas patrimoniales con la aplicación de la figura del arrendamiento operativo y del derecho de superficie²².

¹⁹ MAGIDE HERRERO, Mariano, «El marco legal de la colaboración público privada; algunas referencias particulares al ámbito de la defensa». En: LAGUNA SANQUIRICO, F. (coord.), *El futuro de la colaboración del sector privado con el sector público*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces 2012.

²⁰ GONZÁLEZ SERNA, Carlos A., «De los avances legislativos en asociaciones público-privadas –APP: los retos en estructuración de proyectos de iniciativa privada», *Justicia Juris*, vol. 10, nº 1, 2014, pp. 21-31.

²¹ «Las perspectivas de la colaboración público privada institucionalizada se han visto considerablemente recortadas a resultas de los pronunciamientos judiciales y, en concreto, de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de Luxemburgo de 8 de abril de 2008, según la cual la contratación de grandes suministros militares, en la medida que se realice en favor de una entidad con capital privado aunque sea minoritario, excluye que la entidad pública pueda ejercer un control análogo al que ejercería sobre sus propios servicios, decayendo así uno de dos requisitos exigidos por reiterada e innumerable jurisprudencia del Tribunal de Justicia para eximir a la correspondiente Administración (la República italiana, en el caso en cuestión) del requisito de la licitación». ALVEAR TRE-NOR, Inés, «Colaboración público privada en programas de Defensa y Seguridad: marco contractual», *Revista Española de Derecho Militar*, 95-96, enero-diciembre 2010, p. 42.

²² GIMENO FELIU, José M., SALA SÁNCHEZ, Pascual y QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *El interés público y su satisfacción con la colaboración público-privada. Fundamentos, equilibrios y seguridad jurídica*. Barcelona: Cambra Oficial de Comerç, Indústria, Serveis i Navegació 2017.

Aunque no existe un concepto definido en el ámbito europeo de colaboración público-privada, la Unión Europea apuesta por este modelo, con una aproximación de la Comisión a su definición en el *Libro verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*, entendiendo «las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio»²³.

El libro verde diferencia entre colaboración público-privada contractual e institucionalizada, caracterizándose en ambos casos por su larga duración en función de la amortización de las inversiones o de los modelos de financiación; la asunción de la financiación, en principio, mayoritariamente por el sector privado, aunque la financiación pública puede llegar a ser muy elevada²⁴; y el diferente papel de los operadores económicos participantes en el proyecto. El sector público asume el establecimiento de los objetivos en materia de interés público, el control de la calidad y de la política de precios, mientras que el sector privado asume su ejecución. La distribución de los riesgos se produce en función de qué parte esté en mejor posición para su eliminación, gestión y/o mitigación, pero el sector privado siempre deberá asumir una parte de los mismos.

La Unión Europea no ha considerado esta figura como un contrato nominado autónomo sino como una serie de diversas combinaciones por las que se atribuyen una o diversas tareas de importancia variable al socio privado y que incluyen las acciones citadas. Dentro de este esquema se puede hacer uso de varias figuras contractuales²⁵.

Naturaleza y ámbito

Tal como afirma Marcou, no estamos ante una forma de privatización, sino más bien ante un conglomerado de instituciones

²³ COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones*, 30 de abril de 2004, y posteriormente informado por el Comité Económico y Social Europeo y el Comité (CES) de las Regiones. Forma parte del llamado *soft law*, es decir, un documento sin fuerza jurídica vinculante.

²⁴ COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde...*, *op. cit.*, apartado 2.

²⁵ GONZÁLEZ SERNA, Carlos A. «De los avances...», *op. cit.*

jurídicas cuyo objetivo es el aprovechamiento de las inversiones y el *know-how* industrial y técnico del sector privado, con el fin de dotar los equipamientos públicos necesarios para la sociedad y la economía²⁶.

Abundando en esta idea, Huerta Barajas afirma que el término *colaboración público-privada* comprende diferentes modos de interrelación público privada, abarcando un amplio espectro de relaciones entre ambos sectores de cara a la realización de proyectos, dotación de infraestructuras y la prestación de servicios públicos²⁷.

El sector público no abandona su responsabilidad en cuanto a la provisión de servicios públicos, pues en dicho caso estaríamos hablando de privatización, pero se transforma en un socio estratégico a largo plazo del sector privado, con diferentes atribuciones en cuanto a la gestión²⁸. Es parte de un proceso de reconfiguración de la actividad del Estado en el ámbito económico, desde una perspectiva ejecutiva a una gerencial²⁹, actuando como organizador, regulador y controlador³⁰, que desde algunos sectores ha sido entendido y criticado como un paso más en la privatización de los servicios públicos. El objetivo es la ejecución colaborativa de un proyecto que supone prestaciones complejas, con una reformulación de la financiación y de la asunción de los riesgos derivados.

La sostenibilidad de los proyectos de colaboración público-privada depende de su correcta planificación económica, la cual no puede reducirse al recurso al sector privado como socio. Un adecuado estudio previo ayudará a determinar si un sector (y, dentro del mismo, un proyecto) son ámbitos apropiados para su utilización.

²⁶ MARCOU, Gérard, «La experiencia francesa de financiación privada de infraestructuras y equipamientos». En: RUIZ OJEDA, Alberto y GOH, Jeffrey (dirs.), *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España (Elementos comparativos para un debate)*. Madrid: Civitas 2000.

²⁷ HUERTA BARAJAS, Justo A., «Contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado en los programas y contratos de defensa», *Revista Práctica de Contratación Administrativa*, 78, 2008, pp. 32-68.

²⁸ ALLARD, Gayle y TRABANT, Amanda, *La tercera vía: en la frontera entre público y privado*, PPP, Cátedra Económico-Financiera del Centro PwC & IE del Sector Público, 2006.

²⁹ ESTEVE PARDO, José, «La Administración garante. Una aproximación», *Revista de Administración Pública*, 197, 2015, pp. 11-39.

³⁰ COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde...*, *op. cit.*, apartado 3.

Regulación de la colaboración público privada

Iter normativo y eliminación del contrato nominado

A pesar de todos los cambios normativos acaecidos en las últimas décadas en nuestro país, siempre ha estado contemplada la colaboración público-privada a través de diversas figuras. En la Ley 30/2007, de 30 de octubre, se reguló como contrato nominado, constituyendo una especie del género colaboración público-privada, contemplándose en el ámbito de la defensa en la Ley 24/2011, de 1 de agosto, por remisión a la misma. La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, deroga este contrato³¹, desapareciendo de nuestra legislación el contrato nominal, aunque no la técnica contractual como tal. Pero a pesar de lo señalado en la exposición de motivos, el uso del contrato de concesión de obra pública, e incluso el de servicios, no abarca todo el espectro que ofrecía el contrato nominado. Por ello, la articulación de esta técnica contractual puede efectuarse, además, a través de otras dos vías, el contrato administrativo especial³² y de los contratos patrimoniales³³.

En lo que respecta al contrato administrativo especial, si no disponemos de un contrato nominado según la nueva regulación, y concurren las circunstancias que señalaba el antiguo artículo 11 de la derogada Ley 30/2007, de 30 de noviembre, sería posible el uso de esta figura contractual.

El contrato patrimonial implica el uso de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas. Esto será posible si la prestación característica del contrato tiene naturaleza patrimonial y concurren cumulativamente los dos elementos del artículo 9.2 de la Ley 09/2017, de 8 de noviembre.

En las entrevistas realizadas a miembros de la Dirección General de Armamento y Material (DGAM) se plantean posturas muy polarizadas en lo que respecta a su supresión. Por una parte, se estima que no ha sido muy meditada su eliminación en la propia

³¹ El BOUE de 28 de marzo de 2014 publicó las tres directivas relacionadas con la contratación del sector público, desapareciendo los contratos de colaboración público-privada dada su escasa utilización.

³² El contrato administrativo especial está contemplado en la propia Ley 9/2017, en su artículo 25.1b.

³³ Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. *Boletín Oficial del Estado*, 4 de noviembre de 2003, n. 264, p. 38924.

directiva comunitaria, que se justifica en la exposición de motivos de la ley por su escasa utilización y por la existencia de fórmulas que ya dan cobertura como es el contrato de concesión. Pero se opina que no cubren todo el espectro objetivo que se pretende con la colaboración público-privada y su supresión supone un retroceso formal de cara a su posible utilización. No obstante lo anterior, la existencia del contrato administrativo especial puede dar cobertura a esta laguna legal. La eliminación deja sin cobertura legal fórmulas de contratación que se entiende que serán cada vez más necesarias en el marco de un mercado europeo de la defensa.

De todas formas, Ariño Ortiz, respecto del extinto contrato, expone lo que denomina la teoría del «envoltorio», según la cual no era más que un simple *nomen iuris*, irrelevante jurídicamente, detrás del cual se esconden otras figuras jurídicas, básicamente la concesión, aunque cabían distintos tipos de contratos³⁴.

Pero la opinión general ha sido favorable a su desaparición, aduciéndose razones tales como su omisión como contrato tipo por su escasa utilización, definición, complejidad y utilidad. En la actualidad, se puede instrumentar, tal como ya se ha comentado, a través de contratos administrativos especiales u otras formas contractuales, como la concesión de servicios. También se plantea su carácter residual. El artículo 11.2 del TRLCSP establecía su aplicación solo para cuando «otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas», lo que unido a la disposición del artículo 313 de la misma norma, que remitía para aplicación de su régimen jurídico a las normas generales del contrato típico cuyo objeto se correspondiese con la prestación principal de aquel, hacía del contrato de colaboración una categoría de muy discutible aplicabilidad.

Ideas fuerza ¿o mitos? de esta figura

En el presente apartado se estudiarán las posibles ventajas de esta técnica contractual, pero también los inconvenientes que puede tener, y más en un ámbito como el de la defensa, a los efectos de conseguir una imagen real de la misma.

³⁴ ARIÑO ORTIZ, Gaspar, «El enigma del contrato administrativo», *Revista de Administración Pública*, n.º 172, 2007, pp. 79-102.

En el ámbito de la defensa existen condicionantes que influyen sobre la factibilidad y eficacia de esta figura, sobre todo la elevada incertidumbre, a la que coadyuvan cuestiones tales como el prolongado plazo de ejecución, afectada por la volatilidad de diversos factores como los cambios en el entorno que generen nuevas amenazas. Dado el elevado coste inicial de los proyectos de defensa, la duración del contrato ha de ser lo suficientemente amplia como para permitir su amortización, pues en caso contrario esta técnica contractual no resultará adecuada para este tipo de proyectos.

El alto grado de innovación tecnológica implica la rápida obsolescencia de los sistemas de armas. Este nivel de innovación tecnológica en el ámbito militar requiere una gran flexibilidad en los proyectos.

Un tema conflictivo, aunque no exclusivo de esta figura, era el tratamiento de los derechos de propiedad intelectual sindicados a los diversos sistemas de armas que adquieren las Fuerzas Armadas. Con la nueva normativa contractual, se ha pasado de la obligatoriedad de cesión por defecto a que solo sea así cuando se especifique en los pliegos (salvo en lo referente a los contratos de servicios)³⁵. Lógicamente, a la hora de presupuestar las ofertas, las empresas incorporan el coste asociado a dicha cesión. A su vez, la confidencialidad respecto de los proyectos de sistemas de uso militar es esencial. La protección proporcionada por el Estatuto Básico del Empleado Público es a todas luces insuficiente³⁶.

En la colaboración público-privada se dota al ente privado de una significativa cuota de autonomía e independencia, priorizando la aplicación de criterios empresariales en aras de mejorar la eficiencia y maximizar la productividad. Esta cesión de autonomía a la iniciativa privada es problemática en defensa, pues la responsabilidad es intransferible, lo que dificulta la implantación de este tipo de fórmulas³⁷. Pero hay que tener en cuenta que, aunque

³⁵ El artículo 122.2, 2.º párrafo, de la Ley 9/2017 establece que los pliegos podrán también especificar si va a exigirse la transferencia de derechos de propiedad intelectual o industrial, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 308 respecto de los contratos de servicios.

³⁶ España. Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. *Boletín Oficial del Estado*, 13 de abril de 2007, n. 89, p. 16270.

³⁷ LAZAGA ROMERO, Manuel, *La incorporación de fórmulas de colaboración público-privada al sector aeroespacial y su posible aplicación al sostenimiento de los aviones UD-13 y UD-14*. Trabajo de Fin de Curso (TFC) XXVI Curso de Técnica Contable y Contractual. Centro de Guerra Aérea. Ministerio de Defensa: Madrid 2019.

se utilice esta técnica contractual, y sea cual sea el sector de la Administración, la responsabilidad por la prestación del servicio siempre es pública. Otra cuestión diferente es que el grado de autonomía y complejidad dificulte la supervisión de la ejecución.

Desde el punto de vista positivo, al hablar de esta figura se hace con frecuencia mención a la solidaridad intergeneracional y a la minoración parcial de los altos costes de oportunidad, al poder afrontarse un proyecto sin esperar a tener crédito presupuestario. Pero conlleva el inconveniente de que se asocia el periodo de abono de la infraestructura con la vida útil de la misma, comprometiéndose los recursos de generaciones futuras y la capacidad de decisión de los sucesivos gobiernos.

Aparte de esta presunta justificación moral de equidad, se alegan como principales beneficios la eficiencia económica, la no consolidación contable, si concurren determinados requisitos y una mejor gestión de riesgos (que será, a su vez, decisiva para la no consolidación contable). El peligro estriba en que la distribución de riesgos se haga precisamente para conseguir la no consolidación contable y no en función de las necesidades del proyecto como tal, lo que puede condicionar no solo su eficiencia sino también el cumplimiento mismo de su objetivo.

Eficiencia económica y financiación

Pecunia nervus belli.

Cicerón

El uso de la colaboración público-privada no supone automáticamente un incremento en términos de eficiencia económica de la actividad de defensa, pues dependerá de la negociación, el control y la renovación de estas colaboraciones³⁸. A todo ello se une la cuestión del beneficio en el contexto militar, pues los incentivos de una empresa no siempre son compatibles con los de sus clientes o con el bien común, lo que requiere una adecuada gestión y supervisión, que no siempre existe.

Estamos ante una nueva filosofía de gestión de los asuntos públicos, que busca una mayor eficacia en el gasto público, o lo que es igual, el *value for money* (mayor valor por el dinero invertido) o

³⁸ MARTÍ SEMPERE, Carlos, «La colaboración...», *op. cit.*

el *best value*³⁹. Esta idea entronca en nuestro país con el artículo 103 de la Constitución española, que establece, entre otros, la eficacia y la eficiencia, como principios rectores de la actuación administrativa.

Para que realmente exista este posible mayor valor por el dinero invertido, hay que vencer las reticencias del sector privado, motivadas por la larga duración, la alta inversión necesaria y los poderes exorbitantes que sigue manteniendo la Administración, y que hacen muy factible un incremento en los costes de los proyectos. La especificidad de los activos requeridos determina la necesidad de acuerdos a largo plazo para lograr la inversión del sector privado. Estas características impiden que abarquen todas las vicisitudes, lo que genera un gran margen para el oportunismo, dado el alto grado de incertidumbre y la asimetría de información. Por otra parte, se produce una dependencia respecto del contratista privado que puede llegar a ser disfuncional, provocando una pérdida de *know-how* del sector público que dificultará apreciablemente la recuperación de la provisión de esa capacidad.

Se resalta como una de las principales ventajas del uso de la colaboración público-privada, cuando no es la única razón, el potencial ahorro que supone. Pero dicho ahorro es eso, potencial, siendo necesario un análisis comparativo específico de la aportación del socio privado y su coste efectivo (*análisis del value for money*), dado el superior coste de la financiación privada en términos generales. Obviamente, dicho diferencial se trasladará vía precio de los productos o servicios suministrados.

La financiación privada no obsta a la aportación pública, a veces muy elevada, para hacer viable la operación, sobre todo si la misma no es inicialmente lo suficientemente rentable como para atraer la inversión privada⁴⁰. Hay que tener en cuenta que el coste del sector público se reduce en el corto plazo a expensas de un mayor coste futuro repartido en varios ejercicios⁴¹.

El énfasis exclusivo en la financiación ha condicionado la aproximación en España a la gestión de la colaboración público-privada. No se ha articulado una estrategia apoyada en directrices específicas para obtener la mejor relación calidad-precio y negociar contratos aceptables. El enfoque se ha centrado en la búsqueda

³⁹ GARCÍA CAPDEPÓN, Pedro, «Los contratos de colaboración público-privada». *Revista Española de la Función Consultiva*, 3, 2005, pp. 89-114.

⁴⁰ GARCÍA CAPDEPÓN, Pedro, «Los contratos...», *op. cit.*

⁴¹ MARTÍ SEMPERE, Carlos, «La colaboración...», *op. cit.*

da de financiación privada⁴², y la consecución, con una serie de requisitos sobre todo en cuanto al reparto de riesgos, de la no consignación presupuestaria de este tipo de proyectos.

Finalmente, otro factor a considerar son los altos costes de transacción que genera su gestión⁴³, aspecto estudiado por la teoría económica del análisis de costes de transacción, que corresponden a la organización de los contratos y el aseguramiento de su cumplimiento. El sector de la defensa parece ser extremadamente propenso a las imperfecciones y asimetrías de la información cuando se negocian los contratos de colaboración público-privada, con factores que aumentan sus costes de transacción, como el alto índice de riesgo moral.

La presunción de la mayor eficiencia del sector privado habrá de ser verificada caso por caso, pero, ciertamente, aporta un añadido de experiencia e innovación tecnológica que mejora la eficiencia y la productividad. Dado que la defensa es un bien público, la eficiencia, aun deseable, pasa a un segundo plano en la provisión, pero no en la gestión económica para conseguir la dotación adecuada de este bien público.

Uno de los argumentos más utilizados es la reducción de los costes militares⁴⁴, aduciendo que la provisión privada de bienes y servicios no esenciales es siempre la opción más barata. Se entiende de forma generalizada que la privatización supone un incremento de la eficiencia económica. Se difuminan las diferencias entre lo público y lo privado, estimulándose a la iniciativa privada para ocupar áreas que hasta la actualidad habían sido vistas como monopolio público.

Pero esta afirmación sigue la lógica neoliberal⁴⁵, según la cual, en un mercado libre, la competencia, privatización y *outsourcing* en

⁴² ALLARD, Gayle y TRABANT, Amanda, *La tercera vía...*, op. cit.

⁴³ PARKER, David y HARTLEY, Keith, «Transaction costs, relational contracting and public private partnerships: a case study of UK Defence». *Journal of Purchasing and Supply Management*, vol. 9, n.º 3, 2003, pp. 98-108. Disponible en: http://www.sciencedirect.com/science?_ob=JournalURL&_cdi=12893&_auth=y&_acct=C000027518&_version=1&_urlVersion=0&_userid=634187&md5=c5218be5e9f78f1fd27ddb01b951c843 [Consulta: 17-11-2019].

⁴⁴ DICKINSON, Laura, «Government for Hire: Privatizing Foreign Affairs and the Problem of Accountability under International Law», *47 William & Mary Law Review*, vol. 47, n.º 1, 2005, pp. 135-138. Disponible en: <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol47/iss1/4> [Consulta: 04-01-2020]; STEVENSON, Dru, «Privatization of Welfare Services: Delegation by Commercial Contract», *Arizona Law Review*, vol. 45, 2003, pp. 83-131.

⁴⁵ PONCE, Juli, «Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones», *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, n.º 40, 2016, pp. 68-108.

ciertos sectores públicos generan ahorros, reducen las pérdidas y redundancias, y producen servicios de más alta calidad, a la par que mejores resultados. Sin embargo, para ello es imperativo que haya competencia real y también flexibilidad del sector privado para cumplir con sus obligaciones⁴⁶. Es también necesario reforzar la transparencia y la rendición de cuentas (*accountability*), ya que el ciudadano debe estar informado sobre la cantidad de recursos públicos gastados a través de esta figura contractual y los resultados obtenidos⁴⁷.

En la colaboración público-privada se plantean dificultades respecto de la selección del colaborador privado, lo que puede distorsionar la percepción del sector privado respecto de la existencia de transparencia y de protección del *know-how*⁴⁸. Hay un claro riesgo de pérdida de una parte esencial del mismo si el servicio es proporcionado exclusivamente por el sector privado, pues puede tener el control exclusivo sobre áreas fundamentales. Esta situación supone un riesgo que en economía se denomina *ex post hold up*, literalmente «post-atraco»⁴⁹, que viene a reflejar el riesgo de exposición a comportamientos oportunistas⁵⁰ al dejar todo el conocimiento sobre ciertas funciones exclusivamente en manos privadas. Una vez el sector público cliente está esencialmente cautivo, las empresas pueden sobrefacturar o infraproveer, sin que pueda imponerles una sanción comercial seria o exigir responsabilidad legal⁵¹.

La naturaleza a largo plazo de los contratos de colaboración público-privada implica que el Gobierno perdería su capacidad orgánica interna para proporcionar los servicios prestados por el sector privado. Esto, junto con el carácter específico de los activos militares, abona la posibilidad de oportunismo del sector privado, el denominado *riesgo moral*. Debido al largo plazo de

⁴⁶ DICKINSON, Laura, «Government for Hire...», *op. cit.*

⁴⁷ PASTOR ALBALADEJO, Gema y MEDINA MAIRAL, Pilar, «Reflexiones en torno al marco institucional de la colaboración público-privada». En: GONZÁLEZ GARCÍA, E. *et al.* (coords.). *Mundos emergentes: cambios, conflictos y expectativas*. Toledo: ACMS 2015, pp. 928-938.

⁴⁸ RIDAO i MARTÍN, Joan, «La colaboración entre el sector público y el sector privado en proyectos complejos de infraestructuras y servicios públicos. Una revisión crítica del marco legal en España», *Revista Española de Ciencia Política*, 34, 2014, pp. 89-117.

⁴⁹ WILLIAMSON, Oliver E., *The Economic Institutions of Capitalism*. New York: The Free Press 1985.

⁵⁰ SINGER, Peter. W. *Corporate Warriors...*, *op. cit.*

⁵¹ JENNINGS, Kathleen M., «Armed Services: Regulating the Private Military Industry», *New Security Programme*, Fafo-report 532, 2006.

ejecución, es muy difícil cubrir en estos contratos todas las posibles contingencias, lo que dificulta el control de los costes de transacción. El Gobierno debe confiar en el aspecto relacional (es decir, la mutua confianza y la reputación) para minimizarlos, lo cual no es realista dado que los sectores público y privado tienen objetivos divergentes y una cultura diferente. Es muy difícil casar la reducción de costes e incremento de calidad en la provisión de servicios y la obtención de beneficios por las empresas.

Todas estas distorsiones contradicen el argumento de la eficiencia económica, pero existen porque los Estados clientes lo permiten, no porque no sea posible su adecuada regulación. La existencia de un monopsonio u oligopolio de demanda⁵² otorga a los Estados una posición de privilegio que debe ser adecuadamente usada. La mayoría de las empresas del sector aceptarían una normativa más restrictiva si sus clientes principales, los Gobiernos, la impusiesen.

Para que se produzca ahorro, es necesaria una competencia real entre las empresas. Sin este requisito y sin un nivel adecuado de flexibilidad del contratista privado para el cumplimiento de sus obligaciones, es difícil que sus servicios sean más rentables. A pesar de ello, aduciendo necesidades de fiabilidad y continuidad de la prestación y razones de seguridad nacional, los Gobiernos suelen restringir la competencia⁵³. En este sentido, hay que tener en cuenta también la exclusión de las pymes por la propia naturaleza del objeto de los contratos en la colaboración público-privada, lo que contradice la filosofía de nuestra legislación contractual pública.

El sector industrial de la defensa ha sufrido un importante proceso de concentración hasta quedar solo unos pocos grandes grupos empresariales. Esta circunstancia ha determinado una reducción significativa del número de posibles empresas licitadoras, lo que disminuye significativamente las ventajas de la colaboración público-privada sobre la contratación tradicional. Por sus características, este tipo de contratos suponen unos riesgos muy altos

⁵² FONFRÍA MESA, Antonio, «Efectos del gasto militar sobre la rentabilidad de la industria de defensa en España», Instituto de Estudios Fiscales, *P.T.Nº 23/09*, 2009.

⁵³ En el informe de la Oficina General de Cuentas (GAO) del Gobierno de EE.UU. de 2003 sobre los contratos militares, ni siquiera menciona la rentabilidad como un criterio aplicable en la contratación con el sector privado, centrándose tan solo en los conocimientos técnicos especializados, la no aplicabilidad del número de efectivos autorizados y la garantía de disponibilidad para otras tareas de unos recursos siempre escasos (GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE, 2003).

que solo pueden ser soportados por empresas de gran tamaño, lo que favorece la formación de cárteles o la colusión.

Los militares requieren flexibilidad en sus contratos dentro de la fórmula de colaboración público-privada. Las empresas saben que su rescisión y nueva licitación tiene un coste muy alto, lo cual les otorga vía libre para operar como tengan por conveniente, situación que se asemeja *de facto* a un monopolio. De ahí el ya citado riesgo moral, que se traduciría en ofertas bajistas de las empresas, pues pueden añadir más importe a lo largo de la vida del contrato. A su vez, las prácticas normales de subcontratación pueden limitar significativamente, e incluso eliminar, cualquier ganancia en eficiencia.

Implicaciones en la organización y personal

En este escenario se reduce el personal dedicado a gestión, pero el sector público necesita un nuevo conjunto de habilidades adaptadas al mismo, pues pasa de ser un administrador de activos a un gestor de contratos. Su aplicación requiere un adecuado *expertise* para su gestión en el ámbito del Ministerio de Defensa, lo que exige personal dedicado a esta tarea, con la consiguiente estabilidad y especialización del mismo.

Este aspecto siempre ha sido descuidado, entendiendo simplemente que la mayor participación del sector privado en la gestión supone automáticamente una menor necesidad de personal público de carácter administrativo dedicado al contrato. En el ámbito militar, esta circunstancia se ha imbricado directamente con la necesidad de personal operativo y la posibilidad de incrementar su número.

Pero, como ya se ha señalado en el punto anterior, es necesario tener en cuenta dentro de la ecuación los elevados costes de transacción que supone esta figura contractual, tales como los de adquisición, monitorización, abogados y consultores... El proceso administrativo a través del cual se estructuran estos proyectos es complicado y costoso en términos de tiempo, recursos (incluyendo personal) y dinero. El largo período de licitación se traduce en mayores costes de oferta, menor competencia y demoras indebidas en el inicio del servicio. Esto es de esperar, ya que algunas de las colaboraciones del Ministerio de Defensa no tienen precedentes y son únicas⁵⁴.

⁵⁴ En este sentido, un estudio del uso de la colaboración público-privada en defensa en el Reino Unido concluyó que no supone necesariamente una mayor eficiencia y sí importantes costes y desventajas, pues implica significativos costes de transacción

En el cálculo de costes no se suelen tener en cuenta los de transacción, incluyendo los derivados de la supervisión de los contratistas⁵⁵. Para la consecución de un mayor valor por el dinero invertido, el socio público debe gestionar prudentemente la supervisión del contrato, para lo que debe contar con empleados con un alto grado de conocimientos y experiencia. Si no es así, las consecuencias irán en detrimento de la consecución de los deseados productos y servicios⁵⁶.

En este sentido, podría ser incluso necesaria una reforma organizativa con la creación de una oficina de implantación y ayuda especializada a la gestión de la cooperación público-privada, del nivel orgánico que se considere oportuno. La necesidad de una capacidad institucional adecuada para su gestión se deberá traducir, normalmente, en la existencia de esta unidad administrativa especializada, no solo para coadyuvar en las labores señaladas sino también para compartir las mejores prácticas y promulgar políticas de desarrollo. La misma debe tener el grado de competencia y conocimientos necesarios para gestionar la colaboración público-privada.

La huida de la consolidación contable

El principio esencial de la Oficina Europea de Estadística, más conocida como Eurostat, es la posibilidad de que los activos sean considerados privados sin que incidan en los niveles de déficit y endeudamiento. Pero, para ello, es necesaria la asunción por el socio privado de los correspondientes riesgos asociados en el seno de un contrato de colaboración público-privada.

En estos casos, el sector público no sobrepasa el límite de endeudamiento, pues estas operaciones no repercuten en el mismo,

que deben compararse con cualquier beneficio en términos de incentivos de eficiencia económica. BELLAIS, Renaud, «Public-private Partnerships and the Transformation of Defence Investment». En: Bellais, R. (ed.), *The Evolving Boundaries of Defence: An Assessment of Recent Shifts in Defence Activities* (Contributions to Conflict Management, Peace Economics and Development, vol. 23), UK: Emerald Group Publishing Limited 2014. Disponible en: <https://doi.org/10.1108/S1572-832320140000023005> [Consulta: 13-11-19].

⁵⁵ Este problema es esencial, sobre todo cuando se combina el fenómeno de la puerta giratoria o *revolving door*.

⁵⁶ McCANN, Steven, *A Public Sector Governance Model for Public Private Partnership: Integrating Partnership, Risk and Performance Management in the Operating Phase*. Tesis doctoral. School of Property, Construction and Project Management. College of Design and Social Context. RMIT University, 2014.

eludiendo de esta forma las limitaciones presupuestarias correspondientes y no elevando su déficit⁵⁷. Pero la no contabilización del déficit y del endeudamiento, lo que podría llegar a calificarse en algunos casos como «contabilidad creativa», no puede constituir por sí misma un objetivo legítimo. Además, hay que tener en cuenta la máxima esencial en las finanzas públicas, según la cual el endeudamiento debe destinarse a inversiones de capital⁵⁸.

El Sistema Europeo de Cuentas (SEC 95)⁵⁹, antes de su última modificación⁶⁰, establecía una serie de requisitos para la no consolidación del déficit público, siendo fundamental el reparto/asunción de riesgos. El sector privado debía asumir necesariamente el riesgo de construcción y, aparte, el de disponibilidad o el de demanda. Además, disponía la imposibilidad de no consolidación contable en el caso del armamento militar «y el equipo necesario para dispararlo (pero no el armamento ligero y los vehículos blindados adquiridos por la policía y las fuerzas de seguridad...)». Estos bienes eran considerados consumos intermedios, por lo que no se aplicaba lo señalado⁶¹. Este régimen no era aplicable al equipamiento que tuviera equivalente civil, siempre que se cumpliesen los requisitos de reparto de riesgos.

Esta situación cambió radicalmente en las modificaciones de 2010 y 2012⁶², con la eliminación del requisito de la equivalencia para

⁵⁷ GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., *Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*, Valencia: Tirant lo Blanch 2007.

⁵⁸ GARCÍA CAPDEPÓN, Pedro, *Los contratos...*, *op. cit.*

⁵⁹ Sistema Europeo de Cuentas (SEC 95), aprobado por el Reglamento (CE) 2223/96 del Consejo, de 25 de junio de 1996, relativo al sistema de cuentas nacionales y regionales de la UE; y Decisión de Eurostat de 11 de febrero de 2004, sobre el tratamiento de déficit y deuda de las relaciones público-privadas cuando es la Administración la principal compradora de los servicios y la demanda se origina en la misma o en terceros. Es coherente con el Sistema de Contabilidad Nacional de Naciones Unidas.

⁶⁰ Dicho reglamento ha sido actualizado en diversas ocasiones, la última por el Reglamento (UE) 715/2010, de 10 de agosto, que modifica el Reglamento (CE) n.º 2223/96 del Consejo por lo que se refiere a las adaptaciones de las cuentas nacionales, tras la revisión de la nomenclatura estadística de actividades económicas NACE revisión 2 y de la clasificación estadística de productos por actividades (CPA). *Diario Oficial de la Unión Europea* L 210/1, de 11.08.2010.

⁶¹ Reglamento (CE) N.º 2223/96 del Consejo, de 25 de junio de 1996, relativo al sistema europeo de cuentas nacionales y regionales de la Comunidad. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* N.º L 310/1, de 30.11.96, párrafo 3.70.

⁶² Decisión del Consejo, de 4 de diciembre de 2012, que modifica la Decisión 2011/734/UE dirigida a Grecia, con objeto de reforzar y profundizar la supervisión presupuestaria y de formular una advertencia a Grecia a fin de que adopte las medidas para la reducción del déficit, considerada necesaria para poner remedio a la situación de déficit excesivo. *Diario Oficial de la Unión Europea* L 4/ 40, de 9.1.2013.

uso civil, reconociéndose la contribución del gasto en armamento como formación bruta de capital, lo que tiene su reflejo en un incremento en el producto interior bruto (PIB). Se armoniza la definición de activos fijos en el ámbito militar con la general para el resto de los sectores económicos. Todo aquel equipamiento y armamento usado de forma continuada durante más de un año en la producción de servicios de defensa se califica como activo fijo.

Su amortización a lo largo del tiempo se contabiliza como consumo de capital fijo, y, por tanto, producción del sector. Lo dicho no es de aplicación a los artículos de un solo uso, paradigmáticamente la munición de cualquier tipo, independientemente de su valor, que son considerados contablemente como existencias.

Gestión de riesgos

Al hablar de gestión de riesgos en la colaboración público-privada nos estamos refiriendo a aspectos tales como la implementación de planes de transición, modificaciones contractuales, cambio de los miembros del consorcio, gestión del fin de la asociación, retorno de los activos y daño reputacional. La gestión activa por parte del socio público del riesgo y ejecución de la colaboración es esencial. La incertidumbre es inherente a esta técnica contractual dado su largo período de vida, especificidad de los activos, grado de innovación..., y siempre lleva asociada un cierto nivel de riesgo. La clave reside en un adecuado reparto de riesgos entre el socio público y el privado en función de cuál de los dos está mejor preparado para su gestión y mitigación. Si se quiere mejorar la eficiencia y la situación financiera, es necesario modernizar las técnicas de gestión contractual, aceptando la posición de la industria militar, no ya como mero contratista sino como socio, lo cual supone compartir y gestionar los riesgos para los que cada parte esté mejor adaptada⁶³.

⁶³ Eurostat News Release 31/2006, 9 de marzo 2006. Anexo b: tipos de riesgos de la colaboración público-privada, atendiendo al criterio de asunción de riesgos por la parte que esté más preparada para afrontarlo. El sector privado debería hacer frente al riesgo financiero (oscilaciones del tipo de interés); riesgo de gestión/mantenimiento, pues sus beneficios dependen de la eficacia de su gestión y control de los costes; riesgo de demanda, aunque no depende de la calidad del servicio; riesgo de construcción, que engloba todos aquellos aspectos que perjudiquen la realización del proyecto; riesgo de disponibilidad, no alcanzándose la establecida contractualmente.

Por el contrario, la Administración debería asumir el riesgo geológico; el riesgo cambiario, por el uso de diferente moneda de la local, y el riesgo legislativo. El resto de posibles riesgos, como los de diseño, modificación de los requisitos, obsolescencia..., serán distribuidos en función de lo que se acuerde en el correspondiente contrato.

La característica esencial de esta técnica contractual es el adecuado reparto de los riesgos entre el socio público y el privado⁶⁴. No se trata simplemente de su transferencia íntegra al sector privado, pues o bien este no la aceptará, o bien los repercutirá vía coste, encareciendo correlativamente la operación. Pero hay riesgos que el sector privado debe aceptar o asumir, gestionándolos convenientemente⁶⁵. Una parte, aunque sea mínima, del riesgo de la operación tiene que ser asumida por el contratista privado⁶⁶. Supone una modulación del principio de riesgo y ventura de los contratistas vigente en nuestro ordenamiento jurídico. La tensión entre este principio y el de equilibrio económico-financiero es uno de los problemas más candentes en nuestro ordenamiento⁶⁷.

Mediante el mecanismo de la colaboración público-privada se puede abordar un amplio abanico de proyectos. En determinados casos, lo más complicado de cara a su financiación es la identificación, atribución y gestión de los riesgos de los activos a financiar. Su atribución al sector privado puede ser complicada en el caso de sistemas de armas que pueden ser destruidos accidentalmente o en combate, lo cual puede suponer que queden inservibles durante la vida del contrato antes de su amortización completa. En consecuencia, el riesgo operativo es, quizá, el más complicado en cuanto a su gestión en este tipo de activos, pero no así, generalmente, en el caso de bienes inmuebles, que se financiarían del mismo modo que los casos en el ámbito de la sanidad en alguna comunidad autónoma.

La Administración puede conseguir, con una serie de requisitos en cuanto al reparto de riesgos, la no consignación presupuestaria de este tipo de proyectos. Como ya se ha explicado, este régimen de no consolidación contable varió significativamente tras las modificaciones del SEC de los años 2010 y 2012. Tras las mismas, la regla esencial para la consideración como bienes privados de los activos involucrados en la colaboración público-privada señala que el socio privado debe asumir necesariamente el riesgo de cons-

⁶⁴ «No implican necesariamente que el socio privado asuma todos los riesgos derivados de la operación, ni siquiera la mayor parte de ellos» (apartado 2 del *Libro verde sobre la colaboración público-privada...*, *op. cit.*). El reparto se ha de efectuar caso por caso. Los riesgos más fácilmente identificables son el de variación de costes, de ejecución y diseño, de demanda, de disponibilidad, financiero y de obsolescencia.

⁶⁵ McCANN, Steven, *A Public Sector Governance...*, *op. cit.*

⁶⁶ MÍGUEZ MACHO, Luis, «Las formas de colaboración público-privada en el derecho español», *Revista de Administración Pública*, n.º 175, enero-abril 2008, pp. 157-215.

⁶⁷ FUENTETAJA PASTOR, Jesús A., «Riesgo y ventura en la concesión de obra pública», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 7, 2004, pp. 183-195.

trucción y, además, bien el de demanda, o bien el de disponibilidad. Si se trata de pagos en función de la disponibilidad y del uso conjuntamente, deberá asumir los tres tipos de riesgos mentados. Este esquema de asunción de riesgos no podrá ser desnaturalizado con el uso de cláusulas de financiación, garantías o cláusulas regulatorias de la finalización anticipada del contrato, que supongan que una posición de garante del sector público signifique su asunción final a pesar del esquema formal establecido⁶⁸.

Análisis DAFO

Para una adecuada gestión de riesgos, es necesario realizar un análisis de las debilidades, amenazas, fortalezas y oportunidades que se plantean en el Ministerio de Defensa respecto del uso de la colaboración público-privada, pero no solo en sentido genérico, sino también respecto de cada proyecto en concreto. Este análisis, conocido como DAFO o FODA, permitirá el análisis del Ministerio de Defensa, de sus características internas (debilidades y fortalezas), a la vez que su exposición a la situación externa (amenazas y oportunidades), permitiendo así la toma de decisiones fundadas en cuanto al posible uso de la técnica contractual objeto del presente trabajo.

En el caso de plantearse su utilización en el Ministerio de Defensa, los principales hitos de cada uno de estos aspectos deben ser debidamente sopesados para que sirvan de guía sobre el posible uso y, en su caso, intensidad, de esta figura contractual en función de las circunstancias. Para la debida ponderación de todas y cada una de las circunstancias, podría aplicarse el método de análisis DAFO basado en la lógica difusa⁶⁹, que establece la necesaria ponderación de los cuatro factores citados, pues no se dan por igual ni en la misma intensidad en la realidad.

Para ello, hay que analizar los cuatro apartados en su conjunto, a la vez que las diferentes combinaciones duales. Con el análisis de las fortalezas y las oportunidades, obtenemos las potencialidades que marcan las líneas de acción más prometedoras. Pero, por otra parte, hay que equilibrar la decisión en función de las limitaciones, que vienen dadas por la combinación de las debilidades y amenazas, que suponen una advertencia a tener en cuenta. Este

⁶⁸ RUIZ OJEDA, Alberto L., «Reivindicación de una cultura de gestión concesional. Apuntes críticos sobre el proyecto de ley básica». *Revista de Obras Públicas* (monográfico), 3.425, 2002, pp. 173-180.

⁶⁹ Método propuesto en 2011 por el matemático cubano Javier Pérez Capdevila, que lo mejoró en 2015.

análisis quedaría cojo si no determinásemos los riesgos en función de las fortalezas y amenazas; y los desafíos que vienen dados por la acción conjunta de las debilidades y oportunidades. Todo ello exigirá un cuidadoso análisis para determinar el curso de acción más adecuado a emprender por parte del Ministerio de Defensa.

Adecuación para el sector de la defensa

Resultados de las entrevistas y análisis Delphi

Una vez analizados los principales aspectos de técnica contractual, es necesario poner de manifiesto que la cuestión de su adecuación para el sector de la defensa no es pacífica. Como muestra, valga el hecho de que las respuestas en las entrevistas realizadas a miembros de la Dirección General de Armamento y Material (DGAM) han estado muy polarizadas. Curiosamente, las respuestas negativas no han profundizado en las razones, sino que tan solo se afirma que no lo es debido a la existencia de otros procedimientos que logran los objetivos. Por lo que respecta a las positivas, la argumentación ha sido bastante pareja. Así, se ha resaltado que los contratos del sector de armamento material son complejos por su larga duración, porque tienen un componente tecnológico y de innovación muy alto, y pueden requerir fórmulas de contratación que no responden a los contratos típicos. Se trata de un mercado de tecnología muy especializada, por ejemplo, en la investigación y desarrollo, y la colaboración debe existir tanto en el terreno tecnológico como en su plasmación contractual. Se llega a asegurar que no solo es adecuada sino, posiblemente, necesaria, habida cuenta de la complejidad de los procesos de obtención y sostenimiento de recursos en el sector de la defensa.

Respecto a los sectores en los que podría ser aplicable dentro del ámbito de defensa, las respuestas han sido bastante lógicas, abogándose por el apoyo logístico a los sistemas de armas y, posteriormente, a los procesos de obtención; la I+D+i debido a las carencias en este ámbito; y la simulación por ser un sector en el que defensa puede aprovechar y fomentar las investigaciones de empresas y universidades.

También se entiende aplicable a los futuros contratos para el diseño, desarrollo y sostenimiento de sistemas de armas obtenidos mediante programas colaborativos internacionales. La complejidad de dichos sistemas, junto con el hecho de

haber sido producidos por grandes consorcios industriales de diversas nacionalidades, se traduce en que el diseño de sus contratos de sostenimiento se base en fórmulas de disponibilidad (horas de vuelo, por ejemplo) donde serían aplicables estas técnicas.

Reflexiones adicionales

La aseveración relativa a su posible necesidad no es solo correcta por la razón aducida, sino también desde el punto de vista pecuniario. No es posible con el sistema actual alcanzar un nivel de inversión adecuado para el mantenimiento del nivel operativo de nuestras Fuerzas Armadas. Se está llegando a un punto de inversión por debajo del cual cualquier nivel de inversión será inútil, provocando su irrelevancia. Por ello, el cambio es una cuestión de *real politik* que puede que no sea ideal, pero, *rebus sic stantibus*, la situación nos conduce a ello como un mal menor.

Pero su uso no puede estar basado exclusivamente, ni principalmente, en la necesidad de soslayar las restricciones financieras o en evitar consolidación contable, sino que debe fundamentarse en el mayor valor por el dinero invertido en el uso de los fondos públicos o *value for money*⁷⁰. El objetivo debe ser la consecución de un mayor beneficio (entendido en un sentido amplio no estrictamente financiero) en las inversiones realizadas respecto a su posible implementación mediante técnicas «tradicionales». Se han creado algunas herramientas, limitadas, para la medición de este mayor valor por el dinero invertido. La principal es el *public sector comparator*⁷¹, aunque se centra tan solo en la diferencia de coste financiero sin tener en cuenta otros factores. Los mecanismos

⁷⁰ Los términos valor añadido o valor por el dinero invertido, significan la consecución de más calidad por el mismo coste o la misma a un coste menor. Se han elaborado instrumentos para intentar realizar su medición, aun imperfectos, como puede ser el Comparador público privado. *PPP KNOWLEDGE CENTRE, at The Netherlands Ministry of Finance*, p. 113.

⁷¹ Es un modelo financiero hipotético usado por los Gobiernos para establecer las ventajas (si existen) del uso de financiación privada, incluyendo la estimación del coste total de la construcción y operación, y comparándolo con los costes esperados en caso de uso de otros métodos de adquisición para determinar en qué caso se consigue más *value for money*. *Public Private Partnerships reference guide*. Version 2.0., International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, Asian Development Bank, and Inter-American Development Bank, 2014, pp. 135-136.

de colaboración público-privada no lo son tan solo de financiación, sino también de gestión de los riesgos y promoción de la innovación, con el fin de controlar los costes y mejorar los resultados. Sin embargo, su consideración como instrumento de financiación suele anteponerse al criterio de mejora de la eficiencia⁷².

Aplicación en los países de nuestro entorno

Si bien las colaboraciones público-privadas, particularmente en infraestructura de uso público, están creciendo en popularidad a nivel mundial, el sector de defensa no ha experimentado un crecimiento global tan acentuado. De hecho, por diferentes razones, aparte del Reino Unido, solo un puñado de países se ha aventurado con esta técnica en este ámbito, y principalmente en apoyo operativo indirecto⁷³. En estos casos, y en lo que respecta a los países de nuestro entorno, se puede comprobar que esta técnica se ha utilizado en una plétora de proyectos de defensa muy diversos.

El Reino Unido, pionero en este campo, la ha implementado en áreas tan diversas como infraestructuras tanto para el alojamiento de tropas, como operativas y administrativas; formación y entrenamiento en diversos campos; equipamiento; redes de comunicaciones; suministro de agua y depuración de residuos...

Pero si hay un proyecto estrella, ha sido el de los aviones cisterna (*tankers*): este proyecto FSTA (Future Strategic Tanker Aircraft, o 'futuro avión cisterna estratégico') de la Royal Air Force, se basa en la financiación con iniciativa privada (*private finance initiative*), para reemplazar la antigua flota de aviones cisterna VC-10 y TriStar de transporte de tropas. Es, posiblemente, el proyecto más importante financiado bajo esta técnica en el mundo.

En lo que respecta a los Estados Unidos, su experiencia con esta técnica contractual se ha focalizado en el uso de bases militares clausuradas, modernización y privatización de viviendas militares; y la denominada Performance Based Logistics (PBL), por la que la Administración (Army, Air Force, Navy, Natio-

⁷² MINISTERIO DE DEFENSA, «Criterios básicos para el establecimiento de la política industrial de Defensa». *Cuadernos de Política industrial de Defensa*. Cuaderno 01. Madrid: Ministerio de Defensa 2010.

⁷³ LOW, Hong K., *Public-private partnerships in defense acquisition programs defensible?* Tesis. Monterey, California: Naval Postgraduate School 2009.

nal Guard, Marines...) transfiere el sostenimiento integral a la industria. El contratista asume la determinación de necesidades y mantenimiento, a la vez que financia el proyecto. A cambio, recibe una contraprestación económica, en función del ratio de disponibilidad.

Volviendo a Europa, cabe resaltar los casos de Francia y Alemania. En el primero de estos países hay que hacer referencia a Helidax, una sociedad formada por la empresa INAER Helicopter France y Défense Conseil International (DCI). Tiene un contrato con el Gobierno francés por 22 años por 400 millones de euros, con el compromiso de proporcionar 22000 horas de vuelo al año a la École de Formation de Pilotes d'Hélicoptères à Vocation Interarmées et Internationale (EALAT). Para ello adquirió 36 helicópteros EC-120B, que opera y mantiene en sus instalaciones de la ciudad de Dax, en el departamento de las Landas.

Otro caso a reseñar es el Proyecto Balard, consistente en la reagrupación de distintos organismos del Ministerio de Defensa francés en un único complejo urbanístico, llevado a cabo bajo una colaboración público-privada del Ministerio de Defensa con el grupo Opale Defense. Este grupo se encarga de la construcción, mantenimiento, suministro energético y provisión de servicios para todo el complejo.

Por lo que respecta a Alemania, los sistemas de colaboración público-privada se han utilizado con resultados muy positivos en los campos de la simulación de vuelo y el mantenimiento de sistemas de combate, sin que se incluya su adquisición. La Luftwaffe realiza labores de sostenimiento y producción del programa Eurofighter de forma conjunta con Airbus Military, compartiendo instalaciones, equipamiento, personal, tecnología y conocimientos. Finalmente, podemos resaltar en el campo de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) el Projekt Herkules, cuya finalidad es la modernización y estandarización de los sistemas civiles de este ámbito del Ministerio de Defensa alemán.

Experiencias en el Ministerio de Defensa español

El análisis de los proyectos de colaboración público-privada en el ámbito de la defensa en España no da un balance muy positivo, ya sea por causas legales o económicas, lo cual habrá de ser tenido en cuenta a la hora de afrontar nuevos proyectos.

Entre los casos más destacados de éxito de la utilización de esta figura tenemos la concesión del oleoducto Rota-Zaragoza (ROTA-ZA) a la Compañía Logística de Hidrocarburos (CLH). Producto de la Guerra Fría, es el ejemplo vigente más antiguo de colaboración entre el Ministerio de Defensa y una empresa privada con el otorgamiento de una concesión demanial por 99 años.

También son dignos de mención los satélites *SPAINSAT* y *XTAR-EUR*. El proyecto homólogo al *Skynet* británico, llevado a cabo por el consorcio de empresas HISDESAT, para sustituir la capacidad de comunicaciones militares que proporcionaban los satélites *HISPASAT*. Se constituyó una colaboración público-privada⁷⁴ para construir, poner en órbita y operar los satélites *SPAINSAT* y el *XTAR-EUR* para el Ministerio de Defensa, comprometiéndose este a su utilización por un mínimo de quince años. Por otra parte, HISDESAT comercializa las capacidades excedentarias de los satélites.

Para su sustitución, dada su cercanía al fin de su vida útil, en 2019 HISDESAT y el Ministerio de Defensa suscribieron un contrato para la creación de un nuevo programa de satélites de comunicaciones gubernamentales denominado *SpainSAT NG*. Al igual que con los anteriores, se usará la fórmula de la colaboración público-privada, que implica la concesión directa de un préstamo para su desarrollo⁷⁵, según la cual HISDESAT Servicios Estratégicos llevará a cabo la inversión, operación y explotación de los satélites, comercializando la capacidad excedente del mismo⁷⁶.

Si nos centramos en los ejércitos, es necesario citar en el caso del Ejército de Tierra el proyecto de mantenimiento del Centro de Simulación de las Fuerzas Aeromóviles del Ejército de Tierra (CESIFAMET). Se plasmó en un contrato administrativo especial

⁷⁴ HISPASAT (43%), ISDEFE (30%), EADS-CASA Espacio (15%), INDRA (7%) y SENER (5%).

⁷⁵ Real Decreto 208/2019, de 29 de marzo, por el que se establecen las normas reguladoras de la concesión directa de un préstamo a la empresa HISDESAT SERVICIOS ESTRATÉGICOS, S.A. para el desarrollo del programa SPAINSAT-NG de comunicaciones por satélite. *Boletín Oficial del Estado* (BOE) n.º 86, de 10 de abril de 2019. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-5330.

⁷⁶ INFOESPACIAL.COM, «HISDESAT y Defensa firman el contrato del programa Spain-sat NG», *Infoespacial.com*, 11 de julio de 2019. Disponible en: <http://www.infoespacial.com/es/2019/07/11/noticia-hisdesat-defensa-blindan-comunicaciones-satelitales-espanolas.html> [Consulta: 30-03-20].

de servicios en 2003, para el mantenimiento por el contratista de los simuladores de vuelo de los helicópteros Chinook y Cougar, a cambio del derecho a comercializar con terceros los excedentes no utilizados por el Ejército de Tierra.

Por su parte, el denominado Plan NOGAL (Nueva OrGanización del Apoyo Logístico) pretende la modernización del apoyo logístico del Ejército de Tierra, concentrando las capacidades de mantenimiento, abastecimiento y transporte de los once centros logísticos existentes en una única base logística, moderna, eficiente y dotada con medios adecuados. Se firmó un acuerdo de encomienda de gestión con la Sociedad Estatal Ingeniería y Economía (INECO).

En la Armada se usó la colaboración público-privada para el mantenimiento, reparación y *overhaul* de turbinas de gas. Firmó un acuerdo con la empresa Industria de Turbo Propulsores (ITP) para el mantenimiento en servicio de las turbinas de gas LM-2500 y CM-2500, donde, si bien consistía en un contrato con contraprestación económica, se permitía a la empresa el uso compartido de las instalaciones militares. Ello se tradujo en una disminución de los costes del contrato, y en un intercambio y transferencia mutua de conocimiento a través del uso dual de los arsenales.

Finalmente, en el Ejército del Aire tenemos el satisfactorio proyecto de mantenimiento del Sistema de Mando y Control. Está basado en un acuerdo diseñado con INDRA para el uso compartido de las capacidades orgánicas propiedad del Ejército del Aire, en las instalaciones del Centro Logístico de Transmisiones (CLOTRA).

Otros casos no tan exitosos

Desgraciadamente, los casos citados son aislados y el limitado uso de esta figura no ha sido, ni de lejos, lo exitoso que podría pensarse. En este sentido, podemos citar en primer lugar dos expedientes que el Ministerio de Defensa trató de articular bajo la fórmula de colaboración público-privada que fueron informados negativamente por la Dirección General de Presupuestos por la dificultad de adquirir compromisos de gastos en el largo plazo, lo que es uno de sus requisitos esenciales.

El primero de ellos es el proyecto de diseño y construcción de la nueva sede del Estado Mayor de la Defensa (EMAD), además de sede de los Cuarteles Generales del Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire. Desgraciadamente, este proyecto no superó

el trámite del informe positivo por parte de la Dirección General de Presupuestos del Ministerio de Hacienda.

El segundo es el fallido proyecto de mejora de eficiencia energética en la sede central del Ministerio de Defensa, modelo de colaboración público-privada en el que los pagos al sector privado estarían vinculados al ahorro energético conseguido.

También es destacable el contrato de mantenimiento, conservación y utilización del Centro de Mantenimiento de Emergencias, Supervivencia Aeronaval (CESUPAR). Se licitó un contrato con un presupuesto de cero euros, cediendo al adjudicatario la comercialización de las capacidades excedentarias no utilizadas por la Armada. Esta colaboración público-privada no se ha podido implementar.

En la Armada también podemos destacar, entre los fracasos, el proyecto de mantenimiento integral de misiles y torpedos. Se planteó la posibilidad del uso dual de las instalaciones de mantenimiento de este tipo de material, pero la actualización y modernización de las mismas exigía de una inversión de tal envergadura que se consideró no asumible ni amortizable, por lo que el proyecto quedó en suspenso.

En el Ejército del Aire tenemos el ambicioso proyecto denominado *Programa FÉNIX*, concebido en el Mando de Apoyo Logístico, que perseguía una mejora de la eficacia operativa de las Maestranzas Aéreas y Centros Logísticos del Ejército del Aire, mediante la implementación de modelos de cooperación con la industria y la optimización de los recursos disponibles (humanos, bienes de equipo, infraestructuras y presupuestarios), para alcanzar el máximo nivel de sostenimiento al menor coste y riesgo posible. Se propuso a las empresas EADS/CASA e ITP unos proyectos de colaboración que, por diversos motivos, no llegaron a buen puerto.

En el caso de ITP, se avanzó para alcanzar un acuerdo de colaboración con el Ejército del Aire. Según el mismo, se emplearían los medios de la Maestranza de Sevilla para realizar la revisión de los motores T.56 que equipan a los aviones C-130 Hércules de la Fuerza Aérea de Libia. No llegó a buen puerto por la dificultad de encaje legal del cobro por parte de personal laboral de la Administración General del Estado de servicios prestados a una compañía privada.

El proyecto de cooperación industrial para el sostenimiento integral de tercer escalón de los aviones C-295 y CN-235. La iniciativa partió de MALOG, que tras un minucioso estudio identificó capaci-

dades excedentarias fruto de la integración de los factores productivos aportados por los posibles socios (industria) en el proyecto. En el caso de EADS/CASA, se pretendía ofrecer las instalaciones de la Maestranza Aérea de Sevilla para que el personal de la misma, junto con personal de EADS/CASA, realizase el mantenimiento de aviones CN-235 y C-295 de terceros países. Por otro lado, se propuso utilizar las capacidades excedentarias del taller de neumática de esta misma Maestranza para ofrecerlas a terceros.

Otro proyecto fallido fue la rentabilización de capacidades excedentarias del Centro de Simulación de Paracaidismo del Ejército del Aire (CESIPAL). Este proyecto se enmarcaba dentro del citado Proyecto FÉNIX, que buscaba el incremento de capacidades logísticas del Ejército del Aire a la par que la obtención de rentabilidad económica de los recursos excedentarios mediante la cooperación con la industria. Se trataba de acometer un proyecto novedoso y pionero en España, comercializando el excedente de horas de simulador no utilizadas por el Ejército del Aire. El Ejército del Aire e INDRA cogestionaban la explotación comercial del CESIPAL mediante el modelo de colaboración público-privada. INDRA aportaba su capacidad de comercialización nacional y extranjera, y la capacidad empresarial para la explotación de las instalaciones en los periodos excedentes del Ejército del Aire. La dificultad de articular el cobro de dinero por parte de la Administración hizo que la Asesoría Jurídica del Cuartel General del Aire aconsejara su no renovación y la firma de un contrato de mantenimiento tradicional.

Posibles ámbitos de aplicación

Del análisis de los diversos proyectos citados, tanto exitosos como fallidos, se deriva claramente que no hay impedimentos insoslayables que impidan el recurso a la aplicación de las técnicas de colaboración público-privada en la contratación del Ministerio de Defensa, sobre todo en lo referente a infraestructuras típicamente militares: aeropuertos, fortificaciones, bases navales⁷⁷...

Sostenimiento de los sistemas de armas

En España, el Ministerio de Defensa se encuentra en un contexto económico que podría calificarse de tormenta perfecta, inadecuada

⁷⁷ Véase, en este sentido, el antiguo artículo 120 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

cuado para emprender proyectos en los que no se tenga la certeza de que producirán ahorros y mejoras en la eficiencia. Es un entorno de fuerte restricción financiera en el intento de cumplir los requisitos de deuda y déficit, la exigencia por parte de la OTAN de alcanzar el 2% del producto interior bruto (PIB) en gasto en defensa y los compromisos adquiridos en los nuevos programas de obtención (fragatas F110 y vehículos 8x8). Todo ello supone que en el corto plazo apenas se va a disponer de recursos para cubrir las necesidades mínimas de sostenimiento⁷⁸, y no los habrá para iniciar nuevos procesos de obtención.

El panorama no es muy diferente a medio y largo plazo, por lo que el principal campo de aplicación ha de ser el área de sostenimiento⁷⁹. Con la entrada en servicio de nuevos sistemas de armas y la obsolescencia de los ya operativos, es de esperar un incremento exponencial de los gastos de este tipo. Por otro lado, las Fuerzas Armadas se enfrentan a un proceso progresivo de pérdida del recurso humano, y ante la falta de inversión, la capacidad orgánica de sostenimiento se va deteriorando⁸⁰.

Estas circunstancias conducen a un círculo vicioso, con una dependencia tecnológica cada vez mayor de la industria, y, por consiguiente, y a pesar de disponer progresivamente de menores recursos económicos, el Ministerio de Defensa se ve obligado a externalizar cada vez un mayor número de procesos, lo que va produciendo una descapitalización tanto financiera como de *know-how*, que impide abordar la reversión de esta espiral. El impulso para la aplicación de modelos de colaboración público-privada con un horizonte temporal a largo plazo garantizaría inversiones en los centros orgánicos, evitándose duplicidades con la industria y mejorando la eficiencia por las economías de escala⁸¹.

La velocidad de la evolución tecnológica de los equipos militares y la búsqueda de la eficiencia en su sostenimiento han obligado al replanteamiento de la estructura del apoyo logístico, optándose

⁷⁸ La Instrucción 5/2008, de 15 de enero, de la Secretaría de Estado de Defensa, por la que se regula el sostenimiento del armamento. *Boletín Oficial de Defensa* número 14, de 21 de enero de 2008.

⁷⁹ LAZAGA ROMERO, Manuel, *La incorporación...*, *op. cit.*

⁸⁰ En la Instrucción 5/2008, de 15 de enero, de la Secretaría de Estado de Defensa, se indica la necesidad de buscar fórmulas innovadoras para un mejor aprovechamiento de las capacidades de instalación y equipamiento de los centros logísticos, parques, arsenales o maestranzas, evitando su infrautilización y depreciación.

⁸¹ LAZAGA ROMERO, Manuel, *La incorporación...*, *op. cit.*

por una externalización progresiva. Esto supone un cambio no solo de la estructura sino también de mentalidad, pues la Administración militar tiende a la gestión de ciertos servicios esenciales a través de una asociación estratégica con las empresas privadas. La competencia, si existe, de las empresas privadas puede incidir, sin duda, en la eficiencia, que debe redundar no solo en un menor coste sino, primordialmente, en un servicio de mayor calidad y en el fomento de la investigación para garantizar que se pueden cubrir las necesidades operativas⁸².

Programas especiales de armamento (PEA)

Financiación de estos programas. Posibles alternativas

«¡Hay tantas cosas en la vida más importantes que el dinero!
¡Pero cuestan tanto!»

Groucho Marx

Para poder hacer frente a la ingente inversión que suponían los grandes programas de Defensa sin incidir sobre el déficit presupuestario, se desarrolló por parte del entonces Ministerio de Industria un sistema de financiación anticipada a través de préstamos sin intereses para investigación⁸³. A medida que la empresa realiza entregas al Ministerio de Defensa, este efectúa los correspondientes pagos totales o parciales, en función del fraccionamiento en anualidades aprobado por el Consejo de Ministros, con cargo al capítulo VI de su presupuesto, «Inversiones reales». A su vez, los contratistas proceden a la devolución de los anticipos recibidos del Ministerio de Industria, mediante su ingreso en el Tesoro Público.

Este mecanismo ha generado una elevadísima deuda que hipoteca la posibilidad de nuevas inversiones⁸⁴. Su no incidencia inicial sobre el presupuesto creó una falsa ilusión financiera que incentivó el gasto, pero en el momento de la entrega de los equipos y consiguiente inicio de pagos por el Ministerio de Defensa, se comprobó la imposibilidad de atender a la deuda⁸⁵ con el presu-

⁸² MARTÍ SEMPÈRE, Carlos, «La colaboración...», *op. cit.*

⁸³ MINISTERIO DE DEFENSA, *Perspectiva...*, *op. cit.*

⁸⁴ DE ALVEAR TRENOR, Inés, «Colaboración...», *op. cit.*

⁸⁵ MARTÍNEZ CALVO, J., «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y las oportunidades que ofrece en el ámbito de la contratación de defensa». En: Palomar Olmeda, A. (dir.), y De Álvaro Montero, A. y Colomer Hernández, I. (coords.), *Régimen jurídico de la Industria al servicio de la Defensa*. Madrid, 2009, p. 461.

puesto ordinario⁸⁶, teniendo en cuenta las grandes desviaciones acaecidas sobre el importe inicialmente estimado⁸⁷.

Durante los años de bonanza se adquirieron compromisos de gasto que han de mantenerse. Las tensiones financieras han dado lugar a consecuencias tales como el corralito financiero con los Eurofighters o el aplanamiento de pagos en estos programas⁸⁸. El Ministerio de Defensa tiene en los próximos años gran parte de sus presupuestos comprometidos para devolver las cantidades adelantadas por el Ministerio de Industria para su financiación⁸⁹.

Es un sistema agotado, falto de racionalidad y previsibilidad, siendo necesario lograr un compromiso presupuestario estable y duradero con la defensa. La opción ideal sería la aprobación de una ley de financiación o programación militar para atender los pagos pendientes a corto y largo plazo, ofreciendo un marco estable a los planificadores de las políticas públicas y del sector de la industria de defensa que incentive las inversiones⁹⁰. Una ley programa va más allá de una mera ley de financiación, pues supone un planeamiento a medio plazo enmarcado en una política general de defensa y de obtención de capacidades para su ejecución⁹¹.

Otra opción es la financiación compartida de la investigación, más allá del mero anticipo del importe de I+D+I, con otros ministerios con competencias en materia de fortalecimiento industrial y tecnológico de la industria nacional. De este modo, se incre-

⁸⁶ A partir de 2012, para el pago de la deuda de los programas especiales de armamento se acudió a la aprobación de créditos extraordinarios o suplementos de crédito, práctica declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 169/2016, de 6 de octubre, estableciendo la necesidad de la inclusión de estas partidas en los Presupuestos Generales del Estado.

⁸⁷ MÉNDEZ MARTÍNEZ, Constantino, PAVÓN LOSADA, Juan A. y MARTÍN CASARES, Germán, «Bases para un consenso en política de defensa en España. El nivel de gasto». *Documento de Trabajo Opex N.º 88/2017*. SEGENPOL. Madrid: Ministerio de Defensa 2017.

⁸⁸ INFODEFENSA.COM, «Los nuevos programas sitúan la inversión en los PEA en 41.396 millones», 31 de enero de 2019. Disponible en: <https://www.infodefensa.com/es/2019/01/31/noticia-nuevos-programas-situan-inversion-41396-millones.html> [Consulta: 11-01-20].

⁸⁹ GUIL, Juan P., «Fórmulas de colaboración público privada en el sector de la Defensa. Presente y futuro». Monografía Curso Estado Mayor de las Fuerzas Armadas. Escuela Superior de las Fuerzas Armadas. Madrid: Ministerio de Defensa 2013.

⁹⁰ CALVO Carlos y FONFRÍA MESA, Antonio, «Hacia una Ley de Financiación de la Defensa en España», *ARI 57/2017*, Real Instituto Elcano, 4/7/2017.

⁹¹ MÉNDEZ MARTÍNEZ, Constantino, PAVÓN LOSADA, Juan A. y MARTÍN CASARES, Germán, «Bases...», *op. cit.*

mentarían las disponibilidades financieras para abordar nuevos programas⁹².

Si acudimos a la Estrategia Industrial para la Defensa del Ministerio de Defensa⁹³, se considera esencial el apoyo del Ministerio de Industria en aquellas áreas relacionadas con la innovación y la mejora de la competitividad empresarial. La *línea de actuación A.5* propone la exploración de nuevas formas y fuentes de financiación. También se señala expresamente la colaboración público-privada como mecanismo para repartir el coste y el riesgo financiero asociado al desarrollo de nuevos sistemas⁹⁴.

Resultados de las entrevistas y análisis Delphi subsiguiente

En las entrevistas realizadas se ha planteado la cuestión de si la financiación privada en caso de aplicación de la técnica de la colaboración público-privada sustituiría al sistema de prefinanciación del Ministerio de Economía o lo complementarían. Las respuestas tienden a la complementariedad, abogando en algún caso por la financiación interministerial. El coste derivado de I+D+i en el diseño y desarrollo de sistemas de armas (costes que normalmente pueden ser calificados como no recurrentes) debería ser financiado con cargo a presupuestos de otros departamentos ministeriales, que, asimismo, deberían proveer su financiación anticipada.

Se afirma que solo podría sustituir a la prefinanciación del Ministerio de Economía y Turismo si esa colaboración público-privada incluye acuerdos de financiación además de aspectos materiales de ejecución de contrato. En la posición negativa se afirma que la prefinanciación posibilita inversiones adecuadas en el sector de la defensa.

También se ha cuestionado a los entrevistados sobre si la aprobación de una ley de financiación o programación de la defensa contribuiría a la consolidación de la técnica contractual de la colaboración público-privada, siendo las respuestas mayoritariamente positivas aunque con matizaciones. Se afirma que la única manera en la

⁹² MINISTERIO DE DEFENSA, *Perspectiva...*, op. cit.

⁹³ MINISTERIO DE DEFENSA, *Estrategia industrial para la Defensa EID-2015*. Líneas de actuación A5 y D2, p. 23.

⁹⁴ MARTÍ SEMPERE, Carlos, «Una estrategia industrial para la defensa. Consideraciones para una revisión». *Documento de Trabajo Opex N.º 80/2016*. Secretaría General de Política de Defensa, Madrid, 2016.

que la industria esté dispuesta a compartir riesgos es mediante el aseguramiento de la financiación. Esto solo se logra con una ley de programación a imagen y semejanza de la ley francesa o portuguesa, que anule, o al menos minimice, el riesgo político y financiero en los programas de obtención de armamento. Su aprobación facilitaría la gestión de los programas de armamento y material (reduce incertidumbres, con lo que la posición negociadora de la Administración mejoraría, pudiendo convertirse en menores costes), con independencia de que se emplee esta técnica contractual u otra.

También se hace referencia al hecho de que las restricciones temporales que impone nuestro sistema presupuestario siempre dificultan la colaboración con entidades que tienen más flexibilidad en este aspecto. Se señala la necesidad de que dicha ley autorizara y asegurara la financiación (dotaciones presupuestarias) de los grandes Programas de armamento en un ámbito temporal más extenso que el habilitado por la vigente Ley General Presupuestaria (como mínimo, estableciendo presupuestos plurianuales con la extensión que fuera precisa, y sin posibilidad de modificación posterior por las sucesivas leyes de presupuestos anuales, para las grandes fases de dichos programas: diseño y desarrollo, producción...). En este sentido, la posible consolidación de esta técnica contractual necesita un dimensionamiento de los contratos a muy largo plazo en la mayoría de los casos, por lo que la aprobación de presupuestos para el desarrollo de grandes programas es fundamental. En cambio, desde la posición negativa se resalta la falta de utilidad de esta técnica.

Aplicabilidad de la colaboración público-privada

La deuda existente derivada de los programas iniciados en los años noventa supera los 20 000 millones de euros⁹⁵. Si añadimos el importe de los programas recientemente iniciados o que se iniciarán en breve⁹⁶, la inversión total se sitúa por encima de los 41 000 millones de euros⁹⁷.

⁹⁵ EUROPA PRESS, «Defensa aún debe 23.500 millones de los programas de armamento lanzados en los años 90», Europa Press, 27 de enero de 2019. Disponible en: <https://www.europapress.es/nacional/noticia-defensa-aun-debe-23500-millones-programas-armamento-lanzados-anos-90-20190127105441.html> [Consulta: 19-01-20].

⁹⁶ Se trata del nuevo avión de entrenamiento Pilatus, el vehículo de combate sobre ruedas 8x8, la segunda fase del helicóptero multipropósito NH-90, el buque de escolta oceánico F-110, el sistema de mando y control, los aviones de reabastecimiento en vuelo (MRTT) y la modernización del helicóptero de transporte CH-47 *Chinook*.

⁹⁷ INFODEFENSA.COM, «Los nuevos programas...», *op. cit.*

Estas cifras dejan clara la necesidad de explorar nuevos métodos para afrontar las necesidades del Ministerio de Defensa, dadas las extremas limitaciones presupuestarias de las que adolece debido tanto a una dotación presupuestaria insuficiente como al volumen de compromisos ya adquiridos.

El Gobierno tiene también un propósito de política industrial⁹⁸ para el desarrollo de la base industrial de la defensa nacional⁹⁹. Su consecución es más que dudosa, de ahí que se esté abogando por la aplicación de la colaboración público-privada. Los programas de obtención son responsabilidad de la Dirección General de Armamento y Material (DGAM), a la que correspondería, junto con la Dirección General de Asuntos Económicos (DIGENECO), el estudio y aplicación de posibles fórmulas de cooperación industrial. No obstante, la tendencia es a participar en grandes programas multinacionales y gestionarlos a través de un *memorandum of understanding* (MOU).

A simple vista, parece que estos programas supondrían la quintaesencia del ámbito de aplicación característico de la colaboración público-privada, pues tienen un alto coste y una gran complejidad; la colaboración entre la industria de defensa y el Ministerio de Defensa es esencial para que nuestras Fuerzas Armadas obtengan el producto que realmente necesitan; y los ciclos de vida muy prolongados de los sistemas de armas constituyen una característica de los programas militares dada su complejidad intrínseca, las necesidades de los ejércitos y la falta de recursos de las naciones para adquirir sustitutos.

Por otro lado, las Fuerzas Armadas poseen capacidades excedentarias, no tanto en lo relativo a personal, sino en cuanto a medios materiales e instalaciones, cuyo aprovechamiento puede ayudar a las maltrechas arcas del Ministerio de Defensa. La colaboración público-privada puede ser la herramienta bajo la cual se articule este tipo de iniciativas¹⁰⁰. Incluso la utilización del diálogo competitivo como procedimiento de adjudica-

⁹⁸ Instrucción 25/2013, de 22 de abril, del secretario de Estado de Defensa, por la que se desarrolla el impulso del apoyo institucional a la internacionalización de la industria española de defensa, aboga por la promoción tecnológica e industrial de la industria de defensa.

⁹⁹ OUDOT, Jean M., «Risk-allocation: theoretical and empirical evidences. Application to Public-Private Partnerships in the defence sector». *Centre ATOM*, University of Paris I Panthéon – Sorbonne, 2005.

¹⁰⁰ Instrucción 5/2008, de 15 de enero, de la Secretaría de Estado de Defensa.

ción, que sigue en vigor y supone un intercambio de información entre la Administración y la industria, encajaría sin problemas si analizamos el funcionamiento de los programas especiales de armamento.

Pero no se ha usado esta técnica contractual, a pesar de lo dicho. Una de las razones ha sido el hecho de que la contratación bajo colaboración público-privada es compleja y requiere una especialización por parte del personal del Ministerio de Defensa, que muchas veces carece de la experiencia necesaria. A ello no ayuda la dispersión de medios y órganos del ministerio en lo referente a la contratación, siendo necesaria una gestión más integral, ordenada y racional y un centro único encargado de los proyectos de colaboración público-privada.

Resultados de las entrevistas y análisis Delphi subsiguiente

En las entrevistas realizadas, entre las posturas positivas respecto a la aplicabilidad de esta figura en el ámbito de defensa se hace referencia al hecho de que esta técnica debe ser probada en ámbitos como el apoyo logístico de los sistemas de armas, para posteriormente aplicarla en el proceso de obtención. Por otro lado, hasta la fecha los PEA han sido sufragados íntegramente por el Estado, sin ninguna aportación por parte de la industria, que no ha soportado ningún riesgo en su ejecución. Esto tiene sentido cuando estamos ante una industria incipiente, pero después de más de tres décadas hay que exigirle la asunción de riesgos compartidos.

Respecto a la fórmula que sería más adecuada para su implementación, se aboga por una BOT (*build, operate and transfer*), con una compartición de riesgos en las fases de definición, diseño y desarrollo que evitara la sobreespecificación de los sistemas de armas (*goldplating*) y una transición adecuada en cada fase de obtención.

Entre las posturas negativas, mayoritarias en las respuestas, se asegura que, si hablamos de adquisición, ya estarían los contratos de suministro, y, en cualquier caso, existen otras figuras aplicables en la LCSPDS o en la LCSP. Por otra parte, se afirma que no aporta beneficios o facilidades en la contratación de los PEA, pues casi todos se contratan como procedimientos negociados sin publicidad con una empresa, y que, en todo caso, existen otras figuras aplicables.

Conclusiones

En el presente trabajo se ha analizado cómo la figura de la colaboración público-privada contribuye al desarrollo de los modelos participativos en el ámbito del sistema económico y de adquisiciones de la defensa. Se han estudiado su naturaleza y características, diferenciándola de otras figuras más o menos cercanas como son la privatización y la externalización. Se ha visto su aplicación en el ámbito de defensa no solo en España sino también en los principales países de nuestro entorno, tanto respecto al sostenimiento de los sistemas de armas como a los programas especiales de armamento (PEA), como medio de implicar y responsabilizar a las empresas respecto de los resultados.

Su aplicación en el ámbito del Ministerio de Defensa contribuye al incremento del rendimiento de sus presupuestos, lo que, en definitiva, redundará en una mayor operatividad de unas Fuerzas Armadas más sostenibles y viables económicamente. Esta afirmación, tal como se ha explicado, no debe ser entendida en términos puramente financieros, esto es, como mero instrumento de financiación, sino en el sentido amplio de obtención de mayor valor por el dinero invertido (*value for money*). De todas formas, el aspecto puramente financiero es, como suele ser habitual, esencial, pues la situación, tal como se ha podido comprobar, dista mucho de ser ideal para el mantenimiento del nivel de inversión necesario para asegurar la adecuada operatividad de nuestras Fuerzas Armadas.

Abundando en el incremento de rendimiento de los presupuestos, y a pesar de haber sido el principal instigador hasta la fecha del uso de esta técnica, la posibilidad de no consolidación contable no debe ser el factor esencial de la decisión. Deben ser el adecuado reparto de riesgos, la participación del socio privado en el diseño del contrato y la mejora de los mecanismos de financiación del mismo, los factores que deben potenciar su empleo en el ámbito del Ministerio de Defensa para lograr una imprescindible optimización de los recursos y rendimientos de ambas partes.

Es necesario adoptar una visión estratégica que pasa por considerar al contratista no ya como un simple proveedor de servicios, sino como un socio con el cual se establece una relación simbiótica que suponga beneficios para ambas partes, asignando ambas los recursos necesarios (personal, instalaciones y equipo). La responsabilidad de la prestación del servicio es siempre de la

Administración, y el socio privado asume la inversión, gestión y operación necesarias para su provisión. Es una relación que busca la sinergia en la consecución de un objetivo común, siempre teniendo en cuenta que la empresa se debe a sus accionistas y el Ministerio de Defensa, a los ciudadanos.

Esta figura puede fomentar la innovación a la par que permite afrontar financieramente proyectos que de otra forma no serían posibles. Goza de un gran potencial para hacer frente a parte de los problemas de nuestras Fuerzas Armadas en sectores muy dispares, aunque tiene en nuestro país aún una escasa aplicación en este ámbito.

En lo que respecta a los riesgos, se han analizado sus distintos tipos y su gestión durante la ejecución. Su compartición es uno de los pilares fundamentales en base a su asignación a la parte mejor capacitada para administrarlos al menor coste, lo que puede resultar en una asignación desigual. Este aspecto es esencial en las colaboraciones público-privadas en defensa que en muchos casos tendrán un mayor contenido de riesgos no asegurables, o bien lo serán con primas altas debido a su modo de operación y el riesgo de destrucción en acción. El Ministerio de Defensa tendrá que retener la mayoría de los riesgos y las flexibilidades asociados con el uso operativo de estos activos cerca de la línea de frente.

En definitiva, una vez analizados todos los aspectos citados, incluyendo las ventajas e inconvenientes que se plantean, se ha comprobado que las razones que han impedido una implementación amplia y exitosa de la colaboración público-privada en el Ministerio de Defensa español no son insoslayables, siendo tan solo necesaria voluntad política para su remoción. Como cualquier otra herramienta, la figura estudiada en el presente trabajo es tan buena como lo sea su implementación.

Su aplicación no significa necesariamente una disminución de la necesidad de personal dedicado a labores económico-administrativas y de control, disminución que permitiría incrementar el personal operativo. Ciertamente, hay una implicación casi total en la gestión por parte del socio privado, pero no se puede soslayar la necesidad de personal adicional para la gestión del contrato, control de la ejecución..., que puede llevar incluso a la creación de nuevas unidades administrativas, por lo que no es posible dar una respuesta taxativa a esta hipótesis.

Para finalizar, tan solo resta recordar de nuevo que ha habido ya ejemplos de su aplicación en la historia reciente del Ministerio de Defensa. Partiendo de su estudio, debe implementarse de forma ordenada y progresiva, teniendo siempre en cuenta los factores en liza y el impacto que su fracaso puede tener en la defensa nacional.