

LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN UN CONTEXTO DE MODERNA GOBERNANZA ECONÓMICA AL SERVICIO DE LA CIUDANÍA ¹

Por

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza
orcid.org/0000-0001-6760-9222

gimenof@unizar.es

Revista General de Derecho Administrativo 65 (2024)

RESUMEN: La nueva gobernanza económica tiene un pilar fundamental en la colaboración público-privada. Este trabajo analiza el contexto y fundamento de las fórmulas de colaboración público-privada, en un contexto de Estado garante donde debe primar la calidad de la prestación para satisfacer adecuadamente el interés general.

PALABRAS CLAVES: Gobernanza económica y servicios públicos. Colaboración público-privada. Buena administración.

SUMARIO: 1.- Previo. El contexto jurídico-económico como elemento de referencia. 2.- El modelo económico constitucional y europeo como “terreno de juego”. La protección de las libertades económicas en el contexto de una economía social de mercado. 3.- Sobre el principio de eficiencia y eficacia en la regulación económica y de los “servicios públicos” y su alcance práctico. Más allá de mitos. 4.- Dirección pública económica a través del contrato público y de la colaboración público-privada. Hacia un modelo confiable de cooperación. 5.- A modo de conclusiones. Por una colaboración pública-privada moderna y transformadora al servicio de la ciudadanía.

PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP IN A CONTEXT OF MODERN ECONOMIC GOVERNANCE AT THE SERVICE OF CITIZENSHIP

ABSTRACT: A fundamental pillar of the new economic governance is public-private collaboration. This paper analyses the context and rationale of public-private partnership formulas, in a context of a guarantor State where the quality of service provision must prevail in order to adequately satisfy the general interest.

¹ Este trabajo es resultado de las actividades del proyecto de investigación concedido por Ministerio de Economía y Competitividad titulado "La contratación pública como estrategia para la implementación de políticas públicas y al servicio de una nueva gobernanza", Referencia: PID2019-109128RB-C21. Se trata de la ponencia presentada en la Jornada "La colaboración público-privada. Un modelo necesario: retos y desafíos" organizada por la Cátedra UB-CCIES de Derecho de la Regulación de servicios públicos (CARSEP), el día 13 de diciembre de 2023, en Barcelona.

KEYWORDS: Economic governance and public services. Public-private collaboration. Good administration.

1. PREVIO. EL CONTEXTO JURÍDICO-ECONÓMICO COMO ELEMENTO DE REFERENCIA

En un escenario económico y político caracterizado en los últimos años por la globalización el debate sobre el rol institucional de los poderes públicos en la gobernanza económica resulta de gran relevancia². En especial para analizar si es un freno a la actividad económica y, en su caso, como debe la función de una Administración económica moderna, proactiva, que moviliza inversiones productivas, mejora la calidad de prestación de los servicios públicos y aporta la mejor seguridad (certeza) jurídica posible lo que facilita la confianza legítima, tan importante en el ámbito de las decisiones económicas³.

El contexto actual es, además, más complicado. La crisis sanitaria mundial, la situación bélica derivada de la invasión de Ucrania por Rusia han generado una notable inseguridad económica que pone en riesgo la correcta recuperación. La gestión de los fondos europeos abre nuevos caminos para la gestión pública, donde debe prevalecer una actitud pública innovadora frente a posiciones de “miedo” ante el cambio (o de respuesta meramente reactiva). Sin duda estamos en una encrucijada histórica que nos obliga a repensar la brújula de nuestra dirección en la gestión pública. Y como se intervenga en el mercado no es nada trivial⁴.

La nueva realidad jurídico-económica exige de los poderes públicos una visión estratégica en un contexto económico globalizado donde las decisiones públicas deben, por lo demás, adecuarse a las reglas europeas y alinearse con exigencias del derecho a una buena administración⁵. Así, la estricta visión “administrativa” de la actuación pública

² Sobre esta cuestión, en sus distintas vertientes, me remito al libro colectivo *Gobernanza económica, regulación y administración de justicia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023.

³ Sobre el alcance del principio de confianza legítima es de especial interés S. MUÑOZ MACHADO, “Regulación y confianza legítima”, *Revista de Administración Pública* núm. 200, 2016, pp. 141-172. En relación al rol de gobernanza económica vid. J.M. GIMENO FELIU, “La Administración pública como autoridad de regulación y como operador económico en los mercados: ¿freno o impulso de la economía?”, en libro colectivo *Gobernanza económica, regulación y administración de justicia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 95-124.

⁴ J.M. GIMENO FELIU, “El desafío de fondos Next Generation como elemento de transformación de la gestión pública”, en *Fondos europeos para la recuperación, transformación y resiliencia: ejecución y auditoria*, *Monográfico Revista Aragonesa Administración pública* núm. XX., pp. 21-42.

⁵ Por todos, J. PONCE SOLÉ *La lucha por el buen gobierno y el derecho a una buena administración mediante el estándar jurídico de diligencia debida*, Universidad Alcalá de Henares (UAH), 2019, T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “El derecho a una buena administración en la

debe dejar paso a una visión moderna que pivota en el resultado y que diseña las decisiones públicas económicas en clave de inversión y no como gasto. Y donde la participación de la sociedad civil y empresarial es imprescindible para cumplir los fines constitucionales⁶.

Una correcta posición institucional de las Administraciones públicas, como instrumento dinamizador de la actividad económica al servicio de políticas públicas, debe permitir reforzar los principios inherentes al modelo social europeo y garantizar su sostenibilidad en una situación geopolítica cada vez más tensionada desde los mercados orientales, que le obligan a repensar y reforzar la estrategia del mercado interior europeo⁷. Para ello, mejorar la regulación, la gestión pública y simplificar los trámites procedimentales es y debe ser un rasgo de toda administración pública moderna, que, insistimos, debe ser proactiva y no meramente reactiva, procurando siempre la mejor satisfacción del interés general, lo que obliga a articular mecanismos de gobernanza pública de la actividad económica que promuevan un “crecimiento inteligente y socialmente responsable”. Así, el conocido principio *better and smart regulation* aspira a una mejor y más inteligente regulación y actuación pública, lo que es de especial trascendencia en el ámbito de la actuación económica donde los límites del riesgo regulatorio deben ser claros y precisos. Y, como finalidad principal, se pretende una

sentencia del TJUE de 16 de enero de 2019”, Revista de Administración Pública núm. 209, 2019, pp. 247-257 y J. A. MORENO MOLINA, *El derecho a una buena administración*, Ed. Universidad Castilla La-Mancha, 2022.

⁶ Nada nuevo pues ya en el derecho romano, como nos recuerda Tito Livio existía colaboración pública privada. Así, en relación con el suministro de ropas y trigo para el ejército de Hispania durante la segunda guerra púnica nos señala lo siguiente:

"Al llegar la fecha señalada concurrieron a la adjudicación tres sociedades de diecinueve personas, que pusieron dos condiciones: la primera, quedar exentos del servicio militar mientras estuviesen en aquella empresa de interés público; la segunda, que corrieran a cargo de la república los daños que pudieran causar los enemigos o la tempestad en lo que embarcasen. Aceptadas ambas condiciones, se les adjudicaron los contratos y se gestionó un servicio público con dinero privado" (...). "Lo mismo que se hicieron cargo de todos los contratos con generosidad, los cumplieron con escrupulosidad, y las tropas fueron atendidas con la misma largueza que cuando, como en otros tiempos, se hacía a expensas de un tesoro público bien dotado de recursos". (Ab Urbe Condita, XXIII, 49, 1-4).

⁷ Así lo advierte, por lo demás, la Comisión europea en su Comunicación sobre *Directrices sobre la participación de licitadores y bienes de terceros países en el mercado de contratación pública de la UE -Bruselas, de 24 de julio de 2019. C (2019) 5494 final-*. Hay que recordar igualmente la importante Comunicación de la Comisión europea *Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa*. Estrasburgo, 3 de noviembre de 2017 COM(2017) 572 final. Debe tenerse en cuenta Reglamento (UE) 2022/1031, más comúnmente conocido como Instrumento de Contratación Internacional (ICI).

mayor seguridad jurídica⁸, a la vez que eliminar cualquier burocracia innecesaria o de carácter “defensivo”⁹.

No puede haber un Estado Social óptimo sin un correcto y sincrónico funcionamiento de la actividad económica, lo que requiere una posición de liderazgo institucional público¹⁰. En consecuencia, las diferentes medidas de regulación o de actuación sobre la economía deben ser analizadas con el fin de evitar que sean un freno indebido (algo que, sin duda, sucede por interpretaciones rigoristas o excesivamente formales, alejadas de una correcta interpretación de las necesidades de interés general) lo que se alejaría de las exigencias del derecho a una buena administración que, como bien ha señalado J. TORNOS MAS “es el alma de la nueva administración”¹¹.

Un buen ejemplo de esta afirmación lo es la gestión de los fondos NGEU. La arquitectura de distribución y asignación de estos fondos debe garantizar la eficacia de las medidas de desarrollo que se adopten y que deben servir para “hacer más país” y ayudar en la construcción del futuro. Los nuevos fondos europeos son la gran oportunidad para hacer país e impulsar la necesaria transformación hacia una sociedad comprometida con la sostenibilidad social y ambiental y la justicia social, que aprovecha la digitalización para modernizar la organización y nuestro modelo público. Los objetivos europeos exigen capacidad de gestión (una de nuestras principales debilidades) y

⁸ Sobre el problema general de la seguridad jurídica en nuestro sistema jurídico es referente la monografía de J. BERMEJO VERA *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*, Civitas, Madrid, 2005.

⁹ *Papeles y papeleo (ediciones El Cronista 2015)* es el título, de por sí elocuente, del profesor italiano Luciano Vandelli, que analiza, a lo largo de la literatura, el rol de la burocracia y su evolución en la Administración pública. El papel, el papeleo innecesario, han sido referencias con las que el ciudadano ha tenido que relacionarse con la Administración, que ha encontrado en reglas y trámites formales claramente innecesarios un argumento (y argumentarios) para hacer del procedimiento administrativo una carga y no una garantía ligada al derecho a buena administración.

¹⁰ Explica bien R. GÓMEZ-FERRER MORANT las consecuencias del Estado Social en el escenario de la Unión Europea. “La Unión Europea y el Estado social”, *Revista de Administración Pública* núm. 200, 2016, pp. 63-81.

¹¹ J. TORNOS MAS, “El principio de buena administración o el intento de dotar de alma a la Administración Pública”, libro colectivo *Libro Derecho Fundamentales y Otros estudios, Libro Homenaje al prof. Lorenzo Martín-Retortillo*, Ed. Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, p. 630. Desde una correcta aplicación del derecho a una buena administración no pueden desconocerse las exigencias de “justicia social” sobre las que se cimientan los Objetivos de Desarrollo Sostenible (Agenda 2030 de Naciones Unidas), que deben ser el impulso para rearmar un modelo de crecimiento sostenible, que integre lo social, ambiental y la equidad como señas de identidad del modelo económico para conseguir un adecuado reequilibrio de riqueza y de derechos y deberes, para avanzar en una sociedad realmente inclusiva. Lo que exige, además de la necesaria convicción, planificación, una verdadera estrategia de objetivos realizables a medio y largo plazo (frente a la improvisación) y una visión no meramente “numérica e insensible” sobre los resultados. Vid. J. M. GIMENO FELIU, “La agenda de Naciones Unidas entorno a los objetivos de desarrollo sostenible y contratación pública. De las ideas a la acción”, en libro colectivo dirigido por J. Esteve Pardo *Agenda 2030. Implicaciones y retos para las administraciones locales, Serie Claves del Gobierno Local* núm. 32, Fundación y Democracia Gobierno Local, Madrid, pp. 67-100.

adaptación de las normas jurídicas aplicables para conciliar la *eficacia y rapidez en la gestión* con los principios de *transparencia, seguridad y buena administración* (ejemplo: normativas de contratación y de ayudas públicas, sobre las que necesariamente deben articularse los proyectos seleccionados alineados con este programa de recuperación)¹². Y aconseja, también, a **adoptar una actitud (y aptitud) proactiva, para aportar la mejor solución jurídica a las necesidades de la ciudadanía** sin olvidar que estos fondos europeos (y su éxito) son la nueva brújula en la toma de las decisiones públicas y de gestión práctica¹³.

Simplificación y agilidad, así como clarificación de las “reglas de juego” como nuevos referentes en el diseño y puesta en práctica de la gobernanza económica moderna, para consolidar los desafíos de una eficaz política económica-social dirigida a la recuperación, reconstrucción y resiliencia, que pivote sobre la sostenibilidad social y ambiental, que piense en pequeña escala (como son las PYMEs) y donde el desafío de fijar inversión productiva -pública y privada- estable pueda ser una realidad.

2. EL MODELO ECONÓMICO CONSTITUCIONAL Y EUROPEO COMO “TERRENO DE JUEGO”. LA PROTECCIÓN DE LAS LIBERTADES ECONÓMICAS EN EL CONTEXTO DE UNA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO

Para poner en contexto un sistema de intervención administrativa en el actual contexto conveniente delimitar o concretar, aun de forma sucinta, cuál es el modelo económico constitucionalmente consagrado, pues a sus parámetros, inevitablemente, deberá ajustar su actuación la Administración pública, ya que, como bien se ha destacado, corresponde a ésta hacer efectiva los estándares constitucionales de los derechos sociales¹⁴.

¹² Me remito a J.M. GIMENO FELIU, “*Los fondos Next Generation: su aplicación en España desde la perspectiva del sistema de distribución territorial*”, *Informe Comunidades Autónomas 2021*. IDP, Barcelona 2022, pp. 59-90. Además, la crisis sanitaria del 2020 ha enseñado que el Estado no solo es la Administración Pública (y menos la Administración General del Estado), sino toda la sociedad: más allá de apriorismos ideológicos, hay que revisar e impulsar modelos de colaboración público-privada orientados a satisfacer el interés general.

¹³ Las ideas expuestas pueden verse en mis trabajos anteriores: “De las ideas a la acción en la gestión de los fondos europeos: reflexiones propositivas para el diseño de una adecuada gobernanza en su ejecución”, *Cuadernos de Derecho Local* núm. 55, 2021, pp. 88-114; “*El desafío de fondos Next Generation como elemento de transformación de la gestión pública*”, en *Fondos europeos para la recuperación, transformación y resiliencia: ejecución y auditoria*, *Monográfico Revista Aragonesa Administración pública* núm. XX., pp. 21-42 y “*Los fondos europeos next generation como elemento de transformación de la gestión de la contratación pública: hacia una nueva cultura funcional y no formal*”, *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 214, 2021.

¹⁴ P. SALA SÁNCHEZ, “La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales y su efectividad en situaciones de crisis económica”, *Revista española de control externo*, Vol. 16, núm. 46, 2014, pp. 11-122.

Pues bien, debemos partir como principio de la premisa de que nuestra Constitución delimita un determinado sistema económico: el de co-iniciativa entre el sector privado y el sector público¹⁵. Tal es la conclusión a la que se llega tras el análisis sistemático de los preceptos relativos a cuestiones económicas contenidos en la Constitución vigente. Tanto los sujetos públicos como los privados pueden iniciar toda clase de empresas o actividades económicas, respetando, eso sí, las reglas de la competencia, entre ellas las de actuación en un plano de igualdad. Por tanto, con la entrada en vigor de la Constitución de 1978 se vino a sustituir el antiguo principio de subsidiariedad de la iniciativa pública por el principio de la complementariedad¹⁶, lo que significa la implantación de un sistema paritario en la actuación pública y privada, que comporta que ambos están sometidos a los mismos límites, deberes y responsabilidades establecidos por nuestra Constitución¹⁷.

Pero dicha complementariedad de la iniciativa económica se enmarca, como se ha visto, en la estructura de un Estado Social. Por ello, se puede afirmar que el sistema definido por nuestra Constitución no es otro que el de economía social de mercado, a través del cual se integra un sistema de competencias económicas con el objetivo del progreso social¹⁸. Evidentemente, tal sistema no es rígido, sino que, por voluntad del constituyente, es un sistema flexible que permite la actuación de diversas políticas económicas de distinto signo sin desvirtuar el marco general de dicho sistema.

Con tal configuración del sistema económico, se afirma una situación de confluencia de dos vectores distintos: por un lado, el derecho a la libertad de empresa; por otro lado, la ordenación de la actividad económica por parte de los poderes públicos. Y, como bien

¹⁵ Vid. E. ALBERTI ROVIRA, "Criterios constitucionales de la intervención pública en la economía", en *La Constitución económica*, Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, pp. 77 y ss.

¹⁶ Para una mayor profundidad sobre el debate doctrinal en torno al concreto significado y contenido de nuestro modelo económico constitucional, en estos momentos, vid. J. M. GIMENO FELIU, "Sistema económico y derecho a la libertad de empresa *versus* reservas al sector público de actividades económicas", *Revista de Administración Pública*, núm. 135, 1994, pp. 151-163; y P. SALA SÁNCHEZ, "La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales y su efectividad en situaciones de crisis económica", ob. cit., pp. 46-54.

¹⁷ Sobre este punto, por todos, vid. M. T. DE GISPERT PASTOR, "La noción de empresa en la Constitución española", en libro colectivo *La empresa en la Constitución*, Aranzadi, 1989, p. 42. Esto mismo sucede, por ejemplo, en Italia, donde su modelo constitucional tiene una marcada orientación social (reconocida en su artículo 3) que obliga la intervención positiva del Estado para lograr que la libertad y la igualdad tengan una plasmación efectiva. Sobre esta cuestión puede consultarse a B. CAVALLLO y G. DI PLINIO, *Manuale di diritto pubblico dell'economia*, Giuffrè, Milán, 1983, en especial pp. 66-67.

¹⁸ Este sistema, criticado por autores que lo conciben como sinónimo de un sistema neoliberal, ha sido el de mayor aceptación, sin duda por los grandes márgenes de flexibilidad, por la doctrina científica. En tal sentido se pueden citar, a título meramente enunciativo, como principales referentes: S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico I*, Volters Kluwer, 1988, pp. 75 y ss.; y S. MUÑOZ MACHADO y J. M. BAÑO LEÓN, "Libertad de empresa y unidad de mercado", en libro col. *La empresa en la Constitución española*, Aranzadi, 1989, p. 217.

afirma S. MARTÍN RETORTILLO, “lograr que una y otra se mantengan, con toda la variedad de matices que se quiera, pero sin que una elimine o reduzca a la otra es, en última instancia, el difícil equilibrio que requieren los postulados que ofrece nuestra Constitución económica. Una situación que se proyecta cargada de dificultades en el ámbito concreto del enjuiciamiento y valoración de las distintas medidas y situaciones particulares”¹⁹. Flexibilidad, y consiguiente dificultad de control jurídico, que no deben confundirse ni con la imposibilidad absoluta de enjuiciamiento real en la práctica, ni tampoco con total ausencia de restricciones a cualquier política económica que quiera ser llevada a cabo, sino que, en última instancia y en cada caso, deberá afinarse la interpretación jurídica para confrontar la legalidad de actuaciones concretas, públicas y privadas, respectivamente, con las correspondientes habilitaciones constitucionales y legales de la actuación del poder público administrativo y con el alcance de los derechos individuales constitucionalmente reconocidos. Modelo económico del que participa la Unión Europea, y que justifica los contornos y límites de su regulación²⁰.

De la calificación del sistema económico constitucional como economía social de mercado derivan importantes consecuencias para los poderes públicos: supone que, obligatoriamente, no sólo deberán respetarse determinadas situaciones jurídico-privadas, sino, además, adoptar las estrategias y decisiones pertinentes para llevar a efecto los objetivos que se desprenden de la Constitución²¹. En definitiva, equilibrio entre lo público y lo privado, como elementos complementarios que permiten cumplir las exigencias de mejor cumplimiento de los distintos fines públicos y donde la función de dirección y tutela del poder público es determinante²². Así se infiere también de la previsión del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que como ha indicado la sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2009 (asunto GLAXO), supone que las reglas de competencia *están dirigidas a proteger no sólo los intereses directos de los competidores*

¹⁹ Una valoración global y sistemática del conjunto de cláusulas económicas contenidos en la Constitución, permite llegar a la siguiente conclusión: nuestra Carta Magna sanciona un sistema de libertad económica. Tal formulación es correcta ya que todo sistema considerado como democrático debe consagrar un sistema económico cuyo núcleo esencial sea la empresa -tanto privada como pública-. S. MARTÍN RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico I*, ob. cit., p. 82.

²⁰ Vid. G. GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, “La Unión Europea como ‘Estado regulador’ y las Administraciones independientes”, *Revista de Administración Pública*, núm. 194, 2014, pp. 79-11.1.

²¹ Sobre el carácter imperativo respecto a la actuación conformadora del Estado, puede consultarse el libro de L. PAREJO ALFONSO, *Estado social y Administración pública*, Civitas, 1983, pp. 50 y ss.

²² R. MARTÍN MATEO, *El marco público de la economía de mercado*, Aranzadi, 2003, pp. 98 y ss.

o consumidores, sino la estructura del mercado y, de este modo, la competencia en cuanto tal²³.

Interesa mucho esta conclusión, en tanto que el ejercicio de las potestades administrativas, que ciertamente pueden alcanzar distintos niveles de intensidad en función de otros intereses a proteger, no puede afectar al núcleo esencial de la libertad de empresa. La política económica, que es flexible, cuenta aquí con un límite infranqueable. Como advierte F. CAAMAÑO, no parece constitucionalmente posible que el legislador pueda, con carácter general, prohibir la colaboración público privada²⁴. Máxime en los tiempos actuales donde la complejidad en las distintas actividades y donde la irrupción tecnológica disruptiva obligan a sumar a la iniciativa privada, y su capacidad de inversión propia, para la mejor solución de los diferentes retos y problemas de la sociedad en lo que conformaría una alianza entre lo público y lo privado para la mejor satisfacción del interés general²⁵.

3. SOBRE EL PRINCIPIO DE EFICIENCIA Y EFICACIA EN LA REGULACIÓN ECONÓMICA Y DE LOS “SERVICIOS PÚBLICOS” Y SU ALCANCE PRÁCTICO. MÁS ALLÁ DE MITOS

El principio de eficiencia, inherente a la gestión pública (directa o indirecta), no puede ser interpretado desde modelos exclusivamente economicistas, sino que debe velarse por el adecuado estándar de calidad en la prestación de los servicios a la ciudadanía. La exigencia de calidad en la gestión pública no significa un mayor gasto, ni cuestiona en sí misma el funcionamiento del principio de eficiencia exigible en toda decisión pública, de regulación o de intervención sobre el mercado (no hay que confundir precio con valor). El principio de eficiencia no puede ser interpretado desde modelos exclusivamente economicistas, sino que debe velarse (y valorarse) por el más adecuado estándar de calidad en la prestación del servicio²⁶. Eficiencia, por tanto, vinculada **al principio del**

²³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 6 de octubre de 2009, GlaxoSmithKline Services Unlimited contra Comisión de las Comunidades Europeas (C-501/06 P) y Comisión de las Comunidades Europeas contra GlaxoSmithKline Services Unlimited (C-513/06 P) y European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEP) contra Comisión de las Comunidades Europeas (C-515/06 P) y Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar) contra Comisión de las Comunidades Europeas (C-519/06 P). ECLI:EU:C:2009:610.

²⁴ F. CAAMAÑO, “A modo de Introducción”, en libro colectivo *Servicios públicos e ideología. El interés general en juego*, Ed. Profit, Barcelona, 2017, p. 34.

²⁵ Sobre este concepto amplio de alianza público-privada resulta de interés el documento de UNCITRAL titulado Guía legislativa de la CNUDMI sobre las alianzas público-privadas (2020). https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/19-10875_uncitral_ppp_s_ebook.pdf

²⁶ Sobre el significado de la eficiencia -y su no vinculación a una idea economicista de menor precio- me remito a mi estudio “Reglas básicas para mejorar la eficiencia y la transparencia en la

resultado siguiendo, por ejemplo, la opción del artículo 1 del Código italiano de contratos públicos (reformado en marzo de 2023). Es decir, el principio de eficiencia se debe articular atendiendo a objetivos de calidad en la prestación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos. Desde esta perspectiva, prevalece la opción de una regulación económica horizontal, que promueva la competencia, frente a modelos de monopolio público²⁷. Competencia, en clave de estrategia europea, como impulso a la economía, que exige una visión amplia de los efectos de las decisiones públicas que se adopten (desde la perspectiva del principio de unidad de mercado) que deben orientarse, si o si, a la mejor satisfacción del interés general²⁸. Y en este contexto los modelos de colaboración público-privada, más allá de apriorismos ideológicos, son un elemento imprescindible para poder dotar de eficacia y de sostenibilidad a las actuales políticas públicas.

En la actualidad, sobre todo en los países occidentales, desde ya hace años, se observa la tendencia a reducir el protagonismo estatal directo en el desarrollo de las actividades económicas, acusándose una importante reducción del intervencionismo administrativo directo, debido a que ha quedado ya suficientemente acreditado que los sistemas de intervención directa resultan incompatibles con un verdadero crecimiento, y que, por otra parte, como ya advertía el profesor S. MARTÍN-RETORTILLO, en ocasiones, “*resultan inútiles e inoperativos a efectos de satisfacer las exigencias del interés público*”²⁹.

En este siglo XXI se constata la consolidación de un modelo de “liberalización” de la economía, que si bien inicialmente avanzó hacia una progresiva “desregulación” o “desreglamentación” de actividades que hasta entonces se encontraban fuertemente intervenidas, ha evolucionado, por mor de la satisfacción del interés público, hacia un modelo de “re-regulación” o “neoregulación”, en virtud del cual la “Administración

contratación pública”, número monográfico de la revista Presupuesto y Gasto Público sobre Calidad institucional, transparencia y buen gobierno, núm. 82, 2016, pp. 137-158. También. T. MEDINA ARNÁIZ, “Más allá del precio: las compras públicas con criterios de responsabilidad”, Papeles de relaciones ecosociales y cambio global, núm. 121, 2013, pp. 87-97; M. VAQUER CABALLERÍA, “El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo”, Revista de Administración Pública núm. 186, 2011, pp. 91 y ss. y R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, “Los criterios de adjudicación de los contratos públicos”, en *Tratado de Contratos del Sector Público*, E. Gamero casado e I. Gallego Córcoles (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1387-1393.

²⁷ Vid. J. ESTEVE PARDO, *Principios de derecho regulatorio*, Marcial Pons, Barcelona, 2021, pp. 63-70.

²⁸ Por todos, C. PADRÓS I REIG y J. M. MACÍAS CASTAÑO “Los instrumentos administrativos de garantía de la unidad de mercado”, Revista de Administración Pública núm. 194, 2014, pp. 113-151.

²⁹ S. MARTÍN-RETORTILLO, “Las nuevas perspectivas de la Administración Económica”, *Revista de Administración pública* núm. 116, 1988, p. 35.

Económica” se ha adaptado a las nuevas circunstancias, no utilizando para ello las técnicas tradicionales de intervención directa, sino acudiendo a instrumentos de intervención indirecta que le permiten el desarrollo y la dirección de una política económica concreta: se aprecia, por tanto, una reducción de la aplicación del derecho administrativo coercitivo en favor de una intervención administrativa basada en los estímulos positivos y de carácter consensual y participativo³⁰.

El concepto de servicio público, como técnica de intervención directa en la economía, ha ido evolucionando hacia las condiciones de calidad y regularidad de la prestación, por encima incluso del dato de la titularidad pública³¹, de tal suerte que se ha podido hablar de Estado regulador³², o incluso de Estado garante³³.

El interés público (su concreta satisfacción) se encuentra en el qué y no en quien. Lo importante es saber sumar esfuerzos, conocimientos y capacidades para conseguir el mejor resultado. Este es el verdadero fin de la Política. Así, como ha explicado el profesor S. MUÑOZ MACHADO, frente a la óptica prestacional directa prevalece la función ordenadora y reguladora de las instituciones públicas³⁴.

La nueva gobernanza económica tiene un pilar fundamental en la colaboración público-privada. Pero el éxito de la misma aconseja a corregir las disfunciones detectadas con anterioridad. En primer lugar, se debe abandonar la idea del precio como único elemento de valoración para la sostenibilidad del modelo de gestión pública en las fórmulas de colaboración público privada (en especial de prestaciones dirigidas a personas o servicios públicos esenciales). En una colaboración público-privada, en

³⁰ Por todos, F. VILLAR ROJAS, *Privatización de servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1993.

³¹ Vid. S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado*, tomo I, Civitas, 1998. También G. ARIÑO ORTIZ, “El servicio público como alternativa”, *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 23, 1979, pp. 546 y ss; y más recientemente su monografía *Economía y Estado. Crisis y Reforma del sector público*, Marcial Pons, Madrid, 1993, pp. 299-305.

Igualmente, para conocer la evolución y el significado de la categoría del servicio público resulta de gran interés el estudio de L. MARTÍN REBOLLO, “De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica”, *RAP*, núm. 100-102, 1983, pp. 2538 y ss. También G. FERNÁNDEZ FARRERES, “El concepto de servicio público y su funcionalidad en el derecho administrativo de la nueva economía”, *Justicia Administrativa*, núm. 18, 2003, pp. 7-21. Sobre la evolución en el mundo local del concepto de servicio público resulta de interés el trabajo de J. L. MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, “El servicio público local. Redimensionamiento y gestión de actividades y servicios públicos”, en J. A. CARRILLO DONAIRE y P. NAVARRO RODRÍGUEZ (coords.), *La Reforma del Régimen Jurídico de la Administración Local*, El Consultor de los Ayuntamientos-La Ley, Madrid, 2014, pp. 599 y ss.

³² S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, vol. I, Thomson Civitas, 2004, pp. 1172 y ss.

³³ J. ESTEVE PARDO, “La Administración garante. Una aproximación”, *Revista de Administración Pública*, núm. 197, 2015, pp. 11-39. *Ibidem*, *Estado garante. Idea y realidad*. Innap Investiga, Madrid, 2015.

³⁴ S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, vol. I, Thomson Civitas, 2004, pp. 1172 y ss.

cualquiera de las modalidades, no puede ser un fin el ahorro presupuestario, sino la mejor calidad de la prestación. **Previsión expresamente impulsada por el artículo 67.2 de la Directiva de contratación pública de 2014, al indicar que “El factor coste también podrá adoptar la forma de un precio o coste fijo sobre la base del cual los operadores económicos compitan únicamente en función de criterios de calidad”.** Es decir, el precio puede sustituirse por coste decidiendo la oferta sobre criterios de calidad³⁵.

Una inadecuada política de “ahorros desproporcionados” puede perjudicar la eficiencia del sistema produciendo ineficiencias o “fuego amigo”, como la deslocalización empresarial con pérdida de esfuerzo inversión (lo que afecta directamente a una política esencial como es la de empleo)³⁶.

Asimismo, transparencia, rendición de cuentas y justicia social son propios de la nueva arquitectura de la gobernanza pública económica en el contexto de desarrollo de los ODS, a modo de brújula ética³⁷. Brújula que señala como norte una visión estratégica y horizontal de planteamientos excesivamente burocráticos o formales y postulados meramente economicistas³⁸. Lo que exige, por otra parte, repensar (y previamente planificar) en cómo utilizar de la mejor manera los procedimientos y técnicas de regulación para preservar la mejor calidad en la prestación de los “servicios públicos” desde esta lógica de los ODS, que son también brújula ética del sector privado. Frente a empresas que ponen el acento en una estricta visión mercantil que vincula el éxito al mayor beneficio, existen cada vez un mayor número de organizaciones empresariales que hacen de la responsabilidad social corporativa su principal identidad, fijando su éxito más allá de la lógica del mayor rendimiento económico (y sin atajos fiscales o de corrupción), vinculando su propia justificación al compromiso social, tal y como sucede con muchas empresas del tercer sector. Una sociedad que tenga clara la dirección ética debe reconocer y poner en valor esta forma de gestión empresarial, fomentando las relaciones con estas frente a empresas “especuladoras”.

³⁵ El derecho europeo, en palabras muy ilustrativas de R. FERNANDEZ ACEVEDO, hace jaque a la política del precio en la contratación pública. “Los criterios de adjudicación al servicio de la calidad ambiental y de la lucha contra el cambio climático el precio en jaque”, en libro col. Ximena Lazo Vitoria (dir.) *Compra pública verde y cambio climático 2022*, pp. 209-262.

³⁶ J. M. GIMENO FELIU, “Los desafíos de la contratación pública en el ámbito de la salud en el siglo XXI: a propósito de la adquisición de medicamentos (y vacunas)”, *Observatorio de contratación pública 2020*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 23-50.

³⁷ Justicia social (que forma parte del artículo 1 de nuestra Carta Magna) y que se incardina dentro de los fines del artículo 9.2 CE. Basta recordar cómo ya en 1944 la importante Declaración de Filadelfia (actual Carta de la Organización Internacional del Trabajo) declaró que un país no puede ser sostenible sin justicia social.

³⁸ Así lo indicaba ya en mi estudio *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 18.

La opción por la colaboración público-privada (tanto mediante ayudas públicas, contratos públicos o mediante fórmulas institucionales) como elemento que permita vertebración social e impulso a un mejor crecimiento económico (muy especialmente en sectores sensibles), resulta evidente. El carácter complementario de la colaboración público-privada y de las fórmulas contractuales públicas ha permitido con mucha frecuencia preservar los estándares de calidad y equidad social en numerosos servicios de interés público relevante. Por ello, es conveniente analizar las oportunidades que esta colaboración público privada ofrece para prestar servicios públicos de calidad. Lo que exige repensar la arquitectura de la ejecución de estas fórmulas que deben preservar el nuevo paradigma de la gobernanza pública con el fin de favorecer el nivel óptimo de gestión desde la perspectiva pública de garante³⁹. Ese es, en definitiva el rol de actuación de los poderes públicos, ya que, como bien se ha indicado, corresponde a ésta preservar la efectividad de los estándares constitucionales de los derechos económicos y sociales⁴⁰.

4. DIRECCIÓN PÚBLICA ECONÓMICA A TRAVÉS DEL CONTRATO PÚBLICO Y DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO PRIVADA. HACIA UN MODELO CONFIABLE DE COOPERACIÓN

Las Administraciones públicas actúan también sobre la actividad económica no solo como reguladores, sino como adquirente de infraestructuras, servicios o productos. La capacidad de incidir y “modular” la actividad económica a través del contrato público y de las diferentes fórmulas de colaboración público-privada resulta evidente, dada la dimensión económica en la práctica del mercado de la contratación pública (un importante porcentaje del PIB). La colaboración público-privada se refiere, en general, “a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y privadas 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”, como señalaba la Comisión en su Libro verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones -Bruselas, 30.4.2004 COM(2004) 327 final-. Es decir, es una estrategia de participación de las iniciativas privadas para el desarrollo de inversiones y actividades de interés público que difícilmente pueden ser asumidas por sí mismas por las Administraciones Públicas, ya

³⁹ Sobre esta cuestión me remito al libro colectivo *La gobernanza de los contratos públicos en la colaboración público-privada*, Cámara Comercio Barcelona/Esade, Barcelona, 2019.

⁴⁰ P. SALA SÁNCHEZ, “La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales y su efectividad en situaciones de crisis económica”, *Revista española de control externo*, Vol. 16, núm. 46, 2014, pp. 11-122.

sea por motivos técnicos, financieros o de riesgos. En estos últimos años parece que se han extendido estas fórmulas de colaboración público-privada, pero conviene advertir que el eventual éxito que algunos le conceden a esta modalidad contractual viene por el lado de las ventajas asociadas a la idea de que la inversión de capital y la gestión privada pueden aliviar las restricciones fiscales sobre la inversión en infraestructuras, incrementando la eficiencia⁴¹. Aunque no debería ser ese el único criterio, sino más bien la cláusula de valor por dinero⁴².

Las distintas fórmulas de colaboración público-privada se han convertido en una de las materias claves desde una perspectiva dogmática (directamente relacionada con las señas de identidad del Derecho administrativo) y la gestión práctica en tanto afecta a la correcta eficacia de importantes políticas públicas y tiene un claro impacto desde la perspectiva presupuestaria (o, si se prefiere, de sostenibilidad financiera)⁴³.

En esta línea de repensar la colaboración público-privada (en especial las propias de la contratación pública) desde una perspectiva estratégica posiciona claramente, por cierto, el Consejo de la Unión Europea, en el documento “Conclusiones del Consejo: Inversión pública a través de la contratación pública: recuperación sostenible y reactivación de una economía de la UE resiliente” (2020/C 412I/01), donde, tras hacer una prospectiva de la contratación pública insiste en la necesidad de su función estratégica. En este documento se indica que **“Hay que reforzar la economía europea y reducir la dependencia estratégica de terceros países, especialmente en determinados sectores de la economía europea que son fundamentales para el funcionamiento de los servicios públicos y la atención sanitaria pública, como los medicamentos y los productos sanitarios; a la hora de determinar un enfoque**

⁴¹ Me remito, por todos, a P. VALCÁRCEL, “Colaboración público-privada, estabilidad presupuestaria y principio de eficiencia de los fondos públicos”, en libro col. *Observatorio de Contratos Públicos 2011*, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 450 y ss, M.A. Bernal Blay, *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas “paraconcesionales”*, Civitas, Cizur Menor, 2011, M.T. BRUNETE DE LA LLAVE, , *Los contratos de colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2009. Un estudio detallado de las diferentes experiencias llevadas a cabo por multitud de países acudir es “La solución de la cooperación público-privada. Realidad y futuro de las infraestructuras de Europa”, octubre de 2005, disponible en www.pwc.com/es.

⁴² J. M GIMENO FELIU y A.I PEIRO BAQUEDANO , “Public-private partnership and its role as a warrant of the public interest”, en libro col. *Service concessions in the EU: a comparative study of the transposition of Directive 2014/23 on the award of concession contracts into national law*, Aranzadi, 2018, pp. 27-51. Sin embargo, uno de los temas que más justifican la colaboración entre el sector público y el sector privado es la posibilidad de trasladar la inversión pública fuera del presupuesto y la deuda fuera del balance de las Administraciones públicas, aunque sea la Administración pública la que soporte, a pesar de todo, la mayor parte de los riesgos implicados y tenga que hacer frente, en potencia, a importantes costes fiscales (y en ese contexto se debe analizar las reglas de la Directiva europea de 2014, de concesiones

⁴³ Sobre el fundamento europeo y la nueva regulación española y sus aspectos prácticos me remito, en extenso, a J. M. GIMENO FELIU, *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*, Aranzadi, 2019.

*proporcionado y específico para abordar esta cuestión deberán considerarse detenidamente las repercusiones en la competencia, los precios y los procedimientos de contratación pública*⁴⁴. (negrita nuestra). En este nuevo contexto hay importantes retos y desafíos donde hay que articular nuevas soluciones que permitan una correcta aplicación de los distintos principios jurídicos aplicables que deben ser debidamente alineados desde la perspectiva del principal bien jurídico a proteger⁴⁵.

Contratación pública (colaboración público-privada) estratégica que no debe ser una mera opción sino que debe alinearse con la finalidad de consolidar una compra pública responsable⁴⁶, como, en el citado contexto de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas, se reivindica en la denominada Carta de Zaragoza⁴⁷, donde se indica que en el papel de liderazgo en materia de sostenibilidad social y ambiental, el sector público ejerce, mediante este instrumento del contrato público, de motor necesario para vincular el rendimiento económico con el compromiso social y la dirección ética de las empresas, poniendo en valor la gestión empresarial con propósito (así se ha venido destacando, también, por el Foro de Compra Pública Responsable)⁴⁸.

⁴⁴ Y para ello se PIDE a la Comisión y a los Estados miembros *que cooperen en la elaboración de directrices y criterios por medio de una metodología común para ayudar al sector público a aprovisionarse a través de cadenas de suministro transparentes, fiables, flexibles y diversificadas con el objetivo de reforzar la economía europea y reducir la dependencia estratégica de terceros países, especialmente en determinados sectores de la economía europea que son fundamentales para el funcionamiento de los servicios públicos y la atención sanitaria pública, como los medicamentos y los productos sanitarios; a la hora de determinar un enfoque proporcionado y específico para abordar esta cuestión deberán considerarse detenidamente las repercusiones en la competencia, los precios y los procedimientos de contratación pública. Y se PIDE también a los Estados miembros que elaboren políticas y estrategias de compra integrales que, en particular, deben centrarse en sectores en los que la demanda pública tiene un impacto significativo, como los medicamentos, los productos sanitarios o las tecnologías de la información, teniendo asimismo en cuenta aspectos relativos a la resiliencia, la gestión de riesgos y la seguridad del suministro. (negrita nuestra).*

⁴⁵ Por ello, estrategia y una eficiencia administrativa no unidimensional (que atiendan a la idea de valor y no de mero gasto) deben prevalecer sobre una cruda consideración del precio único como factor determinante en la compra pública. Vid. J. M. GIMENO FELIU, “Retos y desafíos de la compra pública de salud en el siglo XXI: a propósito de la adquisición de medicamentos (y vacunas) y la necesidad de actualizar la solución jurídica”, Congreso internacional: el desafío de la recuperación y el papel de la contratación pública (Dir.), Aranzadi, 2022, pp. 35-70.

⁴⁶ Por todos, J. A. MORENO MOLINA, *Hacia una compra pública responsable y sostenible. Novedades principales de la Ley de Contratos del Sector Público 9/2017*, Tirant lo Blanch, 2018, Valencia.

⁴⁷ Firmada el 10 de noviembre de 2021 puede consultarse su contenido y adhesiones en: <http://www.obcp.es/index.php/noticias/carta-de-zaragoza-manifiesto-por-una-compra-publica-responsable>. Sobre los ODS y la contratación pública vid. J. M. GIMENO FELIU, “La agenda de Naciones Unidas entorno a los objetivos de desarrollo sostenible y contratación pública. De las ideas a la acción”, en libro colectivo dirigido por J. Esteve Pardo *Agenda 2030. Implicaciones y retos para las administraciones locales*, Serie Claves del Gobierno Local núm, 32, Fundación y Democracia Gobierno Local, Madrid, 2021, pp. 67-100.

⁴⁸ La Comisión europea publicó el 20 de mayo de 2021 la Comunicación COM(2021) 245 final, referida a su informe “Aplicación y mejores prácticas de las políticas nacionales de contratación

El contrato público y la colaboración pública-privada (como variante de “alianza” a más largo plazo y con importante inversión privada) es, por tanto, desde el adecuado equilibrio de eficacia, eficiencia e integridad una herramienta principal, recordamos, para el derecho a la buena administración⁴⁹. Y muy especialmente en situaciones excepcionales⁵⁰. Esto explica que la contratación pública -y su fundamento- ha cambiado de forma muy notable en los últimos años. De una visión burocrática de la compra pública, diseñada desde una perspectiva hacendística y con escasa prospectiva se ha evolucionado hacia la idea la contratación pública como “herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas”. Y como inversión interesa su correcta articulación como actividad estratégica⁵¹.

La realidad nos orienta hacia una nueva visión del contrato público y de las diferentes fórmulas de colaboración público-privada alejada de la estricta función administrativa (y del siempre ha sido así), limitada a la adquisición de una obra, un suministro o un servicio, para diseñar una nueva arquitectura que permita la articulación armónica de los denominados círculos de excelencia -excelencia de servicios (pensar primero en las personas), excelencia de procesos (hacer lo que toca sin burocracia indebida) y excelencia técnica (tener talento y conocimiento)-. Y en esa arquitectura de excelencia la colaboración público privada tiene un rol fundamental.

El actual contexto abre una ventana de oportunidad para promover un nuevo liderazgo institucional público a través de una adecuada articulación de la política de colaboración público-privada que, además, puede ayudar en la estrategia de mejorar la productividad de nuestro modelo económico y, principalmente, servir de “política palanca” para proteger con eficacia los derechos sociales (como la salud o la vivienda).

pública en el mercado interior”. En el Informe se concluye que “*resulta fundamental aplicar de manera más estricta las consideraciones de la contratación pública estratégica a fin de contribuir a una recuperación integradora, promover una transición justa y fortalecer la resiliencia socioeconómica, en consonancia con el Pacto Verde Europeo como nueva estrategia de crecimiento para la UE*”. El 18 de junio de 2021 se publicó la guía de la Comisión “Adquisiciones sociales -Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas- 2.ª edición” (2021/C 237/01), en la que se incide en que “*Con el fin de plantar cara a los retos sociales, las autoridades públicas deben redoblar sus esfuerzos para obtener buenos resultados en todos los aspectos de la sostenibilidad (sociales y éticos, medioambientales y económicos)*”.

⁴⁹ Me remito a J.M. GIMENO FELIU, *Hacia la buena administración desde la contratación pública. De la cultura de la burocracia y el precio a la de la estrategia y el valor de los resultados*, Marcial Pons, Barcelona, 2024

⁵⁰ Como ha puesto de relieve M. MAZZUCATO, *No desaprovechemos esta crisis: fortalecer el sector público como premisa para la recuperación*. Galaxia Gutemberg, 2021, que dedica un capítulo a ello.

⁵¹ J. M. GIMENO FELIU, “La visión estratégica en la contratación pública en la LCSP: hacia una contratación socialmente responsable y de calidad”, *Revista Economía Industrial* núm. 415, pp. 89-97.

Y para ello debe existir una estrategia que promueva esta técnica, ajustando de forma proporcional los riesgos en las fórmulas de colaboración público privada en sentido estricto⁵².

La exigencia de valorar la calidad/rentabilidad de la colaboración público privada, preservando la legítima rentabilidad razonable del socio inversor, como nuevo eje decisional tiene importantes ventajas desde una perspectiva macroeconómica transversal, pues ha de permitir orientar determinados comportamientos de los agentes económicos intervinientes: quienes quieran acceder a las fórmulas de colaboración público privada (contractuales o no contractuales) deberán cumplir necesariamente con las exigencias de calidad (en sus distintas funcionalidades) que determinen las entidades adjudicadoras. Y aquí radica la importancia de la visión estratégica de esta colaboración. Lo que guarda directa relación como elemento ineludible de lo que es la oferta del socio privado que, en todo caso, debe ser un precio de mercado (y donde ofertas a pérdidas puede poner en riesgo el interés público). En modo alguno puede asumirse como válida una opción que pongan en riesgo la correcta prestación de los “servicios públicos”⁵³. Ni resulta razonable que la autoridad pública concedente opte por transferir riesgos económicos superiores a las que se aumen en el sector de acuerdo con la normativa aplicable (sobre los que la entidad adjudicadora carece de margen de decisión)⁵⁴.

⁵² Una inadecuada distribución de riesgos es un desincentivo a las fórmulas más complejas de colaboración público privada mediante modelos concesionales. Así se constata del reciente Informe Especial de Supervisión de la OIResCon relativo a los contratos de concesión durante el año 2022, donde se pone de manifiesto la escasa utilización de estas fórmulas (muy por debajo de otros países europeos) posiblemente debido a las deficiencias en el estudio de viabilidad, ausencia del análisis y justificación de ingresos, costes e inversiones de los contratos, ineficiente distribución de riesgos y una escasa rentabilidad. <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIResCon/informes-especiales-supervision/ies-concesiones2022.pdf>. Para determinar la existencia, o no, de riesgo operacional, debe tenerse en cuenta los criterios del TJUE sobre este asunto. Al respecto, vid. el estudio de A. HUERGO LORAS “El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, Documentación Administrativa núm. 4, nueva época, 2017, pp. 31-51. *Ibidem* “Skin in the game: riesgo operacional y responsabilidad patrimonial administrativa”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* núm. 74, 2018, pp. 20-33

⁵³ Como bien ha recordado M. FUERTES, el TJUE ha admitido las peculiaridades que algunas prestaciones tienen, que la regulación puede limitar los riesgos, que la Administración contratante pueda estar atenta a las vicisitudes... para reconocer que no se trata de un contrato de servicio. Así, por ejemplo, en la sentencia que resuelve el conflicto del servicio de abastecimiento de aguas en la comarca de Gotta (de 10 de septiembre de 2009, C-206/08) y en la que resuelve la cuestión prejudicial relativa a los contratos de transporte de asistencia médica y urgencias en Baviera (de 10 de marzo de 2011, C-274/09. “Los riesgos del riesgo de explotación”, en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, 2013, p. 235.

⁵⁴ Como bien advierte la STJUE de 10 de septiembre de 2009, *Eurawasser*, apartados 77 y 80. El matiz es importante, pues solo así se consigue no desincentivar la iniciativa privada (vid. X. LAZO VITORIA, “El futuro del mercado concesional en Europa” *REVISTA CEFLEGAL*. CEF, núm. 154 (noviembre 2013); L. MIGUEZ MACHO), “Fórmulas de colaboración público-privada contractual y crisis financiera del sector público”, en FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 181-185). Hay que, lograr, por tanto, un equilibrio en el reparto de riesgos.

Además, es esencial que la *fee* (rentabilidad) sea de mercado, y que la arquitectura jurídica preserve una rentabilidad razonable y confiable⁵⁵. Y en ciertos casos sería conveniente, según el tipo de prestación, optar por una “tasa de rentabilidad libre de riesgo”, que se suele establecer por relación a la rentabilidad de la deuda pública a largo plazo -que es superior a la de la deuda pública a medio o corto plazo- dado que es una inversión igualmente garantizada por el Estado.

Las exigencias de “calidad” como elemento inherente a la causa de interés público en cualquier fórmula de colaboración público-privada, siempre con respeto a los principios europeos inherentes a estas fórmulas puede servir para evitar la precarización de las condiciones laborales y desincentivar la deslocalización empresarial (puede servir para no penalizar a las empresas europeas, ni a las PYMEs y ayudar al fomento los objetivos europeos de la economía circular). Además, insistimos, sin un claro parámetro de calidad -tanto en la selección como, principalmente, en la fase de ejecución y cumplimiento- como elemento de homogeneización de las prestaciones a adquirir se rompe la regla esencial de adecuada comparabilidad, quebrando el principio de igualdad de trato (lo que supone un claro freno al correcto funcionamiento del mercado).

Para mejorar la actividad económica conviene un cambio de cultura de los poderes públicos como compradores (en tanto, indirectamente, vienen a incidir sobre el funcionamiento del mercado) para avanzar hacia nuevos modelos, tanto desde la inversión pública como de la inversión privada, que pongan la atención en el valor de la prestación, y no tanto en el precio y de la inercia a ponderar como mejor el ahorro presupuestario frente a la mejor eficiencia en clave de valor y calidad del servicio⁵⁶.

Es posible que el marco regulatorio de la colaboración público privada aconseje una simplificación, pero lo trascendental es impulsar la “innovación” en la práctica de su

⁵⁵ La respuesta jurídica adoptada por España en relación a las alzas de precios derivadas de las últimas incertidumbre no parece la más adecuada. La técnica de la Ley de desindexación y la revisión de precios tienen una función diferente, y su aplicación formal y descontextualizada tiene efectos claramente ineficientes. Lo mismo con la interpretación restrictiva al equilibrio financiero tanto por *factum principis* (limitado a la decisión del poder adjudicador concedente) como los casos extramuros del vínculo contractual de la fuerza mayor como del riesgo imprevisible. Al respecto, sobre como afrontar esta situación resulta de interés el trabajo de T. CANO CAMPOS “Los costes excepcionales de ejecución de los contratos públicos: entre el *ius variandi* y el riesgo imprevisible”, Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época, núm. 19, 2023, pp. 100-124. También, desde la perspectiva más general, J.M. GIMENO FELIU, “Retos y desafíos de la contratación pública en tiempos de incertidumbres y la necesidad de garantizar el principio de honesta equivalencia”, *Observatorio de contratación pública 2021 (Dir.)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 35-46

⁵⁶ Aunque referido al ámbito de medicamentos -pero extrapolable a lo que planteamos- me remito a J. M. GIMENO FELIU, “La compra pública de medicamentos: hacia el necesario equilibrio entre calidad de la prestación asistencial y sostenibilidad financiera del sistema” Revista Española de Derecho Administrativo núm. 202, 2019, pp. 325-340 y G. GARCÍA ÁLVAREZ GARCÍA, “Regulación y compra pública de medicamentos”, Revista Española de Derecho Administrativo núm. 205, 2020, pp. 61-96.

diseño concreto (superando innecesarios apriorismos ideológicos) que lo dote de seguridad jurídica y facilite la movilización de inversión privada para un crecimiento inteligente e integrador (en palabras de la Unión Europea). Por supuesto, con una arquitectura de la modalidad de colaboración a largo plazo y con importante inversión de capital privado que preserve una rentabilidad “razonable”, lo que exige una visión desde las diferentes perspectivas de los intereses en juego y no solo de la “sesgada” de las diferentes partes de la colaboración. La rentabilidad razonable se caracteriza por tres notas:

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

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

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

Tensar de forma indebida los riesgos o la rentabilidad (que es la retribución de inversiones que aportan valor) solo conducen o una ineficiencia del modelo (la TIR siempre será mas elevada encareciendo la operación) o, peor, o un fracaso del mismo lo que, en modo alguno, será un ejemplo de buena administración. Las inercias y resistencias al cambio, cierta “indolencia” administrativa y empresarial, la falta de cultura de cooperación, la “confusión” conceptual, la excesiva politización en las decisiones prácticas, la inseguridad jurídica derivada de interpretaciones diversas y contradictorias ponen en evidencia claras debilidades en los resultados pretendidos con la regulación, de especial gravedad en cuanto se afrontan situaciones excepcionales (como también está observando la OIRESCON)⁵⁷.

Los diferentes sistemas de colaboración público-privada son un instrumento jurídico-económico más, pero de gran capacidad de transformación, entre las diferente opciones

⁵⁷ El informe anual de supervisión de 2021 analiza y señala los ámbitos de mejora.

de la administración económica, ideológicamente neutro, para poder desarrollar de la forma más óptima determinadas políticas públicas⁵⁸. Hay que recordar que el interés público se satisface tanto por los poderes públicos como por la iniciativa privada, lo que sugiere nuevos retos para la colaboración público-privada, utilizada como principal herramienta para la implementación de las necesarias políticas públicas, que aconseja una reflexión sobre las formas de gestión de los servicios públicos y actividades de interés general y su encuadre en la lógica del estado de Bienestar⁵⁹.

Habrà de analizarse supuesto a supuesto⁶⁰. Sin olvidar, como se ha señalado por J. PONCE, con acierto, que la ideología puede tener su papel en la Política (*politics*), pero no lo tiene en la política pública concreta (*policy*) si no supone el correcto ejercicio de la discrecionalidad técnica de gestión⁶¹. Y, desde esa perspectiva, el resultado final de la regulación de la actividad económica es una compleja interrelación entre regulación y competencia, basada en actuaciones reguladoras -unas de supervisión de la actividad y otras de control o intervención- de carácter vertical y horizontal. Y cualquier decisión política debe cohonestar con los distintos principios regulatorios y, por supuesto, con la lógica de la mejor satisfacción del interés público.

⁵⁸ Así se ha explicado en el estudio colectivo de J. M. GIMENO, P. SALA y G. QUINTEROS, *El interés público y su satisfacción con la colaboración público-privada. Fundamentos, equilibrios y seguridad jurídica*, Cámara de Comercio de Barcelona, 2017. Sobre los orígenes, fundamentos y modalidades de la colaboración público privada en la contratación pública pueden referirse los siguientes estudios doctrinales: M. T. BRUNETE DE LA LLAVE. Los contratos de CPP en la LCSP, La Ley, 2009; B. NOGUERA DE LA MUELA, B. "La colaboración público-privada en las obras hidráulicas", en libro col. *Tributos, aguas e infraestructuras*, ed. Atelier, Barcelona, 2012, pp. 223 a 252; M. A. BERNAL BLAY, "El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas 'paraconcesionales'", Civitas, Cizur Menor, 2011, M. HERNANDO RYDINGS, *La colaboración público privada. Fórmulas contractuales*, Civitas, Cizur Menor, 2012; A. PALOMAR OLMEDA, *Colaboración público privada: análisis avanzado de los problemas prácticos de esta modalidad contractual*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011 y A. I. PEIRO BAQUEDANO, *El sistema de reparto de riesgos en las concesiones: hacia una nueva gobernanza*, Aranzadi, 2019.

⁵⁹ Como ya se ha advertido, el debate jurídico-técnico sobre el alcance de la colaboración público privada exige alejarse de posturas apriorísticas maximalistas: ni la gestión indirecta en colaboración con el sector privado es siempre más económica o eficiente, ni todos los servicios son más eficientes y sostenibles con gestión directa o mediante su "encargo" a entidades del tercer sector sin ánimo de lucro. *Vid.* J. M. GIMENO FELIU, "La remunicipalización de servicios públicos locales: la necesaria depuración de conceptos y los condicionantes jurídicos desde la óptica del derecho europeo", Cuadernos Derecho Local núm. 43, 2017, pp. 50-71; *ibidem*, "Remunicipalización de servicios locales y Derecho comunitario", Revista el Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho núms. 58/59, 2016, pp. 50-71.

⁶⁰ Como bien explica J. ESTEVE PARDO, las experiencias europeas ofrecen conclusiones distintas en función de si estamos en Países del sur o del norte de Europa. En estos últimos, por situación económica y tamaño de los entes locales, la opción de gestión directa ha funcionado correctamente. "Perspectivas y cauces procedimentales de la remunicipalización de servicios", Revista de Administración Pública núm. 202, 2017, pp. 307-310.

⁶¹ *Vid.* J. PONCE, "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)*, núm. 40, febrero de 2016, p. 96.

Predomina, insistimos, la visión del Estado garante de servicios públicos de calidad⁶², que ponga atención en la prestación regular, continua y neutra y no tanto en quien lo presta (que es, en esencia, el significado de la doctrina clásica del servicio público)⁶³. Visión consolidada por la propia regulación de la Unión Europea, pues, aunque ha declarado la neutralidad sobre las formas de gestión de las competencias públicas, ha advertido la importancia de que existan equilibrios y fórmulas de colaboración público-privada para preservar el interés público. Aunque es cierto que no se impone un modelo de “privatización” de gestión, el ordenamiento europeo sí que se posiciona por el respeto a las reglas del derecho de la competencia. Es decir, en la prestación de actividades económicas tiene un papel relevante el principio de competencia (practicable) en el mercado con el objetivo de, mediante una adecuada tensión competitiva, conseguir mejor eficiencia y calidad de los resultados de las distintas actividades económicas⁶⁴. Se constata, de forma evidente, la opción europea por la colaboración público-privada como elemento que permita vertebración social e impulso a un mejor crecimiento económico (muy especialmente en sectores sensibles)⁶⁵. Se necesita, por tanto, impulsar una estrategia de más y mejor colaboración público-privada en un marco de confiabilidad y equilibrio entre los intereses en juego.

De ahí la necesidad de diseñar un adecuado modelo de gobernanza integral en toda fórmula de colaboración público-privada que ponga especial atención al adecuado cumplimiento de la prestación pública⁶⁶. Y, frente a una incorrecta lectura del principio

⁶² J. ESTEVE PARDO, “La Administración garante. Una aproximación”, *Revista de Administración Pública*, núm. 197, 2015, pp. 11-39. *Ibidem*, *Estado garante. Idea y realidad*. Innap Investiga, Madrid, 2015.

⁶³ Como es sabido, la Escuela de Burdeos, a través de L. DUGUIT y G. JEZE, se encargó de desarrollar el concepto de servicio público aparecido en la jurisprudencia, y cuyo pensamiento, basado en la idea de solidaridad social, señala que el fin de la Administración pública es, en principio, preservar la prestación de servicios públicos con carácter regular y continuo. Un interesante trabajo sobre los orígenes del concepto de servicio público es el realizado por P. JOURDAN, “La formation du concept de service public”, *Revue Droit Public* núm. 1 de 1987, pp. 89 y ss. J. ESTEVE PARDO, considera que en los servicios de carácter administrativo parece conveniente una gestión directa, en tanto que en gestión de servicios económicos con complejidad técnica parece más conveniente la gestión indirecta en colaboración con el sector privado. “Perspectivas y cauces procedimentales de la remunicipalización de servicios”, *ob. cit.*, p. 336.

⁶⁴ Interesa, por tanto, la función de policía en la prestación de los servicios públicos que, como bien ha advertido el profesor T. R. FERNÁNDEZ, es la verdadera esencia de la doctrina de G. JEZE en relación a los servicios públicos. “León Duguit en España y en español”, *Revista de Administración Pública*, núm. 183, 2010, p. 44.

⁶⁵ J. F. MESTRE DELGADO, recuerda, con acierto, que las Directivas europeas han ido consolidando este modelo de colaboración público-privada. “Las principales novedades de la ley de contratos del sector público”, en *La Ley de contratos del sector público. Ley 9/2017, de 8 de noviembre. Aspectos novedosos*. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 2018, pp. 37-40.

⁶⁶ El Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea aprobado en el año 2001 por la Comisión, la transparencia formaba parte directa de dos de los cinco principios de la denominada buena gobernanza: apertura, participación, responsabilidad, eficacia y coherencia. El objetivo es lograr

constitucional (y europeo) de eficiencia, hay que insistir en la exigencia de hacerse equivaler al estándar de calidad más adecuado para la prestación del servicio, en línea de con una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos⁶⁷. Calidad de la prestación y eficiencia están estrechamente relacionadas entre sí y, en consecuencia, con la buena administración como derecho fundamental en el *check list* de lo que debe ser un moderno y eficaz modelo de gobernanza pública con vocación de impulso en la transformación del tejido productivo que permita un crecimiento “inteligente”, no especulativo, y responsable⁶⁸.

A tal fin, debe prevalecer la idea del nivel óptimo de gestión y, por ello, un modelo de riesgos con ofertas a pérdidas no resulta admisible pues cuestiona no solo las reglas de la competencia sino la sostenibilidad del modelo de colaboración comprometiendo el interés público. Además, esta posibilidad se aleja (o quebranta) de los principios regulatorios de la contratación pública (especialmente vinculados al interés general en los modelos concesionales) y podría estar favoreciendo mediante un mercado secundario de concesiones una “burbuja subprime” en el ámbito concesional, en tanto que empresas concesionarias de servicios asumirían carteras inviables económicamente. Y ello pondría en riesgo el correcto cumplimiento de la prestación y, por ende, del interés público, por lo que una oferta a pérdidas (o de precios predatorios) debe ser considerada ilegal y motivo de rechazo por parte del poder adjudicador⁶⁹. La

integrar la transparencia en las propuestas de elaboración de las políticas europeas, permitiendo un grado mayor de participación y apertura de la sociedad civil europea. *Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea*, COM (2001), 428, Bruselas, 25 de julio de 2001. Esta nueva no es solo una moda que pasará. Debe ser uno de los paradigmas sobre los que reformar nuestro modelo de organización y actividad administrativa. Desde luego, de la experiencia de las distintas fórmulas de colaboración público-privada y sus ineficiencias prácticas se pueden extraer importantes reflexiones que facilitan poner en valor una moderna colaboración público-privada donde las partes están comprometidas con el interés público. *Vid.* J. FLETA-ASÍN, FERNANDO MUÑOZ-SÁNCHEZ & JOSÉ MARÍA GIMENO-FELIÚ, “*Does the past matter? Unravelling the temporal interdependencies of institutions in the success of public-private partnerships*”, *Public Management Review*, 2022. DOI: 10.1080/14719037.2022.212555.8.

⁶⁷ La justificación de la decisión sobre cómo gestionar un “servicio público” debe atender a criterios objetivos de buena administración. Hay que evitar, por tanto, el maniqueísmo sobre quien presta mejor el interés general y, para ello, hay que garantizar el equilibrio entre lo público y lo privado y preservar, por supuesto, los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima en inversiones de larga duración, que no son contrarios, sino complementarios, con los de control de la prestación y de adecuada regulación de los servicios públicos, de los que nunca podrá abdicar una Administración diligente (no se trata en definitiva tanto del quién, como del cómo, en la mejor satisfacción del interés público). Además, hay que recordar que la certeza jurídica, como valor a proteger por el ordenamiento jurídico, exige que las decisiones sean predecibles y que no estén al “capricho” ideológico. Sobre esta idea *vid.* G. GOMETZ, *La certeza jurídica como previsibilidad*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2012.

⁶⁸ Evitando, claro, proyectos improvisados o con inadecuado reparto de riesgos (y roles) como bien advierte M. FUERTES, *Las desventuras del dinero público* (Marcial Pons, 2018).

⁶⁹ En extenso me remito a mi trabajo “*A propósito de la (IN) adecuación a los principios de la contratación pública de ofertas a pérdidas en la contratación pública y en negocios concesionales*”. *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 60, 2022.

fijación de precios, en el equilibrio y tensión que ha de mantenerse entre los principios de eficiencia y competencia, tiene que evitar que la presentación de ofertas en pérdidas ocasione un *dumping* consistente en la eliminación de competidores que, como es conocido, es una práctica proscrita por la legislación de defensa de la competencia y deriva, en forma efectiva, en una desigualdad de trato de los licitadores. Además, no puede desconocerse que, en las fórmulas contractuales, la oferta exige una visión global y no meramente limitada al precio, y que el elemento de referencia para validar, o no, una determinada oferta es el óptimo cumplimiento de la necesidad del objeto de la prestación (con los distintos fines públicos estratégicos que se hayan utilizado) y no la concreta estrategia, desde la óptica de la competencia, que realice esa concreta empresa. Es cierto que uno de los principios sobre los que sustenta la contratación pública, como bien explica P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, es el derecho de la competencia⁷⁰. Pero, en mi opinión, se trata de un principio instrumental y no de carácter sustantivo, que debe alinearse con la función estratégica de la contratación pública tal y como se posiciona claramente, recordamos, el Consejo de la Unión Europea, en el documento “Conclusiones del Consejo: Inversión pública a través de la contratación pública: recuperación sostenible y reactivación de una economía de la UE resiliente” (2020/C 412I/01), donde, tras hacer una prospectiva de la contratación pública y de la colaboración público-privada insiste en la necesidad de su función estratégica para avanzar en los objetivos de reconstrucción y resiliencia.

5. A MODO DE CONCLUSIONES. POR UNA COLABORACIÓN PÚBLICO PRIVADA MODERNA, COMPETITIVA Y TRANSFORMADORA AL SERVICIO DE LA CIUDANÍA

A modo **DE EPÍLOGO REFLEXIVO** hay recordar que el resultado final de la regulación de la actividad económica -en el marco de la Unión Europea u de las reglas de un modelo de economía social de mercado- es una compleja interrelación entre regulación y competencia, basada en actuaciones reguladoras -unas de supervisión de la actividad y otras de control o intervención- de carácter vertical y horizontal que deben

⁷⁰ P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, “Ofertas agresivas a precio cero o precio simbólico en los contratos públicos: ¿son admisibles?”, *Revista de Administración Pública*, núm. 217, 2022. Se trata de un excelente trabajo con importantes reflexiones sobre el funcionamiento del precio, y sus límites, en la contratación pública. Sobre la necesidad de respetar las finalidades y características propias de la contratación pública y del derecho de la competencia puede consultarse P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ y A. MIÑO LÓPEZ “Hacia la prevención de los cárteles en la contratación pública”, en libro colectivo *La lucha contra los cárteles en España*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 877 y ss.

preservar el derecho de la competencia⁷¹. Y cualquier decisión política debe cohonestar con los distintos principios regulatorios y, por supuesto, con la lógica de la mejor satisfacción del interés público. Predomina, por tanto, la visión del Estado garante de servicios públicos de calidad, que ponga atención en la prestación regular, continua y neutra y no tanto en quien lo presta (que es, en esencia, el significado de la doctrina clásica del servicio público)⁷². Lo que aconseja una revisión organizativa adaptada a este nuevo rol, donde la profesionalización y capacitación son elementos de gran trascendencia⁷³. También en el sector privado, donde, además, convendría impulsar modelos tuvieran en cuenta la responsabilidad estratégica de la empresa, utilizando para ello los conocidos indicadores ESG (siglas en inglés para “Environmental, Social and Governance”) promovidos por Naciones Unidas, que tienen por finalidad valorar inversiones en las que son determinantes los factores ambientales, de sostenibilidad social (entorno) y de gobernanza (buen gobierno)⁷⁴.

El escenario derivado con la eficacia de los fondos NGEU (ensombrecido por la invasión rusa de Ucrania) se nos presenta como una oportunidad para repensar tanto la función pública de regulación de la colaboración público-privada (frente a las decisiones derivadas de un Real Decreto Ley 36/2020 , muy improvisado y poco coherente con una visión a largo plazo, que ha generado inseguridad jurídica) como un modelo gestión que ha pivotado, en mi opinión, sobre elementos formales (y en ocasiones muy vertical) y que debería adaptarse unas nuevas necesidades que ponen el acento sobre todo en el resultado de las decisiones pues lo decisivo no es el procedimiento administrativo sino la mayor eficacia en clave de solución (o proceso).

Los fondos europeos nos plantean interrogantes que exigen, como respuesta, la convicción para avanzar hacia una forma distinta de hacer gestión pública, que se cimiente en una adecuada planificación, la calidad de la prestación (y de su resultado en

⁷¹ De especial interés las reflexiones de J. M. BAÑO LEÓN, “La evolución del derecho de la competencia y su irradiación en el derecho público”, *Revista de Administración Pública* núm. 200, 2016, pp. 295-314.

⁷² Por todos, T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Reflexiones sobre la sostenibilidad de los servicios públicos, un nuevo principio general en gestación”, *Revista de Administración Pública* núm. 200, 2016, pp. 439-450.

⁷³ Para cumplir la nueva función en la adopción de las decisiones públicas económicas resulta necesaria una moderna y eficaz política de profesionalización y capacitación en el sector público, que es mucho más que la suma de curso de divulgación o la rutina de gestión del día a día. Profesionalizar supone invertir en talento. Implica, por supuesto, capacitación a través de conocimiento actualizado tanto a nivel teórico como práctico, pero, sobre todo, una visión horizontal y no vertical de la toma de las decisiones.

⁷⁴ Se evita, así, un dumping social, y se promueve un “auténtico” mercado competitivo desde el respeto a los principios del Estado social. *Vid.* C. DOLAN y D. BARRERO ZALLES, *Transparency in ESG and the circular economy: Capturing Opportunities Through Data*. Business Expert Press, 2021.

términos de valor), una eficaz cooperación interadministrativa, una innovadora visión del procedimiento en cuanto a su función y objetivos (donde la calidad es un paradigma irrenunciable) pensado en el mejor cumplimiento del fin público que es la causa del contrato. Y, sobre todo, como hemos venido explicando desde hace tiempo, a una nueva cultura en la gestión pública que pivote sobre una leal colaboración a nivel público-público y público-privada (siempre justificada y debidamente alineada con el fin de favorecer el nivel óptimo de gestión desde la perspectiva pública de garante) basada en la lógica del triple *win* (*Administración pública, empresa y ciudadanos*) y de la rendición de cuentas como herramientas al servicio de la buena administración.

Es momento de más y mejor colaboración público.privada, para lo que hay que “cambiar el rumbo” tanto de la regulación y de su interpretación (excesivamente formalista) como de la gestión de estas fórmulas para superar la inercia del procedimiento y avanzar en la idea de proyectos. Desde esta perspectiva, para preservar cumplimiento de plazos y de minimización de riesgos en la ejecución y/o explotación de infraestructuras complejas puede resultar conveniente la utilización de modelos colaborativos de coste objetivo (*target costing*, inspirados en el modelo NEC 4). Con estos modelos colaborativos se pretende alinear el fin público de la mejor construcción de las infraestructuras (o de los modelos concesionales de explotación) con la necesidad de preservar una adecuada tensión competitiva alejada de prácticas que imponen arriesgar en la bajada de precios, lo que puede implicar cumplimientos defectuosos e, incluso (como se constata con la actual gestión de los fondos NGEU), un desinterés de las empresas en las licitaciones⁷⁵.

En definitiva, los poderes públicos tiene, por vocación constitucional una evidente función de liderazgo de regulación e impulso de las actividades económicas, para lo que deben repensar en el actual contexto, una nueva arquitectura de la colaboración público-privada para mejorar la productividad de nuestro modelo económico y, principalmente, servir de “política palanca” para proteger con eficacia los derechos sociales. Solo así se dará satisfacción a la exigencia como derecho fundamental de los ciudadanos de la buena administración⁷⁶.

Sin duda estamos en una encrucijada histórica que nos obliga a repensar la brújula de nuestra dirección en la gestión pública. Pero para ello debemos saber qué camino elegir tal y como Alicia, la del país de las maravillas del famoso cuento de Lewis Carroll,

⁷⁵ J.M. GIMENO FELIU, “Modelos colaborativos en obras públicas y su viabilidad jurídica en España con el marco normativo vigente”, *Revista Aragonesa de Administración Pública* núm. 60, 2023, pp.. 13-64.

⁷⁶ J.M. GIMENO FELIU, “Reflexiones sobre la aplicación de la normativa de contratación pública en España: en búsqueda de la estrella Polar”, en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos pública 2022* (Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 17-47

al preguntar al gato de Cheshire en un cierto punto qué camino debía tomar la respuesta que se le da es que *“Eso depende mucho del lugar adonde quieras ir. Si no sabes adónde quieres ir, no importa qué camino sigas”*.

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

El rol de la gobernanza pública obliga a una moderna utilización de las diferentes fórmulas de colaboración público-privada para garantizar el equilibrio entre lo público y lo privado y preservar, por supuesto, los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima en inversiones de larga duración, que no son contrarios, sino complementarios, con los de control de la prestación y de adecuada regulación de unos servicios públicos “circulares” que integren lo social, lo ambiental y la equidad como señas de identidad del modelo económico para conseguir un adecuado reequilibrio de riqueza y de derechos y deberes, para avanzar en una sociedad realmente inclusiva. En ello va el futuro del liderazgo de gestión de las instituciones públicas, de una moderna gobernanza pública económica, que piensa en las personas (y en la transformación social) y no en los privilegios ni en el inmovilismo ideológico.