



Revista Administración & Ciudadanía, EGAP

Vol. 16_núm. 2_2021 | pp. 207-224

Santiago de Compostela, 2021

<https://doi.org/10.36402/ac.v16i2.4889>

© Marcos M. Fernando Pablo

ISSN-L: 1887-0279 | ISSN: 1887-5270

Recibido: 13/12/2021 | Aceptado: 21/12/2021

Editado bajo licencia Creative Commons Atribución 4.0 International License

Vella e nova colaboración público-privada na execución do Plan de Recuperación, Transformación e Resiliencia

Vieja y nueva colaboración público-privada en la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia

Old and new public-private collaboration in the execution of the Recovery, Transformation and Resilience Plan



MARCOS M. FERNANDO PABLO

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Salamanca
<https://orcid.org/0000-0003-4985-1060>
macfer@usal.es

Resumo: O artigo describe a longa traxectoria xurídica do tópicoo “colaboración público-privada” e dá conta de como a inicial reconstrución de comezos de século daquela categoría (necesidades financeiras do sector público) foi superada por novas circunstancias nas que o poder público solicita a participación privada non só para executar o maior paquete de medidas de estímulo que coñeceu a Unión Europea, senón tamén para afrontar os retos da soberanía e independencia estratéxica da Unión, aínda que este aspecto non parece que fose tomado en conta polo Plan Español de Recuperación e Resiliencia, que segue aferrado a fórmulas (PERTE, subvencións, consorcios, sociedades mixtas) xa afastadas das novas alianzas estratéxicas público-privadas que diseña o dereito europeo.

Palabras clave: Colaboración público-privada, concesión, PERTE, subvención, alianza estratéxica.

Resumen: El artículo describe la larga trayectoria jurídica del tópicoo “colaboración público-privada” y da cuenta de cómo la inicial reconstrucción de comienzos de siglo de aquella categoría (necesidades financieras del sector público) ha sido sobrepasada por nuevas cir-

cunstances en las que el poder público recaba la participación privada no solo para ejecutar el mayor paquete de medidas de estímulo que ha conocido la Unión Europea, sino también para afrontar los retos de la soberanía e independencia estratégica de la Unión, aunque este aspecto no parece que haya sido tomado en cuenta por el Plan Español de Recuperación y Resiliencia, que sigue aferrado a fórmulas (PERTE, subvenciones, consorcios, sociedades mixtas) ya alejadas de las nuevas alianzas estratégicas público-privadas que diseña el derecho europeo.

Palabras clave: Colaboración público-privada, concesión, PERTE, subvención, alianza estratégica.

Abstract: The article describes the long legal trajectory of the topic “public-private collaboration” and shows how the initial reconstruction at the beginning of the century of that category (financial needs of the public sector) has been surpassed by new circumstances in which the public power seeks private participation not only to implement the largest stimulus package known to the European Union, but also to face the challenges of sovereignty and strategic independence of the Union, although this aspect does not seem to have been taken into account by the Spanish Recovery and Resilience Plan, which continues to adhere to formulas (PERTE, grants, consortia, societies) that are already far from the new public-private strategic alliances that European law designs.

Key words: Public-private collaboration, concession, PERTE, grant, strategic alliance.

SUMARIO: 1 El viejo tópico de la colaboración público-privada y su evolución. 2 Fórmulas tradicionales de colaboración público-privada. 2.1 Las concesiones de obras y servicios en el derecho español. 2.2 El contrato de colaboración público-privada. 2.3 El *Libro verde sobre la colaboración público-privada* (2004) y la sistemática resultante. La CPP institucional. 3 La CPP en el actual derecho español. Referencia a las menciones del Real decreto-ley 36/2020. 3.1 La CPP contractual en la LCSP. 3.2 La CPP institucional: consorcios. 3.3 La ampliación de la noción de CPP: la *participación* privada en la tarea pública. 3.4 El Real decreto-ley 36/2020: PERTE, consorcios y contratos. 4 Conclusiones: la superación de la tradicional CPP. Las alianzas industriales estratégicas. 5 Bibliografía.

1 EL VIEJO TÓPICO DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA Y SU EVOLUCIÓN

Una definición muy parcial (la de la OCDE) menciona la *asociación público-privada* (APP) como el acuerdo entre un gobierno y un socio privado a largo plazo en el cual el último financia y presta un servicio público usando un activo de capital y compartiendo los riesgos asociados. La noción no incluye, sin embargo, todas las formas de colaboración público-privada de las que se puede dar cuenta, aunque sitúa la atención en la fórmula más extendida históricamente, la de la colaboración mediante la institución contractual en el ámbito de las instalaciones e infraestructuras destinadas a la prestación de un servicio público.

En términos más generales, la APP no es más que una forma particular de colaboración público-privada, aunque esta última se desarrolló históricamente, dentro y fuera de la matriz contractual, en los ámbitos más diversos. Son muchos los ejemplos históricos que pueden manejarse: la explotación de ciertas “regalías” o prerrogativas de la corona, confiada a sujetos privados mediante fórmulas de arriendos; la empresa del descubrimiento o de la conquista de los vastos territorios americanos; el otorgamiento, en forma de privilegio, de una compañía privada que rendía importantes ingresos

al Estado del monopolio comercial en una ruta o con un territorio que inspiraron las compañías coloniales; la participación del capital privado en grandes infraestructuras de transporte fluvial, a cambio de su explotación, en la Francia del seiscientos y setecientos.

El Estado liberal del siglo XIX desarrolló las más conocidas fórmulas de asociación público-privada con ocasión de la necesidad de financiar infraestructuras ferroviarias: en ese momento el perfil jurídico-administrativo de la concesión de servicio gana fuerza, pues se considera que la titularidad de la actividad es pública, aunque sea explotada de forma privada y haya sido el capital privado el que ha contribuido a la financiación y ejecución de la obra. En España, las primeras infraestructuras ferroviarias se construyeron entregando la financiación, construcción y explotación a la iniciativa privada, mediante un sistema en el que la ley de concesión prefijaba una cantidad fija por kilómetro abierto al servicio, que no debía superar el 15 % del presupuesto estimado por el Estado. En este mismo contexto, la justificación de la intervención del Estado liberal en los puertos se remonta a razones históricas (importancia militar de la infraestructura) y en la consideración de la utilización del acceso al mar como derecho personal y comercial.

La ejecución de una obra, pública por su destino, se entendía que había de pertenecer a los fines públicos, pues la ideología smithiana que constituía la extendida ortodoxia (también en España durante todo el siglo XIX) hacía del Estado el encargado de las grandes inversiones que permitieran el desarrollo económico. Tales grandes obras, se resaltaba, no serían afrontadas por la iniciativa privada por sus altos costes fijos (hundidos) y su escaso rendimiento privado a corto plazo. Tampoco el Estado podía por sí mismo, bien por falta de recursos financieros, bien por falta de experiencia y conocimientos técnicos de su personal. En ambos conjuntos de tópicos se justificó la colaboración con el sector privado en la ejecución de obras públicas.

La segunda postguerra mundial es la etapa de políticas económicas keynesianas, del estado del bienestar, del poder público activo en la economía como un agente más o un agente privilegiado. Tal papel se puso a prueba con la crisis económica de los años setenta (crisis del petróleo), que motivó, primero, una recesión económica profunda, luego una inflación descontrolada, posteriormente un importante desempleo más la consiguiente crisis fiscal, y el inevitable incremento de la deuda pública.

La crisis fiscal motivó dos nuevos elementos. Por una parte, la búsqueda de formas de *gestión pública más eficiente*, alejadas del modelo weberiano de ejecución burocrática y jerárquica del sistema legal. El cambio de concepción conllevó que el sistema privado se extendiera a la gestión pública. Lo que se llamó Nueva Gestión Pública (*New Public Management*) implicaba reformas tomadas del sector privado: estructuras nuevas sometidas a principios orgánicos privados, con énfasis en los resultados y su medición y eficiencia en la gestión de recursos.

Por otra parte, las crisis financieras de finales del siglo XX y los criterios de convergencia del Tratado de Maastricht (que estableció, en 1992, criterios exigibles a los presupuestos de los Estados miembros de la UE: déficit inferior al 3 % del PIB, deuda

inferior al 60% del PIB) hicieron reverdecer fórmulas de *colaboración financiera del capital privado* en la construcción de infraestructuras públicas con diferentes fórmulas que, entre nosotros, fueron popularizadas bajo su tratamiento jurídico anglosajón (*projects finance initiative*, en sus diferentes modalidades), como parte de la cooperación público-privada (*public-private partnership*) contractual. Adicionalmente, el Pacto de Estabilidad y Crecimiento impuso en la UE límites estrictos al gasto público que empujaron igualmente a buscar fórmulas de financiación privada para los servicios públicos. Un poco más tarde (2012), un acuerdo intergubernamental, el Mecanismo Europeo de Estabilidad Económica (MEE) impuso severas condicionantes (un programa de ajuste macroeconómico) a las posibles medidas de apoyo (rescate) a los Estados.

En este contexto es explicable que, dada la evolución del derecho europeo, surja un movimiento posterior denominado “nueva gobernanza pública” en el que ya no se busca que la Administración actúe al modo empresarial, sino que *la gestión indirecta* parece la forma de producir un mayor valor añadido *al uso de fondos públicos*. Las empresas, además, deben contribuir con su mayor flexibilidad y capacidad de innovación, actuar como *asesoramiento*, *asistencia* y como *think tanks* en la formulación gubernamental de políticas públicas...”¹.

Es en este nuevo contexto de gestión pública en el que se explica la previsión del Reglamento (UE) 2021/241 por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia conforme al cual (art. 17) “los planes de recuperación y resiliencia que pueden optar a la financiación con arreglo al mecanismo incluirán un conjunto coherente y exhaustivo de medidas de ejecución de las reformas y de inversión pública, que podrá incluir también programas públicos destinados a *incentivar la inversión privada*”. Por su parte, el considerando 8.º de este acto comunitario añade: “Las inversiones privadas también podrían *incentivarse a través de programas de inversión pública*, en particular, instrumentos financieros, subvenciones y otros instrumentos, siempre que se respeten las normas en materia de ayudas estatales”.

2 FÓRMULAS TRADICIONALES DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

2.1 Las concesiones de obras y servicios en el derecho español

Desde mediados del siglo XIX, el derecho español desarrolló una fórmula de colaboración público-privada (en adelante, CPP) de matriz contractual que utilizó la competencia técnica profesional del sector privado (el *know-how*) y el capital privado para servir a finalidades públicas.

Tras distinguir entre obras por contrata, por administración y por concesión, el artículo 7 de la Instrucción general de obras públicas de 10 de octubre de 1845 señalaba: “Las empresas promovidas por particulares serán aceptables en cuanto la vasta extensión

de las obras proyectadas exijan *considerables sumas que la Administración no se halle en estado de aprontar pero que puede suplir ventajosamente por medio de concesiones*". Se diferenciaba entre tres mecanismos de ejecución de obras (administración, contrata y concesión) y se destacaba la figura de la concesión *promovida por empresa particular* allí donde la Administración no pudiera financieramente llegar, dada la complejidad o extensión de las obras: concesión de iniciativa privada, diríamos hoy.

Después de una larga evolución (hay que citar la que generalizó el sistema de concesión, art. 53), el Reglamento de servicios de las corporaciones locales, artículo 114 y siguientes, supuso un cambio importante: la absorción del régimen de la concesión de obra por la institución de la concesión de servicio. Con ello, la finalidad pública se destacó sobre la aportación privada. La figura no se reguló en la Ley de contratos del Estado de 1965, pero se recupera con ocasión de la Ley de autopistas de peaje para ese tipo de obras. En la Ley 13/1995, de contratos de las administraciones públicas, la concesión se reguló como modalidades de los contratos de *obra* y *de servicio*, en función de la retribución que percibe el contratista (la contraprestación a favor del adjudicatario consistía en el derecho a explotar la obra o en dicho derecho acompañado del de percibir un precio, o en la *explotación del servicio* a su riesgo y ventura). La Ley 13/2003 realizó una puesta al día de la tradicional concesión de obra, incluyéndose ahora mecanismos de CPP que no eran estrictas concesiones según nuestro derecho tradicional: "En la nueva regulación del contrato de concesión de obras públicas, la obra pública, como realidad tangible que admite la posibilidad de su *explotación económica*, constituye el principal factor para definir su objeto".

De esta manera, la CPP atribuyó el protagonismo principal a *la iniciativa y capital privados*, bajo la tutela y control de la Administración, si bien se incorporó la posible obligación adicional para el concesionario de construir una obra u obras diferenciadas de la que es objeto de concesión, pero vinculadas a ella: el propio mecanismo contractual se utiliza como forma de financiación de *otras obras* públicas.

2.2 El contrato de colaboración público-privada

La legislación de los contratos públicos evolucionó sobre el marco del derecho europeo (Ley 30/2007, de contratos del sector público; Ley 2/2011, de economía sostenible, Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos del sector público), alumbrando la figura del "contrato de colaboración público-privada", que procedía del *Libro verde sobre la colaboración público-privada* (COM(2004) 327), aunque tal documento comunitario no mencionaba un específico contrato público, sino que trataba de sintetizar fórmulas ya existentes.

Durante su vigencia y escasa aplicación, el contrato se caracterizaba (art. 11 del Texto refundido 3/2011) por su complejo objeto, su larga duración y los mecanismos de financiación previstos. En cuanto al primero, incluía, dentro de lo que se mencionaba como "*actuación global e integrada*", tanto prestaciones de servicio innominadas ("prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio

público o actuación de interés general que le haya sido encomendada”) como típicas prestaciones del contrato de obra con prestaciones accesorias (construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión), o incluso prestaciones próximas al contrato de suministro (construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión). Tal falta de definición de su objeto fue quizá una de las causas de su muy escasa utilización.

Desde el punto de vista de su configuración sinalagmática, era nota de este tipo contractual la *financiación privada*, al menos parcial (financiación mixta) de las “inversiones inmateriales, obras o suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general” a que dieran lugar aquellas prestaciones. La fórmula de financiación establecida, por tanto, era un elemento negocial no típico, como tampoco lo era la duración del contrato, ligada a la complejidad y al programa de las amortizaciones y retornos de la inversión. Elemento típico implícito parecía ser el *reparto de riesgos* entre el titular y el colaborador contratista privado. Esta era la filosofía de las fórmulas de colaboración público-privadas mencionadas en aquel documento comunitario en el que parece sustentarse este tipo contractual.

Muy importante resultaría, a la postre, la nueva definición de la concesión de obra o servicio introducida por la Directiva 2024/23 como resultado del propio *Libro verde*² sobre la base de afirmar (CDO. 18 de la Directiva 2014/23 relativa a la adjudicación de contratos de concesión) que “la característica principal de una concesión, *el derecho de explotar las obras o los servicios, implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico* que supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento, si bien parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador (...) la adjudicación de concesiones mediante normas específicas *no estaría justificada si el poder o la entidad adjudicadores aliviase al operador económico de cualquier posible pérdida garantizando unos ingresos mínimos...*”.

2.3 El Libro verde sobre la colaboración público-privada (2004) y la sistemática resultante. La colaboración público-privada institucional

El citado *Libro verde* respondía a un momento de transición en que las formas de colaboración público-privada se habían desarrollado en Europa en aquel contexto de disciplina presupuestaria y control del gasto público ya aludido. El encaje de alguna de las modalidades impuestas por la práctica en el marco de la normativa de los contratos públicos terminaría obligando a las instituciones comunitarias a regular los contratos

de concesión de obra y concesión de servicios, puesto que las figuras no eran exactamente conocidas y reguladas en todos los Estados miembros.

Un documento comunitario complementario al *Libro verde*, la *Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el derecho comunitario*, estableció los criterios aplicables a aquellos actos imputables al Estado miembro por los que una autoridad pública confía a un tercero –ya sea mediante un acto contractual o mediante un acto unilateral con el consentimiento del tercero– la gestión total o parcial de servicios que normalmente son de su competencia y para los que *dicho tercero asume el riesgo de explotación*.

Por su parte, el *Libro verde* caracterizó las operaciones de CPP más allá del marco contractual, indicando que se trata de mecanismos de una duración relativamente larga, que implica la cooperación entre el socio público y el privado en diferentes aspectos del proyecto que se va a realizar, con financiación privada que puede completarse con financiación pública (en vehículos financieros más o menos complejos) y en las que el operador privado actúa en diferentes etapas (diseño, ejecución, financiación, explotación), mientras el socio público define los objetivos de calidad y las finalidades de interés público a alcanzar. Finalmente, el reparto de los riesgos entre el socio público y el privado no implica que el socio privado asuma *todos los riesgos* derivados de la operación, ni siquiera la mayor parte de ellos.

Con esta noción, se examinaron los requerimientos del derecho comunitario, en particular respecto del derecho de los contratos públicos, en dos categorías de CPP: por una parte, aquellas operaciones de CPP de tipo *puramente contractual*, en las que la colaboración entre los sectores público y privado se basa en vínculos exclusivamente convencionales, y, por otra, las operaciones de *tipo institucionalizado*, que implicaban la cooperación entre los sectores público y privado en el seno de una entidad diferente.

El modelo más habitual de la CPP contractual era la fórmula concesional pura, atribuyendo al privado una o varias tareas que incluyen la financiación, diseño, construcción y explotación de la infraestructura *con prestación de un servicio a la población*. Adicionalmente, se detectó otro modelo de CPP contractual, en el que “la tarea del socio privado consiste en realizar y gestionar una infraestructura *para la Administración pública*. En este modelo, la remuneración del socio privado no adopta la forma de cánones abonados por los usuarios de la obra o el servicio, sino de pagos periódicos realizados por el socio público (...) Dichos pagos pueden ser fijos, pero también pueden calcularse de manera variable, en función, por ejemplo, de la disponibilidad de la obra, de los servicios correspondientes o, incluso, de la frecuentación de la obra”³.

Un caso particular era el de las operaciones CPP de *iniciativa privada*, en el que “los operadores económicos formulan una propuesta detallada de proyecto, en general de construcción y de gestión de infraestructura, a instancias de la Administración, llegado el caso”, pero “el hecho de que un proyecto de utilidad pública parta de una *iniciativa privada* no cambia la naturaleza de los contratos firmados entre los organismos adjudicadores y los operadores económicos. Si dichos contratos tienen por objeto

prestaciones contempladas en el derecho privado y se firman a título oneroso, han de ser calificados bien de contratos públicos o bien de concesiones”⁴. A este propósito, se indicaba la posibilidad de retribuir al iniciador del proyecto, o bien concederle determinadas ventajas durante la convocatoria destinada al desarrollo del proyecto seleccionado, aunque tales soluciones “merecen ser estudiadas atentamente, para evitar que las ventajas competitivas que se conceden al iniciador del proyecto rompan la igualdad de trato de los candidatos”.

Con relación al segundo tipo de CPP (la colaboración institucionalizada), el documento comunitario⁵ señalaba que implica “la creación de una entidad en la que participan, de manera conjunta, el socio público y el privado”⁶. En tales mecanismos, si están dotados de personalidad jurídica, el socio público puede ejercer cierto nivel de control mediante su presencia en los órganos de decisión, mientras el socio privado puede desarrollar su capacidad de gestión, con apoyo, en su caso, del poder público.

La problemática jurídica suscitada era, en lo que aquí interesa, la relativa a los requerimientos de la puesta en marcha de una operación de colaboración que implique la creación de una entidad *ad hoc* en la que participen, de manera conjunta, los sectores público y privado. En tal asunto, se afirma que la *creación* de la entidad de capital mixto no estaba regulada por la normativa de los contratos públicos, sin perjuicio de la aplicación de los principios generales del tratado o determinadas disposiciones de las directivas. Sin embargo, cuando una operación de este tipo “va acompañada de una atribución de misiones a través de un acto que puede calificarse de contrato público o, incluso, concesión”, debía tenerse en cuenta que los principios del derecho en materia de contratación pública y concesiones “se aplican también cuando la adjudicación de una misión se realiza mediante un acto unilateral (por ejemplo, un acto legislativo o reglamentario)”⁷. Por ello advierte: “*La selección de un socio privado para realizar dichas misiones en el marco del funcionamiento de una entidad mixta no puede basarse exclusivamente en la calidad de su aporte en capital o de su experiencia, sino que hay que tener en cuenta las características de su oferta (la más ventajosa económicamente) relativas a las prestaciones específicas que ha de realizar, puesto que la operación de capital, si no se dispone de criterios claros y objetivos que permitan al poder adjudicador seleccionar la oferta más ventajosa económicamente, podría constituir una violación del derecho en materia de contratación pública y concesiones*”⁸.

En lógica consecuencia, la Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI)⁹ estableció que la simple aportación de fondos por un inversor privado a una empresa pública no constituye una CPPI. Por el contrario, “independientemente de cómo se haya creado una CPPI, las disposiciones de la legislación comunitaria en materia de contratos públicos y concesiones imponen a la entidad adjudicadora la observancia de un procedimiento equitativo y transparente a la hora de seleccionar al socio privado que, en el marco de su participación en la entidad de capital mixto, realiza suministros, obras o servicios”.

A este propósito la Comisión, constatando que en muchos casos la realización de una doble licitación, la primera para la selección del socio privado en la CPPI y la segunda para la adjudicación del contrato público o la concesión, no resultaba práctica, termina indicando la posibilidad de acudir a la figura del “*diálogo competitivo*” de la Directiva 2004/18.

3 LA CPP EN EL ACTUAL DERECHO ESPAÑOL. REFERENCIA A LAS MENCIONES DEL REAL DECRETO-LEY 36/2020

3.1 La CPP contractual: la LCSP

Si se examina el derecho español de la CPP siguiendo el esquema del *Raport Besson* citado y, al mismo tiempo, se toman en cuenta las exigencias de la contabilidad pública¹⁰, parece claro que las fórmulas contractuales de CPP (cuyo régimen debe buscarse sustancialmente en la LCSP) incluyen ahora las siguientes figuras: por una parte, se suprime el contrato de colaboración público-privado (con la afirmación de que el objeto de este contrato se puede realizar a través de otras modalidades contractuales, fundamentalmente el contrato de concesión) y se dibujan las concesiones de obra como contrato caracterizado por la peculiar retribución del contratista (derecho a explotar la obra, que ahora comprende un amplio conjunto de facultades, art. 14.2 LCSP) y la transferencia del riesgo operacional al contratista (art. 14.4).

En la medida en que el contrato conlleva la construcción de la obra a costa del contratista, implica también una financiación privada, una CPP inequívoca, tal como era tradicional¹¹. Iguales consideraciones valen para la concesión de servicios (art. 15 LCSP: *Retribución del contratista a través del derecho a explotar los servicios objeto del contrato y transferencia al concesionario del riesgo operacional*). El Real decreto-ley 36/2020 introduce normas singulares en los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios que se financien con cargo a fondos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en lo relativo al periodo de recuperación de la inversión privada (art. 56), precepto este que afecta a las normas del artículo 29.6 de la LCSP en lo que se refiere a la duración máxima del contrato de concesión¹².

Se contempla también en nuestro derecho actual la iniciativa privada en eventuales concesiones de obra (art. 247.5 LCSP) y la problemática peculiar de adjudicación directa de una concesión de obra o servicio a una sociedad de economía mixta (disposición adicional vigésimo segunda), cuya legalidad se condiciona a que “la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en esta ley para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto”, siguiendo la jurisprudencia del TJUE (Asunto 196/08 *Acoset*). Debe recordarse aquí que la elección del socio privado en esta peculiar CPP institucional puede realizarse, en los casos del

artículo 167 LCSP, a través del *diálogo competitivo*, que constituye una de las formas de adjudicación de los contratos públicos.

Particular interés tiene examinar si el nuevo procedimiento de asociación para la innovación (AI) debe incluirse, tal como pensamos, en las formas de CPP. Recuérdese que el objeto exclusivo de este mecanismo es la necesidad administrativa de un producto, servicio u obra innovadores que *no puede ser satisfecha mediante la adquisición de productos, servicios u obras ya disponibles en el mercado*. Siendo eso así, la “adquisición” futura pierde el interés “causal” del contrato, hasta el punto de que la Administración puede resolver no adquirir las obras, servicios o productos resultantes de la propia AI (art. 181 LCSP). La retribución del o de los socios seleccionados depende del grado de consecución de los objetivos intermedios (art. 180.1) y no de un producto, servicio u obra realizada.

Todos estos rasgos (y algún otro; por ejemplo, la posibilidad de concertar la asociación con varios contratistas y de “eliminar” en fases posteriores a alguno de ellos, así como la de concluir completamente la asociación con varios de los contratistas iniciales) nos llevan a pensar que se trata de una peculiar forma de CPP contractual en la que *no es la financiación privada*, sino la necesidad no satisfactoriamente cubierta por el mercado (la causa del contrato) lo que impulsa la apelación al sector privado. Ciertamente, este colabora con la Administración proporcionando servicios (investigación y desarrollo) y, finalmente, bienes, servicios y productos innovadores, pero no es la adquisición de estos, sino *su desarrollo* por el sector privado la que ha funcionado como causa del contrato¹³.

En muchas ocasiones la CPP no se articulará conforme a esquemas estrictamente contractuales, y la aplicación de la regla del artículo 6.2 LCSP (“estarán también excluidos del ámbito de la presente ley *los convenios que celebren las entidades del sector público con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado*, siempre que su contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta ley o en normas administrativas especiales”) no parece fácil, por más que el artículo 47 de la Ley 40/2015 (régimen jurídico del sector público) insista en que *los convenios no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos*. Es ahora, por tanto, el criterio de si la Administración adquiere o recibe algo constitutivo de un bien, una obra o un servicio a cambio de una contraprestación lo que determina la aplicación de los esquemas contractuales.

3.2 La CPP institucional

La CPP de matiz institucional tiene dos formas sustanciales en el derecho español actual: la sociedad de economía mixta y el consorcio. Respecto de las primeras, solo interesa destacar aquí lo previsto con carácter general en el artículo 28.3 de la LCSP, conforme al cual, “de acuerdo con los principios de necesidad, idoneidad y eficiencia establecidos en este artículo, *las entidades del sector público podrán*, previo cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos, celebrar contratos *derivados de proyectos promovidos por la iniciativa privada*, en particular con respecto a los contratos de concesión de obras

y concesión de servicios, incluidos en su modalidad de sociedad de economía mixta”, además de lo previsto en la ya citada DA vigésimo segunda de la LCSP.

Con relación a los consorcios, recuérdese que los artículos 118 y siguientes de la Ley 40/2015 los regula como “*entidades de derecho público, con personalidad jurídica propia y diferenciada, creadas por varias administraciones públicas o entidades integrantes del sector público institucional, entre sí o con participación de entidades privadas, para el desarrollo de actividades de interés común a todas ellas dentro del ámbito de sus competencias*”, tipificando, como se ve, los consorcios público-privados.

La posibilidad de crear este tipo de entes mediante convenio, en su caso previa autorización legal (art. 123), su necesaria adscripción a una Administración (art. 9), su caracterización a efectos de la Ley 47/2003 como parte del sector público administrativo o empresarial, más la regla final de que “cuando las administraciones públicas o cualquiera de sus organismos públicos o entidades vinculados o dependientes sean miembros de un consorcio, *no estarán obligados a efectuar la aportación al fondo patrimonial o la financiación a la que se hayan comprometido para el ejercicio corriente si alguno de los demás miembros del consorcio no hubiera realizado la totalidad de sus aportaciones dinerarias correspondientes a ejercicios anteriores a las que estén obligados*” (DA décima de la Ley 40/2015) constituyen normas suficientes para utilizar esta figura como cauce habitual de la CPP institucionalizada. No obstante, como se verá a continuación, la necesidad de agilizar la ejecución de los fondos europeos del plan ha motivado un tratamiento peculiar.

3.3 La ampliación de la noción de CPP: la participación privada en la tarea pública

Si bien tradicionalmente la CPP podía adscribirse a alguno de los dos grandes campos, CPP institucional y CPP contractual (sustancialmente, la figura concesional en todas sus variantes), lo cierto es que hoy debe ampliarse la figura para incluir otras formas en las que el fenómeno se reproduce, aunque con algunas matizaciones. Durante mucho tiempo, la CPP implicaba o bien que el poder público era titular y entregaba la gestión de una actividad o ejecución de una tarea mediante contrato, o bien que el operador privado participaba en la ejecución de alguna tarea pública.

Ahora el fenómeno es notablemente diferente: retirado el poder público incluso de la mera “titularidad” de ciertas actividades (los viejos servicios públicos transformados en servicios económicos de interés general), los agentes privados se ocupan ya con normalidad de tareas que convencionalmente identificamos como “públicas”: contribuyen a la creación misma de la “norma” de ciertas clases de procesos (normas técnicas), se implican en la determinación de la legalidad de la actividad privada (cumplimiento normativo), acreditan el cumplimiento de normas jurídicas (certificación de actividades o productos...) o ejercen privadamente “funciones públicas”. Por otra parte, la necesidad pública a la que contribuye la colaboración privada no radica ya en la financiación, la

agilidad de la gestión, el conocimiento, experiencia y riesgo empresarial que aporta el sector privado en relación con una prestación o conjunto de prestaciones y servicios, sino en otras finalidades (la recuperación y transformación de la economía) que tiene que ver con la estrategia, a largo plazo, del Estado.

La participación privada en la tarea pública se transforma en habitual. Por eso pueden ahora mencionarse también como formas de colaboración público-privada: la participación de los sujetos privados en las *consultas previas* al mercado o en los procesos de observación y vigilancia tecnológica del mercado y la innovación y su contribución a la definición final misma del objeto del contrato (que se materializa en una *prestación en buena parte definida* o desarrollada por el *operador*) en los procedimientos de *diálogo competitivo*, y en la asociación para la innovación. Igualmente puede añadirse al fenómeno la participación en las solicitudes de “*manifestaciones de interés*” que se han implantado entre nosotros, para definir el marco del apoyo financiero público a unos u otros proyectos, dentro de una acción previamente programada por el poder público.

Son otras tantas vías en las que la simple participación competitiva del sector privado en las tareas públicas se diluye y otras tantas formas en las que el tradicional “fomento” pierde sus perfiles tradicionales. Expresión muy acabada de todo ello es el tratamiento del tópico colaboración público-privada en el Real decreto-ley 36/2020.

3.4 El Real decreto-ley 36/2020¹⁴: PERTE, subvenciones, consorcios, convenios y contratos

La norma, específicamente dictada para gestionar la ejecución en España del *Instrumento Europeo de Recuperación*¹⁵, menciona reiteradamente la CPP desde la exposición de motivos: “*La colaboración público-privada será clave para la ejecución de los distintos proyectos tractores contemplados en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, siendo necesario adaptar el marco normativo de los instrumentos de la colaboración público-privada a fórmulas que, manteniendo los controles y exigencias comunitarias, permitan fórmulas más flexibles y adaptativas a los requerimientos de los proyectos financiables con el Instrumento Europeo de Recuperación*”.

Además de otras medidas, como es ya conocido, se introduce una nueva nomenclatura, que quiere ser un nuevo instrumento de CPP: “*Se recoge una nueva figura de colaboración público-privada: los Proyectos Estratégicos para la Recuperación y Transformación Económica (PERTE) (...) Esta nueva figura se crea con vocación de permanencia, para incluir en nuestro ordenamiento nuevos instrumentos de colaboración público-privada que permitan una gestión ágil, si bien resulta especialmente interesante su aplicación en el ámbito del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, ya que con ella se pretende reforzar aquellos proyectos incluidos en el mismo que contribuyan claramente al crecimiento económico, al empleo y a la competitividad de nuestro país, corrigiendo el fallo de mercado de infrainversión cuando las iniciativas privadas no se materializan debido a los riesgos significativos y a la necesaria colaboración público-privada que entrañan este tipo de proyectos...*”.

¿Qué es un PERTE?¹⁶ En primer lugar, pese a la declaración de la exposición de motivos del Real decreto-ley 36/2020¹⁷, se trata de una figura limitada a la ejecución de aquellos proyectos o acciones incluidos en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia¹⁸. Así resulta del artículo 8.3 del citado real decreto-ley, pues uno de los criterios para valorar un proyecto como PERTE es que “contribuya de forma concreta, clara e identificable a uno o más objetivos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de la economía española, en particular en lo que se refiere a los objetivos marcados a nivel europeo en relación con el Instrumento Europeo de Recuperación”.

En segundo lugar, es también conocido¹⁹ que no cualquier acción o proyecto puede ser calificado de PERTE, sino que ha de tratarse de un proyecto (único o conjunto de acciones integradas) de carácter estratégico²⁰, con gran *capacidad de arrastre* para el crecimiento económico, el empleo y la competitividad de la economía española y en el que coincidan los requisitos identificados en ese mismo artículo 8.3: que suponga una *importante contribución* al crecimiento económico, implique un *carácter innovador* o aporte un importante valor añadido en términos de I+D+i, que implique un tamaño o un alcance *particularmente grandes*, o que suponga un nivel de *riesgo tecnológico o financiero muy elevado*.

Más importante que esta caracterización es el complejo mecanismo que permite otorgar esa categoría o calificación al proyecto. A tal efecto, es necesario un acuerdo del Consejo de Ministros, acompañado de una memoria explicativa (ficha), con la planificación de medidas de apoyo y *los instrumentos de colaboración público-privada* proyectados, y con los requisitos para la identificación de los posibles interesados. La regulación de cada PERTE deberá recoger claramente la definición y el alcance del mismo, así como los requisitos cuantitativos y cualitativos que deberán acreditarse y los criterios de valoración de estos.

La condición de partícipe en un PERTE se instrumentaliza en dos fases: inscripción genérica en el Registro Estatal de Entidades Interesadas y acreditación (en la sección correspondiente a cada uno) que permite a la entidad constatar que realiza actividades vinculadas con el interés público que encarna cada uno de los PERTE: la condición de entidad acreditada deberá realizarse para cada uno de los PERTE).

De conformidad con el artículo 11 de la norma comentada, tal inscripción en el registro podrá ser considerada como *requisito necesario para ser beneficiario de ayudas*, si así consta en las bases reguladoras, o en la convocatoria, de acuerdo con la planificación de medidas de apoyo y colaboración público-privada proyectadas.

Finalmente, la norma en su exposición de motivos dice que la formalización e instrumentación jurídica de los PERTE se realizará de conformidad con la legislación aplicable, respetando en cualquier caso los principios de concurrencia, no discriminación y competencia de los mercados, y el artículo 8.4 concluye diciendo: “la ejecución de los PERTE se llevará a cabo a través de cuantos mecanismos estén previstos en el ordenamiento jurídico, salvo las especialidades contenidas en los artículos siguientes”. Del texto se desprenden, en efecto, normas peculiares en diferentes materias (título

IV) de las cuales ahora interesan las previstas en el capítulo VII, “Instrumentos de colaboración público-privada”, que incluye normas particulares en materias de CPP a través de subvenciones, por una parte, y, por otra, consorcios y sociedades de economía mixta (CPPI).

Con relación a las primeras (y recordemos que el acuerdo del Consejo de Ministros que declare un proyecto como PERTE debe contener una referencia a los instrumentos de colaboración público-privada previstos), la novedad reside en la aplicación peculiar del artículo 11.3 de la Ley 38/2003, general de subvenciones (agrupación de entidades públicas o privadas o entidades sin personalidad), exigiéndose un acuerdo interno que regule su funcionamiento con el contenido mínimo indicado en el artículo 67.2 (presupuesto, compromisos de ejecución, representante o apoderado único, organización de la agrupación, acuerdos sobre responsabilidad, propiedad y protección de los resultados). Por otra parte, (art. 67.4) “todos los miembros de la agrupación tendrán la consideración de beneficiarios de la subvención, y serán *responsables solidariamente respecto del conjunto de actividades subvencionadas* a desarrollar por la agrupación, incluyendo la obligación de justificar, el deber de reintegro o de reembolso de cuotas de préstamos y las responsabilidades por infracciones”.

A todo esto hay que sumar la urgencia por razón de interés público, con plazos reducidos, y la inaplicación práctica de la valoración comparativa con otros proyectos (art. 62, subvenciones en concurrencia no competitiva), más la simplificación de la documentación y requisitos exigidos, con desembolsos previos a la ejecución.

El primero de los PERTE ya aprobado ha optado por este conjunto de fórmulas subvencionales, con remisión a los citados artículos de la LGS y el RDL 36/2020²¹. La débil capa de legalidad de la que se le ha dotado obligará a fortalecer los controles *a posteriori*, pero este aspecto parece haberse orillado de momento.

Con la misma finalidad de ejecución, se recoge un régimen especial de los consorcios para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de la economía española, pudiéndose crear previo informe favorable del comité técnico respecto a la creación de cada consorcio y con relación a cada proyecto, *sin necesidad de la autorización legal* que exige el artículo 132.2 de la Ley 40/2015²².

Si se prescinde ahora del tratamiento singular de las sociedades de economía mixta, a efectos prácticos, la CPP queda, por tanto, limitada al régimen peculiar de los PERTE, a los *consorcios* (público-privados)²³, al tratamiento peculiar que se pueda dar a los convenios, a las *subvenciones* (y a las agrupaciones de solicitantes) y a determinados *contratos*. Y, entre estos últimos, además de las concesiones, debe incluirse la asociación para la innovación, de la cual la norma con la que de momento contamos ni dice nada ni añade nada respecto del escaso régimen contenido en la LCSP.

Grave omisión si se piensa que una de las líneas o *políticas palanca* de las incluidas en el Plan Español de Recuperación (IV. Una Administración para el siglo XXI)²⁴ y muchos de sus componentes (Componente 11: Modernización de la Administración pública) suponen la “*digitalización de las administraciones públicas*, particularmente con

proyectos tractores en ámbitos clave como el empleo, la *seguridad social* y las políticas de *inclusión*, la justicia, simplificando la relación con la ciudadanía y (...) el refuerzo de la ciberseguridad”²⁵.

Se trata, por tanto, de otras tantas prestaciones, otros tantos servicios que las administraciones públicas deben *adquirir* a través del esquema contractual²⁶. Prescindir del procedimiento específicamente diseñado en el derecho europeo para la innovación para adquirir prestaciones que el mercado no ofrece en el momento presente, con la flexibilidad y el largo plazo que ofrece el procedimiento AI, es también olvidar el *componente estratégico de la contratación pública* recientemente adquirido entre nosotros.

En cualquier caso, a consecuencia de la aplicación de las normas especiales mencionadas a todos los procedimientos contractuales, el régimen resultante, también para el procedimiento de asociación para la innovación, es el siguiente: supresión de la autorización para contratar respecto de los contratos del Estado (art. 49 RDL 36/2020), tramitación urgente y preferente del expediente. Pero, en cualquier caso, la falta de desarrollo reglamentario de ciertos aspectos de la AI hace difícil el recurso a este instrumento contractual, justamente cuando más innovación parece demandar la *Administración pública del siglo XXI*.

4 CONCLUSIONES: LA SUPERACIÓN DE LA TRADICIONAL CPP. LAS ALIANZAS INDUSTRIALES ESTRATÉGICAS

Nacida en el ámbito de la financiación privada de infraestructuras públicas o en la prestación de servicios *en lugar* de la Administración, hace tiempo ya que la colaboración público-privada ha desbordado ese estricto ámbito y se hace presente no solo en el ámbito de la prestación de servicios a las personas, sino también en el ámbito de la política de investigación, innovación y desarrollo, extendiéndose hasta la política industrial.

Debe recordarse, en primer lugar, el importante papel de las asociaciones público-privadas en el contexto del programa Horizonte 2020, cuyo más acabado ejemplo fueron las Iniciativas Tecnológicas Conjuntas²⁷, en las que la Unión y la industria financiaron iniciativas emblemáticas en aeronáutica, la investigación farmacéutica, las pilas de combustible, el hidrógeno (FCH) y la nanoelectrónica.

La justificación de esta colaboración público-privada, lejos del entorno histórico, radicaba en que “*la importancia de los sectores*, la complejidad de los retos y las tecnologías, la duración de los plazos y la magnitud de las inversiones necesarias son tales que *la ayuda pública a proyectos concretos no es eficaz*. Resultan entonces necesarias unas asociaciones estructuradas entre los sectores público y privado para desarrollar, financiar y ejecutar conjuntamente ambiciosos programas de investigación e innovación”. Las Agendas de Innovación Estratégica acordadas con los Estados miembros y la industria, en el marco de aquellas Asociaciones²⁸ de Investigación e Innovación, y las *misiones de investigación e innovación* (que involucran no solo a la industria, sino también

a los ciudadanos y sus organizaciones) apuntan a nuevas formas de colaboración, al menos en el Espacio Europeo de Investigación.

Recientemente, aunque con raíces en el siglo pasado, la temática genérica de la colaboración público-privada parece haberse desplazado, en la UE, aún un poco más, como consecuencia genérica de la globalización, por una parte, y de la reciente crisis sanitaria, por otra. A este contexto no es ajeno el Mecanismo Europeo de Recuperación y Resiliencia, aunque el plan español no parezca prestarle suficiente atención. La toma de conciencia de las dependencias de la UE ha motivado la búsqueda de un *nuevo modelo de industria* para Europa²⁹ recién actualizado³⁰, en el que se insiste en las alianzas industriales en esferas estratégicas que deberían complementar a las asociaciones público-privadas. Se trata de una nueva perspectiva en la que las alianzas privadas de la industria europea convergen con asociaciones de participación público-privada y con los proyectos importantes de interés común europeo (PIICE). Ahora la finalidad parece ser, directamente, hacer posible una política de *independencia económica* frente a los riesgos de la globalización. Los ejemplos son en este momento expresión de un deseo europeo de seguir desempeñando un papel protagonista en la evolución industrial: alianza sobre tecnologías de procesadores, semiconductores y computación periférica y en la nube; alianza de lanzadores espaciales; alianza para la aviación de emisión cero y configuraciones disruptivas de aeronaves (por ejemplo, con hidrógeno o electricidad).

Es a todo este contexto al que quizá intentó referirse el Real decreto-ley 36/2020 en su apelación a la trascendencia de la colaboración público-privada, más que a la tradicional CPP, que, tal como se ha expuesto, aunque esté llamada a desempeñar cierto papel en la ejecución del Plan Nacional de Reconstrucción y Resiliencia, no responde ya a las nuevas sinergias de la industria europea y al papel que los poderes públicos quieren asignarle.

5 BIBLIOGRAFÍA

- AECA (Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas). 2015. «Contabilización de las fórmulas de colaboración público-privada desde el punto de vista de la Administración pública», en *Documentos AECA*, 9.
- Esteban Ríos, J. 2021. «El fomento del modelo concesional y la correcta ejecución del plan de recuperación», en *Observatorio de Contratación Pública*, 05/7/21. (Disponible en: <https://acortar.link/OnXjeE>).
- Pascual Esteve, J.M. 2017. *Las políticas de nueva gobernanza pública y los sistemas de gobernación en el Ayuntamiento de Barcelona 1979-2016. Estudio de caso. (Tesis doctoral)*. Barcelona: Universidad de Barcelona.
- Rivero Ortega, R. (dir.) 2021. *Modernización de la Administración Pública para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Comentarios de emergencia al Real decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre*. Salamanca: Ratio Legis.

Tomé Domínguez, P. 2022. «La Asociación para la Innovación como instrumento de ejecución del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia», en *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, 214.

NOTAS

- 1 Pascual Esteve, 2017: 158. Este es el fenómeno de fondo que se observa en la idea de los “PERTE” o Proyectos Estratégicos para la Recuperación y Transformación Económica, a los que se les pide que, a través de la colaboración público-privada, sean capaces de producir un efecto arrastre de crecimiento e innovación cualitativa y cuantitativamente importante en la economía nacional.
- 2 Véase, el *Libro verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones* (COM(2004) 327) p. 13: “La Comisión podría plantearse proponer una acción legislativa destinada a coordinar los procedimientos de adjudicación de concesiones en la Unión Europea; esta nueva legislación se sumaría a los textos vigentes en materia de adjudicación de contratos públicos...”.
- 3 *Ibidem*, p. 9. Se ejemplifica esta modalidad con la referencia a los peajes sombra del Reino Unido, Finlandia y Portugal.
- 4 *Ibidem*, p. 10.
- 5 Un estudio comparado de las diferentes funcionalidades y figuras de la CPP fue realizado en 2008 por E. Besson para el primer ministro francés bajo el título *Mieux acheter pour un meilleur service public: des marchés publics complexes aux partenariats publics-privés*, con atención a las múltiples modalidades en los derechos alemán, británico, español, italiano y francés.
- 6 Se mencionaban como ejemplos de CPP asociativas o institucionalizadas el *Kooperationsmodell*, las CPP asociativas o las *joint-ventures*.
- 7 El citado *Libro verde* añadía, en la p. 20, nota 51: “El carácter mixto de una entidad que participa en un procedimiento de licitación no implica ninguna excepción a las normas aplicables en el marco de la adjudicación de un contrato público o una concesión. Únicamente los casos en los que la entidad en cuestión responda a las características de entidad *in house*, en el sentido contemplado en la jurisprudencia *Teckal* del Tribunal de Justicia, permitirán que el poder adjudicador no aplique las normas habituales”.
- 8 *Ibidem*, p. 20.
- 9 2008/CE 91/02, DOUE C 91 de 12/04/2008.
- 10 Véase AECA, 9.
- 11 El Tribunal de Cuentas Europeo, en el *Informe especial 09/2018: Asociaciones público-privadas en la UE: Deficiencias generalizadas y beneficios limitados*, apreció importantes deficiencias en el modo en que se había desarrollado la CPP en el ámbito de las infraestructuras públicas.
- 12 El periodo de recuperación de las inversiones que habrá de considerarse para la duración máxima de las concesiones viene determinado, entre otros parámetros, por la aplicación de lo previsto en la Ley 2/2015 de desindexación de la economía. A estos efectos, la tasa de descuento a aplicar en estos casos será “el rendimiento medio en el mercado secundario de la deuda del Estado a treinta años incrementado en un diferencial de hasta 300 puntos básicos”. Una nota sobre esta cuestión, en Esteban Ríos, 2021.
- 13 Sobre el imperdonable olvido de la asociación para la innovación como fórmula de ejecución de los nuevos fondos europeos, *vid.* Tomé Domínguez, 2022: 214.
- 14 La norma contiene diferentes habilitaciones de desarrollo reglamentario que no son contempladas aquí. Por ejemplo, el Registro Estatal de Entidades Interesadas en los PERTE, que debe ser objeto de desarrollo reglamentario por parte del Ministerio de Hacienda (disposición adicional primera) o la habilitación a cada uno de los ministros competentes por razón de la materia para desarrollar cada una de las secciones adicionales diferenciadas para cada uno de los PERTE. Igualmente importante es la habilitación implícita para el desarrollo reglamentario del Fondo de Restauración y Resiliencia (disposición final sexta).
- 15 Reglamento (UE) 2020/2094 del Consejo, de 14 de diciembre de 2020, por el que se establece un Instrumento de Recuperación de la Unión Europea para apoyar la recuperación tras la crisis de la COVID-19 (DO L 433 de 22/12/2020, p. 23).
- 16 Confiesa la exposición de motivos de la norma que, con esta figura, “se trata de reflejar a nivel nacional los proyectos importantes de interés común europeo”. Se trata, en todo caso, de un muy pálido reflejo, que no obstante ha copiado parte de la terminología propia de la figura. Los PII-CE, de conformidad con la vigente comunicación (*Comunicación interpretativa para el análisis de la compatibilidad con el mercado interior de las ayudas para fomentar la realización de proyectos importantes de interés común europeo* 2014/C 188/02, DOUE C188 de 20/06/2004), “están pensados para reunir sectores públicos y privados con el fin de realizar proyectos a gran escala que aporten importantes beneficios a la Unión y sus ciudadanos”, implican un efecto de cierta magnitud de innovación y arrastre e integran grandes iniciativas empresariales disruptivas.
- 17 Véase un primer examen en Rivero Ortega, 2021.
Debe señalarse que, de conformidad con el artículo 19-3 del Reglamento (UE) 2021/241 y el anexo 5 del mismo, a la hora de evaluar cada uno de los planes nacionales, uno de los criterios que debe manejar la Comisión es el siguiente: “el conjunto de disposiciones propuestas por los Estados miembros en lo que se refiere a la organización de la ejecución de las reformas e inversiones (incluidas las disposiciones para garantizar una dotación de personal suficiente) son fiables”.
- 18 La exigencia de los planes nacionales de recuperación y su régimen se deriva singularmente del capítulo III del Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de febrero de 2021 (DOUE L, n. 57 de 18/02/2021) por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia.
- 19 Las más de 15 solicitudes de “manifestaciones de interés” que se han lanzado hasta el momento, en el ámbito industrial, de la transición verde, de la digitalización, del reto demográfico y lucha contra la despoblación, tienen como finalidad principal identificar los proyectos más maduros y de mayor impacto para el despliegue del plan e *identificar un primer grupo* de PERTE, afirma el Plan Español de Recuperación y Resiliencia en el texto que se conoce.
- 20 El primero de los PERTE fue aprobado por el Consejo de Ministros de 13 de julio de 2021 (BOE del 17), el denominado “vehículo eléctrico y conectado”, que recibió la autorización de la Comisión Europea el 9 de diciembre de 2021. El apartado 13 de la memoria del denominado PERTE VEC se destina a justificar el cumplimiento de las exigencias del real decreto-ley comentado. También se define un sistema de gobernanza en estos términos: “se requiere de una gobernanza que integre la colaboración público-privada, para contar con la participación de todos los actores relevantes y garantizar un diálogo permanente, para lo que se crea la Alianza para el vehículo eléctrico y conectado. Esta alianza, presidida por la persona titular del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, integrará al Grupo de Trabajo Interministerial y a la Mesa de la Automoción, definida en el Plan Estratégico de Apoyo Integral al Sector de Automoción 2019-2025, en la que ya participan los sindicatos y asociaciones empresariales más representativas, así como las comunidades autónomas”. El acuerdo del Consejo de Ministros crea los organismos aludidos al amparo del artículo 22.3 de la Ley 40/2015 y estima la contribución del sector público en 4.295 millones más una inversión privada de 19.714 millones de euros. La publicación en el BOE no incluye los anexos a los que se refiere el propio acuerdo del Consejo de Ministros, que han de localizarse en la memoria (no incluida).

- 21 Dice así la memoria descriptiva del PERTE VEC (disponible en: <https://acortar.link/Qze51d>, p. 79): “Las entidades interesadas en presentar una propuesta para desarrollar un proyecto en el marco de la línea de actuación integral para el desarrollo y la fabricación del VEC se deberán constituir como una agrupación de empresas sin personalidad jurídica y suscribir con carácter previo a la formalización de la solicitud un acuerdo interno que debe incluir, al menos, lo dispuesto en el artículo 67.2 del Real decreto-ley 36/2020. Este acuerdo de agrupación podrá condicionarse a ser declarada la entidad beneficiaria de la ayuda por resolución de concesión definitiva tal y como contempla el citado Real decreto-ley 36/2020. Las agrupaciones así definidas son las beneficiarias de los apoyos que se den en el marco de esta línea del PERTE VEC, de conformidad con el artículo 67 del Real decreto-ley 36/2020 y el artículo 11.3 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones (en adelante, LGS). No podrá disolverse la agrupación hasta que haya transcurrido el plazo de prescripción previsto en los artículos 39 y 65 de la LGS, y, en los casos en que el apoyo sea en forma de préstamo, hasta que se haya amortizado por completo. Además, las agrupaciones deberán reunir los siguientes requisitos: a) Estar organizadas en torno al sector industrial de automoción con una composición, como mínimo, de cinco empresas. b) La entidad debe estar integrada, al menos, por un 40% de pymes participantes. c) Deberán contar con la colaboración de, al menos, una entidad que sea proveedora de conocimiento y que como tal tenga la capacidad técnica y organizativa suficiente para la realización de las actividades de I+D+i que incorpore el proyecto tractor. Esta entidad proveedora de conocimiento puede ser una de las empresas. d) Tener implantación en un ámbito geográfico que abarque al menos a dos CC.AA.”
- 22 Quizá el próximo PERTE que se anuncia como inminente, el ligado al idioma español como recurso, especialmente en el ámbito de la inteligencia artificial, se acoja a la fórmula consorcial, que parece más adecuada dado el carácter de “bien común” del objeto que quiere utilizarse como recurso económico.
- 23 El ejemplo más cercano a estos nuevos consorcios son los bien conocidos consorcios CIEN del CDTI (Centro de Desarrollo Tecnológico Industrial, entidad pública empresarial que se rige en sus relaciones con terceros por el derecho privado). Se trata de proyectos de investigación industrial y de desarrollo experimental desarrollados en colaboración efectiva por agrupaciones empresariales en los que, sin embargo, la colaboración público-privada no aparece inicialmente, sino por la *obligatoria subcontratación de parte de su ejecución en favor de organismos públicos de investigación*.
- 24 Gobierno de España: *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*, de 27 abril de 2021, p. 26, “plantea por ello una modernización de la Administración para responder a las necesidades de la ciudadanía y la economía en todo el territorio. Se basa en la digitalización de los servicios y del funcionamiento de la Administración, y la transición energética de la infraestructura y parque público”.
- 25 *Ibidem*, p. 66.
- 26 Piénsese, simplemente, si no será necesario un esquema contractual de colaboración público-privada, articulado bajo la fórmula asociación, para la innovación si el sistema de seguridad social demanda un sistema de inteligencia artificial a fin de detectar el fraude en la percepción de sus prestaciones.
- 27 Véanse la Comunicación COM(2011) 572 final *Las asociaciones en la investigación y la innovación* y la Comunicación COM(2013) 0494 *Las asociaciones público-privadas en Horizonte 2020: una potente herramienta para la innovación y el crecimiento en Europa*.
- 28 COM(2020) 628 *Un nuevo EEI para la investigación y la innovación* de 30/09/2020.
- 29 COM(2020) 102, 10/03/2020.
- 30 COM(2021) 350 *Actualización del nuevo modelo de industria de 2020: Creación de un mercado único más sólido para la recuperación de Europa*, 5/05/2021.