

LA COL·LABORACIÓ PUBLICOPRIVADA EN EL PROCÉS D'EXECUCIÓ DELS PLANS FINANÇATS AMB FONDS NEXT GENERATION EU: MÉS ENLLÀ DE LA TRADICIONAL DISTINCIÓ ENTRE FORMES ORGANITZATIVES I FORMES CONTRACTUALS, L'ESPECIAL RELLEVÀNCIA DE LES SUBVENCIONS

Elisenda Malaret Garcia*, Xavier Padrós Castellón**

Resum

El treball analitza el model institucional dissenyat específicament per executar el Pla de recuperació, transformació i resiliència, a partir del Reial decret llei 36/2020, de 30 de desembre, pel qual s'aproven mesures urgents per a la modernització de l'Administració pública i per a l'execució del Pla esmentat, amb especial atenció a les diverses formes i instruments de col·laboració publicoprivada, tant de nova creació (projectes estratègics per a la recuperació i transformació econòmica), com preexistents (consorcis, societats mixtes), així com al paper especialment rellevant reservat a les subvencions. L'examen del dret positiu i dels diferents programes instrumentats mostra com les eines típiques de l'activitat de foment es configuren com el component principal d'aquesta col·laboració publicoprivada, amb una gran versatilitat per encarrilar els fons públics i privats i organitzar la cooperació entre empreses i entre centres de recerca, en contrast amb les limitacions que presenta l'actual configuració de la contractació pública com a motor de la recuperació econòmica.

Paraules clau: col·laboració publicoprivada; fons europeus Next Generation; activitat de foment; subvencions; contractes; concessions.

PUBLIC-PRIVATE COLLABORATION IN THE PROCESSES OF IMPLEMENTATION OF PLANS FINANCED WITH NEXT GENERATION EU FUNDS: BEYOND THE TRADITIONAL DISTINCTION BETWEEN ORGANISATIONAL ARRANGEMENTS AND CONTRACTUAL ARRANGEMENTS, AND THE SPECIAL RELEVANCE OF GRANTS

Abstract

This study analyses the institutional model specifically designed to implement the Spanish Recovery, Transformation and Resilience Plan, based on Royal Decree-Law 36/2020, of 30 December 2020, which approves urgent measures for the modernisation of the public administration, and for the implementation of the aforementioned plan, with special attention to the various arrangements and instruments for public-private collaboration, both newly created ones (strategic projects for the recovery and economic transformation), and pre-existing ones (consortia, joint ventures), as well as to the particularly relevant role reserved for grants. The examination of the positive law and of the different programmes put in place shows how the typical tools for promotion activities are configured as the main component of this public-private collaboration, with great versatility for directing public and private funds and organising cooperation between companies and between research centres, in contrast to the limitations of the current configuration of public procurement as the driving force behind economic recovery.

Key words: public-private collaboration; NextGenerationEU funds; promotion activities; grants; contracts; concessions.

* Elisenda Malaret Garcia, catedràtica de Dret Administratiu a la Universitat de Barcelona. elisenda.malaret@ub.edu.

** Xavier Padrós Castellón, professor de dret constitucional a la Universitat de Barcelona. xpadros@ub.edu.

Article rebut el 09.11.2021. Avaluació cega: 12.11.2021 i 16.11.2021. Data d'acceptació de la versió final: 16.11.2021.

Citació recomanada: Malaret Garcia, Elisenda, i Padrós Castellón, Xavier. (2021). La col·laboració publicoprivada en el procés d'execució dels plans finançats amb fons NextGenerationEU: més enllà de la tradicional distinció entre formes organitzatives i formes contractuals, l'especial rellevància de les subvencions. *Revista Catalana de Dret Públic*, 63, 39-60. <https://doi.org/10.2436/rcdp.i63.2021.3748>.

Sumari

Introducció

1 El context: la rellevància de la identificació precisa de la finalitat dels fons NextGenerationEU i la significació del seu limitat abast temporal

2 La “reinvenició” de la col·laboració publicoprivada: projectes i programes concrets

2.1 Els projectes estratègics per a la recuperació i transformació econòmica (PERTE)

2.2 La via de les subvencions: el recurs a l'instrument tradicional per dirigir la transformació de les estructures econòmiques. Algunes referències significatives

3 La col·laboració en la realització de missions d'interès general: instrumentació mitjançant formes contractuals vs. formes amb una empremta unilateral més o menys intensa

3.1 La necessària articulació de les voluntats en el procés d'atorgament i execució de les subvencions

3.2 La “construcció” de la col·laboració publicoprivada com a concessió

3.3 La col·laboració inherent a l'activitat de foment, encara que s'instrumenti mitjançant subvencions

4 El paper de la contractació pública com a motor per a la recuperació econòmica

4.1 Normes específiques per a contractes que s'hagin de finançar amb fons procedents del PRTR

4.2 Modificacions de l'LCSP

4.3 Una possible recuperació del contracte de col·laboració entre el sector públic i el sector privat?

Consideracions finals

Bibliografia

Introducció

Aquest treball examina el model institucional dissenyat específicament per executar el Pla de recuperació, transformació i resiliència (PRTR)¹ a partir del Reial decret llei 36/2020, de 30 de desembre, pel qual s'aproven mesures urgents per a la modernització de l'Administració pública i per a l'execució del Pla esmentat. Analitzarem com s'articulen les relacions entre l'Administració i els privats, un marc caracteritzat pel vector "col·laboració", quins són els seus antecedents, quin és el seu abast i en quina mesura es tracta efectivament d'un model innovador.

Cal advertir d'entrada, però, que a hores d'ara no es disposa de prou distància ni de suficients elements per fer una anàlisi amb profunditat del model institucional al qual s'acaba de fer referència. El poc temps transcorregut des de l'adopció del disseny legal en qüestió (publicat al BOE de 31 de desembre de 2020) i el nombre limitat de programes i d'instruments posats a punt fins ara dificulten l'examen i, per tant, en aquest treball s'haurà de procedir de manera exploratòria.

L'RDL 36/2020, de 30 de desembre (d'ara endavant, RDL 36/2020 o RDL), ha recuperat de nou l'expressió *col·laboració publicoprivada* en un text legal, preveient, com es veurà més endavant, la formalització de "noves formes de col·laboració publicoprivada", bàsicament sota la fórmula dels denominats projectes estratègics per a la recuperació i transformació econòmica (PERTE),² i acollint, sota la rúbrica d'"instruments de col·laboració publicoprivada", un ventall molt heterogeni de tipus organitzatius –les agrupacions sense personalitat jurídica,³ els consorcis i les societats mixtes⁴ que suposen l'adaptació de tipus ja existents.⁵ Cal tenir present igualment que l'RDL també ha introduït algunes modificacions en el marc legal vigent en matèria de subvencions, uns canvis normatius que enllacen directament amb el desenvolupament del règim jurídic de les "agrupacions per a la presentació de sol·licituds a convocatòries d'ajudes", per tal de donar més consistència i durabilitat a aquesta figura, que sembla que tindrà un paper essencial en la gestió privada dels recursos públics.

Examinarem, a continuació, quines d'aquestes eines constitueixen noves figures i quines són simples modulacions d'instruments ja presents en el nostre ordenament jurídic, si bé ara poden adquirir una major rellevància i significació pràctica.

1 El context: la rellevància de la identificació precisa de la finalitat dels fons NextGenerationEU i la significació del seu limitat abast temporal

L'impacte econòmic de la crisi sanitària provocada per la COVID-19 ha estat d'una gran magnitud, amb una caiguda del PIB a Espanya del 10,8% l'any 2020,⁶ ha suposat una crisi humanitària de dimensió global⁷ i ha requerit la intervenció de no només les diferents instàncies governatives espanyoles, sinó també de les institucions europees. Les estructures productives, el teixit empresarial, les cadenes de subministrament i la distribució, en general, han quedat profundament afectades per una crisi que és exògena al mateix funcionament de l'economia. En aquest sentit, la idea de resiliència apunta cap a la direcció de reforçar la independència econòmica de la Unió Europea –"reduir la dependència"– perquè, malgrat el caràcter temporal del xoc, els seus efectes són estructurals, com s'està veient a la tardor de 2021, quan la represa de l'economia està

1 Aprovat per [Acord de Consell de Ministres](#) de 27 d'abril de 2021. Un primer esquema d'aquest Pla s'havia presentat per part del Govern el 7 d'octubre de 2020.

2 Articles 8 a 11 de l'RDL.

3 Article 67 de l'RDL i article 11.3 de la Llei 38/2003, de 17 de novembre, general de subvencions, que es refereix com a possibles beneficiàries de les subvencions a les agrupacions de persones físiques o jurídiques, públiques o privades sense personalitat.

4 Articles 68 a 69 de l'RDL.

5 En la Llei 38/2003, general de subvencions, en el primer supòsit (art. 11); en la Llei 40/2015, de règim jurídic del sector públic, amb relació als consorcis (article 123), i en la Llei 9/2017, de contractes del sector públic, pel que fa a determinats aspectes relatius a la selecció de socis en la societat mixta.

6 Segons les dades recollides explícitament en la proposta de decisió d'execució del Consell relativa a l'aprovació de l'avaluació del [Pla de recuperació i resiliència d'Espanya](#).

7 V. Informe [Crisis COVID-19: un shock sin precedentes](#) (CaixaBank Research, 2020).

generant desajustos molt importants en determinats mercats especialment internacionalitzats, com l'energètic, i en determinades cadenes de subministrament. Precisament, la naturalesa i l'abast de l'impacte expliquen la formulació de les mesures i estratègies de reforma adoptades tant a la Unió Europea com a Espanya en termes de resiliència, definida com "la capacitat de fer front a pertorbacions econòmiques, socials i mediambientals o a canvis estructurals persistents d'una manera justa, sostenible i inclusiva".⁸

Per reconstruir socialment i econòmicament el món post-COVID-19 calen recursos extraordinaris, especialment quan no només es pretén relançar l'activitat econòmica,⁹ sinó aprofitar l'actual conjuntura per escometre reformes profundes del model productiu en la direcció de la digitalització de l'economia, la transició ecològica i la descarbonització per fer front al canvi climàtic,¹⁰ i abordar reformes estructurals i transformacions per a les quals és necessària la col·laboració de tots els actors públics i també privats, i en les quals les eines de participació i l'actuació col·laborativa dels diferents nivells de govern esdevenen fonamentals.

En aquesta direcció, ja a finals del mes de maig del 2020, poc després de l'inici de la pandèmia de la COVID-19, la Comissió Europea va presentar un Pla de recuperació que incloïa un conjunt de mesures per impulsar la inversió, tant en l'esfera pública com en la privada. El Pla de recuperació va ser aprovat pel Consell Europeu (la reunió de caps d'estat o de govern) en la seva reunió extraordinària del 21 de juliol de 2020, que va assolir un acord polític de gran importància que es traduïa en dues decisions estratègiques que suposaven un canvi radical en el context europeu existent fins aquell moment: la creació de l'instrument de recuperació NextGenerationEU, de caràcter específic i temporal, i el Marc financer plurianual (MFP) per al període 2021 - 2027.¹¹ Són especialment rellevants les consideracions que encapçalen el document de conclusions del Consell:

[...] la crisis de la COVID-19 plantea un desafío de proporciones históricas para Europa. La UE y sus Estados miembros han tenido que adoptar medidas de emergencia para proteger la salud de los ciudadanos y evitar el colapso de la economía. Lentamente, estamos saliendo de la grave crisis sanitaria. Aunque sigue siendo necesario extremar la vigilancia de la situación sanitaria, ahora la atención se desplaza a mitigar los daños socioeconómicos. Esto requiere un esfuerzo sin precedentes y un planteamiento innovador que impulsen la convergencia, la resiliencia y la transformación en la Unión Europea.

En conjunt, aquest paquet d'actuacions ha de mobilitzar 1,8 bilions d'euros, dels quals 750.000 milions d'euros corresponen a l'instrument de recuperació temporal. Els dos elements principals d'aquest instrument són el mecanisme per a la recuperació i la resiliència, que concentra el 90% dels fons, amb 672.500 milions d'euros, i està destinat a donar suport a les reformes i inversions per a una recuperació durable, millorar la resiliència econòmica i social i donar suport a la transició verda i digital als estats membres, i el denominat REACT-EU, amb 47.500 milions d'euros, que suposa fons addicionals en el marc de la política de cohesió per donar suport a operacions per fer front a la pandèmia, especialment en l'àmbit sanitari i educatiu, i preparar la recuperació econòmica contribuint a la transició cap a una economia verda i digital.

Dels 750.000 milions esmentats, Espanya n'ha de percebre 140.000 en forma de transferències i préstecs per al període 2021-2026, dels quals 59.000 milions d'euros provenen del mecanisme per a la recuperació i la resiliència i 12.000 del REACT-EU.

Com s'afirma expressament a les conclusions abans esmentades, les mesures adoptades van suposar un acord històric, tant per la magnitud del paquet d'incentius finançats amb càrrec al pressupost de la UE, com pel fet que, per primera vegada, la Comissió Europea accedia als mercats financers per emetre deute per finançar part d'aquestes polítiques.¹² El Pla de recuperació europeu requeria, però, la posada en comú d'inversions públiques

8 Segons la definició establerta en l'article 2 del Reglament (UE) 2021/241 del Parlament Europeu i del Consell de 12 de febrer de 2021, pel qual s'estableix el mecanisme de recuperació i resiliència.

9 Per reprendre una expressió que ha identificat el Pla adoptat a França (*Plan de Relance*). V. la [implementació](#) d'aquest pla i una [primera avaluació](#) (parcial i provisional).

10 V. les conclusions de la reunió extraordinària del Consell Europeu (17-21 de juliol de 2020) i l'exposició de motius de l'RDL 36/2020.

11 V. les [conclusions](#) esmentades a la nota anterior.

12 Per a una presentació sintètica amb les dades més rellevants, v. Kolling (2020).

i privades a escala europea. En les conclusions del Consell Europeu de 20 de desembre de 2020 s'afirma que *“la respuesta económica a la crisis del coronavirus brinda la oportunidad de acelerar la transformación y la modernización sostenibles de nuestras economías y de lograr una ventaja competitiva”*.

Aquesta darrera referència ens permet identificar bé un tret fonamental de la finalitat del volum extraordinari de recursos públics previstos. No es tracta només de recuperar l'economia, de reprendre l'activitat, de reparar danys, sinó que la mobilització d'aquest important cabal de recursos té com a objectius transformar l'economia i dur a terme reformes estructurals orientades cap a una economia i una societat climàticament neutres i digitals. En aquest context, els recursos públics han de tenir un efecte multiplicador, com a tractor de la iniciativa privada i de les inversions que aquesta ha d'acomplir. Per aquesta raó, esdevé essencial governar l'economia, dirigir, orientar l'activitat econòmica privada i és en aquest context en el qual, com veurem, les subvencions (a través de les corresponents bases reguladores) despleguen tota la seva potencialitat.

El 7 d'octubre de 2020, el Govern d'Espanya va presentar el Pla de recuperació, transformació i resiliència (PRTR), que preveia activar una mica més del 50% dels recursos que corresponen a Espanya d'acord amb l'instrument NextGenerationEU (prop de 72.000 milions d'euros) en els tres anys següents (2021-2023). Segons els requeriments comunitaris, la inversió verda se situa aproximadament en el 37% del Pla i la digitalització en prop del 33%.

En aquest context, a finals del 2020, s'aprova la Llei 11/2020, de 30 de desembre, de pressupostos generals de l'Estat per al 2021, que destina 27.000 milions d'euros per al PRTR i, el mateix dia, el Govern aprova l'RDL 36/2020, al qual ja hem fet esment.¹³

L'RDL 36/2020 té un objecte plural que, en bona part, explica la seva heterogeneïtat i que pivota sobre tres grans eixos:

- a) L'establiment del marc general per poder dur a terme les actuacions susceptibles de finançament amb fons europeus i, en particular, de l'instrument europeu de recuperació.
- b) L'execució del Pla de recuperació, transformació i resiliència (PRTR).
- c) La incorporació d'una sèrie d'instruments i mesures de modernització per facilitar la gestió dels fons esmentats.¹⁴

Envoltat d'una certa polèmica a propòsit del retard en la publicació del dictamen emès, amb caràcter potestatiu, pel Consell d'Estat (Dictamen 783/2020, de 21 de desembre), l'RDL 36/2020 va ser objecte de convalidació en la sessió del Congrés dels Diputats de 28 de gener de 2021.¹⁵

13 V. l'[RDL 36/2020](#).

14 L'article 1 de l'RDL defineix així el seu objecte: *“1. El presente real decreto-ley tiene por objeto establecer las disposiciones generales precisas para facilitar la programación, presupuestación, gestión y ejecución de las actuaciones financiables con fondos europeos, en especial los provenientes del Instrumento Europeo de Recuperación, aprobado por el Consejo Europeo del pasado 21 de julio de 2020 con la finalidad de impulsar el crecimiento económico y la creación de empleo, recuperar y reparar los daños de la crisis ocasionada por la pandemia del SARS-CoV-2, y promover un proceso de transformación estructural mediante el impulso de la inversión pública y privada y el apoyo al tejido productivo, la aceleración de la doble transición ecológica y digital, y el refuerzo y aumento de la resiliencia y de la cohesión económica, social y territorial en el marco del mercado único europeo.*

2. El real decreto-ley establece asimismo una serie de medidas para la implementación del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, que será aprobado por el Consejo de Ministros para su adopción y presentación formal ante las instituciones europeas.

3. El real decreto-ley incorpora una serie de instrumentos de carácter general dirigidos a reducir las barreras normativas y administrativas, así como un conjunto de medidas de modernización de las administraciones públicas, que permitan una gestión más ágil y eficiente, para facilitar la absorción de los mencionados fondos.

4. Las disposiciones de este real decreto-ley se aplicarán sin perjuicio de las regulaciones establecidas o que establezcan los reglamentos de la Unión Europea en relación con la gestión de los fondos europeos.”

15 V. l'[RDL 36/2020](#).

Pocs dies després d'aquesta convalidació, s'aprova i es publica el Reglament (UE) 2021/241, del Consell i del Parlament, de 12 de febrer, pel qual s'estableix el mecanisme de recuperació i resiliència (DOUE 18 de febrer de 2021),¹⁶ la qual cosa, tenint en compte la naturalesa de la font comunitària (d'aplicació directa), ha motivat que algun autor hagi plantejat fins a quin punt l'RDL 36/2020 no era innecessari.¹⁷

En tot cas, el mecanisme està concebut com un nou instrument d'ajuda financera “significativa” als estats membres i preveu expressament que les “inversions privades també es podran incentivar a través de programes d'inversió pública, instruments financers, subvencions i d'altres, *sempre que respectin les normes en matèria d'ajudes estatals*”.¹⁸ En aquest marc, els estats membres han de presentar els diferents plans nacionals que són objecte d'avaluació per les institucions europees (la Comissió proposa i el Consell aprova la decisió d'execució), d'acord amb el que estableixen els articles 19 i següents de l'esmentat Reglament.¹⁹

Seguint aquest procediment, el 30 d'abril de 2021, Espanya va presentar el seu Pla de recuperació, transformació i resiliència a la Comissió, de conformitat amb el que preveu l'article 18.1 del Reglament (UE). El Pla va ser aprovat per decisió del Consell de 13 de juliol de 2021.

Un aspecte rellevant vinculat a l'execució de les mesures del PRTR és el relacionat amb el seu control posterior. El passat 29 de setembre de 2021 el Ministeri d'Hisenda va aprovar sengles ordres al respecte: es tracta de l'Ordre HFP/1030/2021, de 29 de setembre, per la qual es configura el sistema de gestió del Pla de recuperació, transformació i resiliència, per organitzar el sistema de gestió i vigilància de les reformes i inversions incloses en el PRTR, d'acord amb el que preveu el Reglament dels fons NextGenerationEU (articles 20.6, 24.3 i 27),²⁰ i de l'Ordre HFP/1031/2021, de 29 de setembre, per la qual s'estableix el procediment i format de la informació a proporcionar per les entitats del sector públic estatal, autonòmic i local per al seguiment del compliment de fites i objectius i de l'execució pressupostària i comptable de les mesures dels components del Pla de recuperació, transformació i resiliència.²¹

Finalment, l'ampli catàleg de reformes i d'inversions públiques, que també poden incloure programes destinats a incentivar la inversió privada²² –aquest serà el fonament de la col·laboració publicoprivada instrumentada mitjançant ajuts que examinarem després–, s'ha d'adoptar en uns terminis relativament breus, expressament establerts en la normativa ad hoc europea. El Reglament (UE) determina l'obligació d'incloure el calendari com a part integrant del Pla de recuperació i resiliència i fixa el 31 d'agost de 2026 com a data per a la finalització de les reformes i inversions (article 18.3). Paral·lelament, l'exposició de motius de l'RDL 36/2020 també indica que les transferències i els préstecs a Espanya s'han de realitzar en el període 2021-2026.

En definitiva, uns períodes molt breus per endegar reformes i programar i executar inversions de gran significació econòmica i quantitativa. Precisament, el caràcter tan limitat del factor temps s'expressa i es *visibilitza* en el text de l'RDL mitjançant la utilització recurrent en l'exposició de motius del terme *absorció* referit als fons. La preocupació per com programar i gestionar eficaçment i eficientment l'ingent volum de recursos és palpable i d'aquí la necessitat imperiosa de col·laborar amb tots els actors, i molt especialment amb les empreses que són majoritàriament privades.

2 La “reinvenció” de la col·laboració publicoprivada: projectes i programes concrets

Fins a vuit vegades es fa referència en l'exposició de motius de l'RDL 36/2020 a la col·laboració publicoprivada, tant per remarcar que és clau per a l'execució dels projectes corresponents al Pla de recuperació, com per al·ludir a la necessitat d'introduir nous mecanismes i tècniques de col·laboració i indicar els que l'RDL preveu.

16 V. [Reglament \(UE\) 2021/241](#).

17 Baño León (2021: 11).

18 V. el considerant 8 del Reglament 2021/241. La cursiva és dels autors.

19 V. [Reglament \(UE\) 2021/241](#).

20 V. [Ordre HFP/1030/2021](#).

21 V. [Ordre HFP/1031/2021](#).

22 Segons estipula explícitament l'article 17.1 del Reglament (UE) 2021/241.

En la part dispositiva de l'RDL les referències a la col·laboració publicoprivada són sis, ja sigui per referir-se a noves formes de col·laboració publicoprivada i als instruments de col·laboració publicoprivada per a l'execució del PRTR de l'economia espanyola, ja sigui per preveure la possibilitat de crear grups de treball o designar unitats per establir vehicles de col·laboració publicoprivada o accions de formació d'empleats públics en la matèria.

El mateix Consell d'Estat, en el seu dictamen sobre el projecte de l'RDL, es fa ressò de la importància que s'atribueix a la col·laboració publicoprivada, tant a través de la introducció d'una nova fórmula (els projectes estratègics per a la recuperació i transformació econòmica), com mitjançant la inclusió de determinades especialitats en els instruments de col·laboració publicoprivada que es puguin utilitzar per a l'execució del PRTR.

Cal tenir en compte aquí que una part molt important dels recursos dels fons europeus van destinats a finançar la transformació de l'estructura econòmica i productiva, raó per la qual és essencial la denominada *Agenda España Digital 2025*, que preveu expressament la mobilització de recursos públics i privats²³ i, en aquest marc, l'Estratègia nacional de la intel·ligència artificial.²⁴ Paral·lelament, i en una altra direcció essencial de la transformació econòmica que es pretén escometre, la transició cap a una Europa climàticament neutre és rellevant també el denominat Pacte verd europeu, que té previst mobilitzar un terç dels 1,8 bilions d'euros d'inversions del pla NextGenerationEU,²⁵ i que s'integra en el Pla d'inversions per a una Europa sostenible, que ofereix finançament específic en el marc del mecanisme per a una transició justa en el context de la política de cohesió per tractar els costos socials, econòmics i mediambientals de la transició a una economia circular i climàticament neutra.²⁶

Tenint en compte que, en el nostre entorn econòmic d'economia de mercat, les empreses són en la seva immensa majoria de caràcter privat, l'esquema suposarà necessàriament una col·laboració publicoprivada. No és concebible, ni des del punt de vista de l'ordre constitucional de drets i llibertats –que atorga un ampli reconeixement a la propietat privada i a la llibertat d'empresa–, ni des d'una perspectiva més pràctica, que el Govern decideixi gestionar directament, mitjançant la creació d'empreses públiques el volum d'inversions mencionat. En cap moment, s'ha plantejat que la transformació de l'estructura social i econòmica hagués de suposar un capgirament de l'estructura de la propietat. En aquesta direcció, en la mesura que la pauta de comportament serà la gestió o, millor, la canalització dels recursos públics –pel seu origen– a través de les empreses privades, esdevé imperatiu trobar l'acord entre una i altra esfera, la pública que disposa dels recursos i la privada que desenvolupa l'activitat que cal transformar.

En aquest context, cal plantejar el perquè de la revifalla de l'expressió, si aporta quelcom de nou i si permet identificar o caracteritzar jurídicament unes determinades relacions jurídiques. Caldrà examinar si el recurs a les formes organitzatives s'inscriu en un context contractual d'execució de les inversions públiques, o si, per contra, en la mesura que suposen un incentiu públic per mobilitzar inversió privada, s'insereixen en una dinàmica de caràcter més unilateral com la que fins ara ha caracteritzat en el nostre ordenament jurídic les eines més típiques de l'activitat de foment, això és, les subvencions.²⁷ Certament, el recurs a les subvencions està també expressament previst a l'RDL 36/2020 (articles 60 a 65), encara que, gairebé exclusivament per modular o simplificar els requeriments procedimentals establerts, amb caràcter general, a la Llei 38/2003, de 17 de novembre, general de subvencions, i preveure la possibilitat d'incorporar la convocatòria a les bases reguladores i preveure igualment un procediment d'adjudicació de les subvencions

23 La inversió pública en el període 2020-2022 se situaria entorn dels 20.000 milions d'euros, dels quals aproximadament 15.000 milions d'euros correspondrien als diferents programes i nous instruments comunitaris de finançament del pla de recuperació NextGenerationEU, que estableix que la digitalització ha de ser un dels eixos principals per mobilitzar aquests recursos. A aquesta xifra caldria afegir la inversió prevista per al sector privat, d'uns 50.000 milions d'euros. V. [Agenda España Digital 2025](#).

24 Per seguir-ne el contingut i la finalitat, v. [Estratègia nacional de la intel·ligència artificial](#).

25 V. la [comunicació](#) de la Comissió, de 12 de desembre de 2019, sobre el [Pacte verd europeu](#), com també els seus eixos i resultats.

26 Reglament (UE) 2021/1056 del Parlament Europeu i del Consell, de 24 de juny de 2021, pel qual s'estableix el fons de transició justa.

27 Seguint l'obra seminal en aquesta caracterització de Fernández Farreres (1983).

seguint l'ordre de presentació quan per les circumstàncies concretes no es requereixi valorar les propostes de manera comparativa.²⁸

Les referències a plans i programes concrets que presentem a continuació no pretenen ser exhaustives (les característiques del treball no ho permeten), sinó que tenen com a finalitat contrastar els enunciats de l'RDL amb la seva traducció pràctica. Es tracta de fer una anàlisi que tingui en compte la realitat dels instruments efectivament adoptats, fugint d'apel·lacions buides o descontextualitzades. Entenem que només partint de l'anàlisi d'experiències concretes és possible caracteritzar de manera rigorosa l'abast i contingut de la col·laboració publicoprivada, i determinar si efectivament es tracta d'una noció jurídica o és senzillament un artefacte terminològic privat de la certesa i precisió necessàries per operar en el camp del dret.

2.1 Els projectes estratègics per a la recuperació i transformació econòmica (PERTE)

Els PERTE són una de les grans novetats de l'RDL 36/2020 (articles 8 a 10) com a formes de col·laboració publicoprivada.²⁹ No es pot desconèixer, però, que, ara com ara, només se n'ha aprovat un, el relatiu al desenvolupament d'un ecosistema per a la fabricació del vehicle elèctric i connectat (VEC), autoritzat mitjançant Acord del Consell de Ministres de 13 de juliol de 2021.³⁰ L'anàlisi del text publicat presenta algunes singularitats, tant des del punt de vista de la tècnica legislativa, com des de la perspectiva de la significació pràctica dels diferents documents que l'integren, atès que no tots han estat objecte de publicació conjunta com a annex en el BOE. Així, hi ha una remissió explícita a la seu electrònica per accedir a un document tan rellevant com la memòria,³¹ malgrat que és en el text de la memòria on consta el disseny complet del règim de "govern" d'aquest nou instrument de col·laboració; una col·laboració que es projecta en diferents direccions: entre administracions públiques de diferent naturalesa i àmbit, entre diferents empreses de sectors molt heterogenis i també amb i entre centres de recerca. Aquesta heterogeneïtat d'actors requereix d'una diversitat de fórmules que estan simplement enunciades a l'Acord del Consell de Ministres publicat: el grup de treball interministerial³² i la Mesa de l'Automoció (en què participen representants dels sindicats i de les associacions empresarials, juntament amb els de les comunitats autònomes), instàncies totes dues que s'integren en la denominada *Alianza para el VEC*,³³ juntament amb altres "actors rellevants" no identificats.

L'articulació d'aquest conjunt heterogeni, amb diferents components, pretén servir de canal de cooperació³⁴ i s'hauria d'articular mitjançant la persona titular del Ministeri d'Indústria, Comerç i Turisme, que presideix tant el grup interministerial com l'*Alianza*. En canvi, es preveu que el vicepresident sigui una personalitat del sector designada pel grup de treball interministerial.³⁵ En l'estat actual del dret positiu, les úniques funcions atribuïdes al vicepresident són d'impuls i promoció.

Aquestes tasques adquireixen especial significació, però, si es té present que la delimitació del perímetre "afectat", interessat o implicat en aquest PERTE serà un dels problemes que caldrà resoldre en les fases ulteriors

28 Per a una anàlisi de la naturalesa jurídica diferent d'un i altre instrument i la problemàtica que es pot plantejar, v. Font Llovet (2020).

29 El Consell d'Estat havia remarcat el paral·lelisme dels PERTE amb els projectes importants d'interès comú europeu (PIICE), concebuts per a projectes a gran escala que aportin beneficis rellevants a la UE i els seus ciutadans. En paraules del Consell: "*Los PERTE se definen como 'aquellos proyectos de carácter estratégico con gran capacidad de arrastre para el crecimiento económico, el empleo y la competitividad de la economía española'. Se trata de una figura que se establece en el Real Decreto-ley con alcance general y vocación de permanencia, sin estar limitada, a diferencia de lo que ocurre con los instrumentos de colaboración público-privada contemplados en el capítulo VII del título IV, a los proyectos incluidos en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia'*".

30 L'Ordre [PCM/756/2021](#), de 16 de juliol, dona publicitat a l'Acord del Consell de Ministres.

31 El text de la remissió és "*cuyos anexos pueden consultarse en la dirección electrónica <https://www.mincotur.gob.es/es-es/recuperacion-transformacion-resiliencia/Paginas/perte.aspx>*"; v. també la *Memoria Descriptiva*.

32 Seguint les previsions de l'LRJSP relatives a la creació d'òrgans col·legiats (art. 22.3). Per tant, aquest òrgan no disposa de la capacitat per prendre decisions.

33 Que també es considera emparada pel mateix precepte de l'LRJSP, cosa que no sembla gaire consistent si atenem a la seva composició plural.

34 El caràcter cooperatiu és especialment destacat en el text de la memòria, v. p. 61, no publicada en el BOE.

35 El text de l'Acord publicat indica que la "governança" del PERTE VEC es desenvolupa en l'annex II, que no ha estat objecte de publicació en el BOE.

d'execució i concreció; d'entrada, la memòria indica que s'establiran dos àmbits d'actuació –diferenciant entre mesures transformadores i mesures facilitadores– que es desglossen posteriorment en diferents blocs, encara que els termes en els quals es plantegen requeriran d'ulteriors concrecions en els instruments legals que s'adoptin per executar unes previsions que fins ara són poc precises quant a les modalitats d'execució, d'acord amb les exigències establertes en l'article 8.4 de l'RDL 36/2020. Aquest conjunt d'estratègies, de llarg abast i de perfils molt heterogenis, requereix una concreció en un instrument de caràcter normatiu precís i segur (a la qual cosa sembla fer al·lusió l'article 10.1 de l'RDL quan es refereix a “la regulació de cada PERTE”), i, en tot cas, en les “bases reguladores” (i la convocatòria) o en la planificació de les “mesures” de suport i col·laboració (previstes en l'article 11.1).

En la mesura que l'àmbit d'aplicació del PERTE és molt indeterminat, ja que no es correspon amb el perímetre del sector de l'automòbil i dels seus components tradicionals, sinó que s'amplia cap als fabricants de bateries, de piles d'hidrogen o de sistemes de recàrrega, incideix sobre la mobilitat i preveu l'impacte que significa l'economia circular.³⁶ La mateixa memòria preveu la necessitat de concrecions ulteriors en diferents formats, entre els quals s'inclouen nombrosos plans (Pla tecnològic d'automoció sostenible, Pla d'economia circular, Pla de formació i reciclatge professional) i de diversa naturalesa normativa, així com la integració de mesures prèviament adoptades (com el programa MOVES II³⁷ i III), de manera que la concreció normativa posterior de manera integrada no sembla realitzable a molt curt termini. Aquesta integració normativa en un únic marc legal segurament podria ser configurada mitjançant un instrument de naturalesa reglamentària, com les “bases reguladores” que, en aquest cas, es podrien traduir en diferents convocatòries, totes sota el mateix paraigües, de les múltiples ajudes a les quals es refereix la memòria. Aquesta opció de política normativa aportaria major certesa i seguretat jurídica.

La indeterminació inicial del PERTE del VEC –que entenem que no troba concreció suficient en un document que no té caràcter normatiu com la memòria no publicada en el BOE, que expressament es considera “descriptiva”– semblava l'ocasió adequada per crear el Registre d'entitats interessades (previst a l'article 9 RDL), ja que permetria que els mateixos actors expressessin el seu interès en vincular-se en el desenvolupament del PERTE concret. La informació disponible no permet identificar en aquests moments, però, que s'hagi procedit a la creació del registre corresponent.

S'ha optat, en canvi, per un instrument més informal, les denominades presentacions de “manifestacions d'interès” (MDI). Aquestes manifestacions, inspirades en les consultes preliminars al mercat prèvies a l'inici del procediment de contractació³⁸ i en la pràctica seguida per la Comissió Europea, permeten identificar millor l'estructura dels diferents sectors i mercats, establir possibles àmbits d'actuació i disposar de millor informació, aportant una visió més àmplia i diversificada a l'hora de dissenyar les línies de possibles projectes.³⁹ Poden igualment contribuir a agilitzar el procés de formulació de les bases reguladores i les convocatòries i la seva execució posterior.

Tornant al PERTE VEC, en la seva fase posterior, la d'articulació concreta dels projectes i de correlativa concessió dels incentius, la disposició dels fons està supeditada a l'obtenció de l'autorització per part de la Comissió Europea,⁴⁰ de manera que fins que aquesta no es pronuncï, no es podrà conèixer si la fórmula PERTE permet evitar el control puntual i minucios de cada ajut a una empresa o grup d'empreses, o bé si es considera equivalent a un programa d'ajuts.⁴¹ En aquest sentit, cal recordar que l'adopció d'un pla es configura com un

36 V. pàgina 53 i seg. de la memòria.

37 Programa d'Incentius a la Mobilitat elèctrica i sostenible, que té diferents vessants. Sobre el seu entramat normatiu, fonamentalment les bases reguladores aprovades pel Govern (Reial decret 569/2020, de 16 de juny) i l'execució per part de les comunitats autònomes, v. [descripció](#).

38 L'art. 115.1 de l'LCSP estableix: “Els òrgans de contractació poden dur a terme estudis de mercat i dirigir consultes als operadors econòmics que hi estiguin actius amb la finalitat de preparar correctament la licitació i informar els operadors econòmics esmentats sobre els seus plans i dels requisits que exigiran per concórrer al procediment”.

39 Fins ara s'han publicat 26 [manifestacions d'interès](#) relacionades amb el PRTR, 22 obertes a tots els participants i 4 dirigides a administracions públiques (ajuntaments i comunitats autònomes). Han seguit una pauta comuna, s'han adaptat als requeriments de la Comissió Europea i la participació ha estat elevada, amb 17.597 projectes presentats a les 23 manifestacions d'interès ja analitzades.

40 A data 8 de novembre de 2021, la Comissió encara [no s'hi ha pronunciat](#).

41 V., amb caràcter general, Fernández Farreres (1993).

instrument de coordinació de les diferents intervencions en l'àmbit empresarial i pretén impedir el caràcter selectiu i un tractament diferenciat i reforça l'objectivitat i transparència del procés d'assignació de les ajudes.⁴²

En tot cas, la importància d'aquest projecte és evident si es tenen en compte el paper del sector de l'automòbil en l'economia del país de manera directa i indirecta (les dades més significatives s'indiquen en l'exposició de motius) i els recursos compromesos (segons les dades que consten en la mateixa exposició de motius), atès que es preveu una inversió total de més de 24.000 milions d'euros en el període 2021-2023, amb una contribució del sector públic de 4.295 milions d'euros i una inversió privada de 19.714 milions d'euros.

2.2 La via de les subvencions: el recurs a l'instrument tradicional per dirigir la transformació de les estructures econòmiques. Algunes referències significatives

Com ja va plantejar en el seu moment una important empresa en formular una consulta a la Comissió Nacional dels Mercats i la Competència (CNMC), era previsible que el “model general fos el de la subvenció”.⁴³ I, efectivament, la instrumentació dels fons europeus s'ha realitzat bàsicament mitjançant aquesta eina típica i característica de l'activitat de foment. Destacarem algunes subvencions que són especialment significatives de com s'entenen les relacions entre l'Administració i les empreses privades o els centres de recerca.

Paral·lelament a l'Acord del PERTE VEC, s'han aprovat diferents i variades “bases reguladores” de subvencions en alguns camps molt concrets i significatius, com són les ajudes en l'àmbit de la intel·ligència artificial,⁴⁴ les de suport a les agrupacions empresarials innovadores,⁴⁵ continuadores del model de programa iniciat l'any 2006,⁴⁶ o les ajudes convocades pel Centre per al Desenvolupament Tecnològic Industrial (CDTI). Les característiques comunes d'aquests paquets d'ajudes són la integració en un únic text de les bases reguladores i la convocatòria, d'acord amb les previsions establertes pel mateix RDL 36/2020 –excepte en el cas del CDTI en què s'apliquen unes bases prèvies– i l'aplicació del procediment de concurrència competitiva per al seu atorgament.

Tot i que aquestes convocatòries no han estat encara resoltes, la seva formulació permet identificar alguns elements en comú que són d'interès en el marc d'aquest treball, com l'exigència de recórrer a una “cooperació empresarial” per sol·licitar les ajudes, ja que els projectes s'hauran de realitzar en la denominada “modalitat de cooperació” (article 16 de l'Ordre Ministerial que estableix les bases per a les ajudes d'Intel·ligència Artificial) i aquesta s'haurà d'instrumentar mitjançant una “agrupació sense personalitat jurídica”, seguint el model ja establert amb caràcter general per la Llei general de subvencions (article 17 de l'Ordre esmentada).

També resulta pertinent prendre en consideració la convocatòria de les ajudes del CDTI, destinades a incentivar l'R+D+i empresarial.⁴⁷ Aquesta convocatòria és especialment interessant per calibrar el caràcter més o menys innovador del dispositiu instrumentat en la mesura que tenen una base legal que es desplega en una doble direcció: d'una banda, el marc dels fons NextGenerationEU, amb el Reglament (UE) 2021/241 i el RDL 36/2020; i de l'altra banda, també, i entenem que aquest és un aspecte rellevant, l'Ordre ministerial per la qual s'aproven les “bases reguladores” de 2018.⁴⁸

42 Malaret (1991: 263).

43 Acord de 22 de setembre de 2021, de resposta a la consulta formulada per una companyia regulada en relació amb l'atorgament de garanties en projectes subvencionats amb fons que provenen del NextGenerationEU.

44 Ordre ETD/668/2021, de 25 de juny, que estableix les bases reguladores de la concessió d'ajudes en l'àmbit de la intel·ligència artificial, per la transformació digital de la societat i l'economia, en el marc de l'Agenda España Digital 2025 i l'Estratègia nacional d'intel·ligència artificial, i es convoca la concessió d'ajuts per finançar projectes del Programa missions d'R+D en intel·ligència artificial 2021.

45 Ordre ICT/1117/2021, de 9 d'octubre, que estableix les bases reguladores de les ajudes de suport a les agrupacions empresarials innovadores amb la finalitat de millorar la competitivitat de les petites i mitjanes empreses i es procedeix a la convocatòria corresponent a l'any 2021, en el marc del PRTR.

46 Per als fonaments teòrics d'aquest programa, v. Trullén (2007).

47 Resolució de 20 de juliol de 2021, de la presidència del CDTI.

48 Ordre CNU/1308/2018, de 28 de novembre, per la qual s'aproven les bases reguladores per a la concessió per part del Centre per al Desenvolupament Tecnològic Industrial, d'ajudes públiques en el marc del Subprograma Estatal d'R+D+i Empresarial del Pla Estatal d'Investigació Científica i Tècnica i d'Innovació 2017-2020, destinades a empreses.

La finalitat de les ajudes previstes en aquesta Ordre ministerial, adoptada amb caràcter previ al programa NextGenerationEU –si bé, en el marc d'una estratègia també europea–, és especialment útil per identificar correctament els elements innovadors i les continuïtats institucionals que ara examinem.⁴⁹ Entre els objectius apareix “*el fomento de la colaboración público-privada como mecanismo para acelerar la difusión y uso del conocimiento y tecnologías, la creación de capacidades de absorción y la valorización de los resultados de I+D+i*”, tot i que la indeterminació sobre l'abast i la significació jurídica d'aquesta col·laboració a la qual s'apel·la apareixen nítidament. En qualsevol cas, la referència a la fonamentació jurídica dual de la convocatòria del CDTI és il·lustrativa de com els instruments aparentment nous es nodreixen dels ja existents i, de fet, es limiten a modular-los.

Igualment, cal tenir en compte altres supòsits que regulen, mitjançant procediment d'adjudicació directa, si bé “amb caràcter excepcional i per raons d'interès públic”, les aportacions del Servicio Público de Empleo Estatal destinades a l'execució de projectes per a “col·lectius especialment vulnerables”, així com per a “l'emprenedoria i microempresa”.⁵⁰

De manera encara més singular, cal citar algunes subvencions atribuïdes directament a determinats i concrets projectes com, per exemple, en el marc de la realització del pla “España Hub Audiovisual Europeo” (aprovat pel Consell de Ministres el 23 de març de 2021 i dotat amb 1.600 milions d'euros d'inversió pública fins al 2025), la concessió d'una subvenció a una associació sense ànim de lucre, Spain Film Commission,⁵¹ que col·labora amb diferents comissions d'àmbit autonòmic o local,⁵² que alhora col·laboren de manera contínua amb diferents empreses audiovisuals amb la finalitat d'atreure rodatges internacionals i inversió estrangera en aquest entorn i enfortir el teixit empresarial en el sector.

Igualment, i en el marc de l'Estratègia nacional d'intel·ligència artificial, cal fer esment de la concessió d'una subvenció directa a centres de la Xarxa Espanyola de Supercomputació per al desenvolupament del projecte Quantum ENIA.⁵³ La perspectiva de l'adjudicació directa com a procediment d'atorgament de la subvenció, acuradament justificada en l'exposició de motius del Reial decret de concessió, no acaba de reflectir probablement la complexa realitat dels subjectes implicats i de les relacions instrumentades. El text de l'exposició de motius fa referència a “*la realización de un proyecto en cooperación que se financiará a través de la concesión directa de subvenciones a una agrupación formada por entidades pertenecientes a la Red Española de Supercomputación, en adelante RES, y cuyo objeto es la creación de un ecosistema de computación cuántica para la IA. La transferencia de fondos se realizará a través de la entidad coordinadora del proyecto, que se encargará de transferir el importe correspondiente a cada miembro de la agrupación que participa en el proyecto. La entidad coordinadora será el 'Barcelona Supercomputing Center — Centro Nacional de Supercomputación', en adelante BSC-CNS*”.

49 Com s'indica expressament, es tracta de “*activar la inversión privada en I+D+i, fortalecer las capacidades tecnológicas y de innovación del tejido productivo y favorecer la generación de nuevos conocimientos y tecnologías de carácter disruptivo, nuevos usos de tecnologías ya existentes, así como actividades de investigación aplicada generadoras de valor añadido para el tejido industrial, a través de: a) el fomento de la colaboración público-privada como mecanismo para acelerar la difusión y uso del conocimiento y tecnologías, la creación de capacidades de absorción y la valorización de los resultados de I+D+i; b) el impulso de proyectos de carácter estratégico que movilizan importantes recursos públicos y privados y fortalecen el papel tractor de grandes empresas mediante la creación de redes de colaboración abiertas a PYMEs, centros tecnológicos, y organismos de investigación; c) el apoyo al crecimiento y expansión internacional de empresas innovadoras; d) la creación de empresas de base tecnológica; e) la promoción de la participación en programas bilaterales y multilaterales de cooperación, prestando especial atención al Programa Marco de investigación 'Horizonte 2020'; f) el impulso de la industria de la ciencia apoyando la participación de empresas españolas en la construcción de grandes instalaciones científico-técnicas europeas e internacionales y en grandes proyectos tecnológicos espaciales*”.

50 Reial decret 902/2021, de 19 d'octubre, que regula la concessió directa de subvencions, per a l'exercici pressupostari 2021, destinades al finançament del desenvolupament d'actuacions de la inversió “*Nuevos proyectos territoriales para el reequilibrio y la equidad*”, en el marc del PRTR.

51 Reial decret 937/2021, de 26 d'octubre, pel qual es regula la concessió directa d'una subvenció a Spain Film Commission en el marc del Pla de recuperació, transformació i resiliència.

52 Sobre les tasques d'aquestes comissions, v. De la Sierra (2010).

53 Reial decret 936/2021, de 26 d'octubre, pel qual es regula la concessió directa d'una subvenció a diversos centres de la Red Española de Supercomputación, per al desenvolupament del projecte Quantum ENIA, en el marc del Pla de recuperació, transformació i resiliència.

La concessió directa de la subvenció s'efectua, per tant, a una agrupació liderada per una entitat i els fons es posaran a disposició dels usuaris finals, que tenen tant el caràcter d'empreses com d'entitats públiques.⁵⁴ Aquests podran ulteriorment subcontractar una part de l'activitat, però amb un límit del 50% (article 7), així com acordar de manera puntual la realització de determinades activitats –predeterminades legalment– amb entitats externes a la RES; aquesta col·laboració s'instrumentarà mitjançant convenis –subjectes al dret administratiu– i podran signar aquests convenis tant amb entitats públiques –de diferent caràcter i naturalesa– com amb agents privats que realitzin activitats de recerca científica i tècnica (article 8).

Aquests dos darrers supòsits d'adjudicació directa de subvencions mostren com la col·laboració, tant publicoprivada, com interempresarial o entre organitzacions del sector públic i les empreses, presenta moltes modalitats. Les agrupacions de beneficiaris, a les quals ja s'ha fet menció, es configuren com la peça institucional clau d'aquest procediment. Es tracta, com s'ha dit, d'una figura organitzativa que està prevista expressament a la Llei general de subvencions (article 11), però precisament perquè aquest entramat no disposa de personalitat jurídica pròpia s'estableix l'obligació de subscriure prèviament un acord intern per regular el seu funcionament.

Finalment, en aquesta presentació molt sintètica del marc general, de les finalitats i contingut de les principals mesures adoptades, cal fer esment d'una dada que contribueix fortament a caracteritzar aquest conjunt normatiu: el breu període en què s'hauran de formular els projectes, instrumentar els procediments d'inversió pública o, si s'escau, d'incentivació de la inversió privada i executar les mesures.

3 La col·laboració en la realització de missions d'interès general: instrumentació mitjançant formes contractuals vs. formes amb una empremta unilateral més o menys intensa

3.1 La necessària articulació de les voluntats en el procés d'atorgament i execució de les subvencions

En vista de les consideracions anteriors, en aquest apartat volem exposar l'equívoc que suposa limitar o reconduir la col·laboració publicoprivada als instruments previstos en la legislació de contractes. Aquesta perspectiva, present en la literatura juridicoadministrativa espanyola dels darrers temps, és el resultat d'una perspectiva reduccionista de l'activitat de l'Administració i deutora d'una vella idea encunyada en el passat segons la qual l'activitat econòmica estaria vetada a l'Administració i aquesta només podria actuar mitjançant el concessionari privat “interposat”. Per contra, la iniciativa pública econòmica té una fonamentació constitucional (article 128) i el dret europeu originari –des del Tractat de Roma de 1957– estableix expressament la indiferència en relació amb el règim de propietat de les empreses (actual article 345 TFUE).

En l'actualitat, la forma contractual només té sentit en l'àmbit de les activitats pròpies de l'Administració –per adquirir béns i serveis o per encarregar la realització i/o gestió per tercers. Per contra, en l'àmbit de les activitats privades, si el legislador o, per remissió, l'Administració pública, aprecia l'interès general de l'activitat privada –com succeeix ara amb la necessitat de transformar i/o reconstruir el teixit econòmic i social–, la forma de la relació jurídica instrumentada a través de les subvencions té naturalesa unilateral. Ara bé, l'acte administratiu d'atorgament de la subvenció només pot ser el resultat d'un procediment iniciat a instància de part en el qual el sol·licitant determina i condiona l'abast de la decisió administrativa, i també cal parar atenció al fet que,

⁵⁴ Les entitats beneficiàries i les activitats subvencionables tenen una naturalesa jurídica molt diversa. L'entitat beneficiària d'aquesta ajuda serà l'agrupació, que es constituirà i que transferirà els imports establerts en el mateix RD (article 10) als participants del projecte, que tindran la condició de beneficiaris de la subvenció: a) Consorci Barcelona Supercomputing Center-Centro Nacional de Supercomputación; b) Fundación Computación y Tecnologías Avanzadas de Extremadura; c) Fundación Centro de Supercomputación de Galicia; d) Consorcio Instituto de Astrofísica de Canarias; e) Consorcio de Servicios Universitarios de Cataluña; f) CIEMAT (Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas); g) Fundación Centro de Supercomputación de Castilla y León; h) Navarra de Servicios y Tecnologías; i) Universidad de Zaragoza; j) Universidad de Valencia; k) Universidad Autónoma de Madrid; l) Universidad de Málaga, i m) Universidad de Cantabria.

Les activitats subvencionables expressament delimitades, de nou, són molt heterogènies: a) creació d'un laboratori per a l'explotació de computació quàntica; b) creació de xips quàntics de capacitats creixents en el temps; c) creació d'una plataforma d'accés en el núvol a les capacitats quàntiques creades; d) creació d'un *software* quàntic, amb especial èmfasi en *quantum machine learning* i la seva hibridació amb la IA. El Pla del projecte està incorporat com a annex al Reial decret.

per a la validesa del mateix acte unilateral i la seva posterior eficàcia, és imprescindible el concurs de la voluntat dels subjectes interessats (la realització de l'activitat "compromesa"). La concurrència de voluntats no es produeix de manera simultània, no coincideix en la producció d'una declaració conjunta, sinó que es manifesta de manera successiva.⁵⁵ Per aquesta raó, anteriorment, hem posat de manifest la importància del procediment d'atorgament de les ajudes i la centralitat de les tipologies d'agrupacions d'empreses o de centres de recerca, o dels consorcis que poden agrupar major varietat de subjectes.

3.2 La "construcció" de la col·laboració publicoprivada com a concessió

Més enllà de la policia administrativa, que il·lustra bé les tasques pròpies de l'Administració al llarg del segle XIX en el període de formació del dret administratiu i que troba la seva formalització en l'acte administratiu com a expressió del seu poder unilateral,⁵⁶ l'ampliació i la diversificació de les tasques pròpies de l'Administració han suposat un progressiu enriquiment de la paleta d'eines i instruments disponibles per a la seva realització.⁵⁷ Als tombants del segle XX el desenvolupament de l'activitat de servei públic va modular la posició de l'Administració i va contribuir fortament a transformar la concepció de la contractació administrativa en una altra concepció que incorporava una versatilitat de posicions subjectives que anava més enllà de la que suposaven els primigenis contractes de subministraments o d'obres.

La durada en el temps, la incorporació del saber industrial, la necessària atenció a l'explotació i al manteniment de les instal·lacions són tot un conjunt de factors que d'una o altra manera van col·locar les modalitats de concessió en el centre de l'evolució del règim jurídic del contracte administratiu. Precisament, la rellevància de dos elements característics de la concessió (la llarga durada i la incorporació del coneixement tècnic i gerencial del sector privat), així com la possibilitat que el sector privat intervingui al llarg de les diferents fases que poden integrar els projectes més complexos (en el disseny, la construcció, el finançament, el manteniment i l'explotació) i aportí —encara que sigui inicialment— fons o recursos privats, han contribuït decididament a la percepció de la concessió com a eina de referència quan es parla de col·laboració publicoprivada.

En aquest sentit, la idea de col·laboració entre l'Administració i els particulars no és aliena al nostre dret administratiu. Un aspecte d'ordre pràctic i dos de caràcter més conceptual ens permeten explicar aquest fet: el primer té a veure amb la participació important d'empreses privades en la construcció, gestió i explotació d'infraestructures i serveis des de mitjans del segle XIX (ferrocarrils, telefonia, electricitat, gas, aigua); els altres dos aspectes fan referència a la construcció d'una institució clau en el desenvolupament posterior de la contractació administrativa, com és la concessió (primer d'obra pública i després de serveis públics) i a l'èxit de la classificació tripartida per a caracteritzar l'activitat administrativa formulada inicialment per Jordana de Pozas i represa posteriorment de manera àmplia per la doctrina⁵⁸

La caracterització de l'activitat de foment, molt deutora en els seus inicis del context institucional,⁵⁹ ha permès l'eclosió en temps ja democràtics de les polítiques instrumentades mitjançant subvencions i la necessitat de racionalitzar mínimament aquest instrument de posada a disposició privada de recursos públics a través de l'aprovació l'any 2003 de la Llei general de subvencions. En tot cas, en la mesura que l'atorgament de la subvenció requereix sempre la sol·licitud del particular, la voluntat privada és condició necessària i ineludible. Si el particular no expressa aquesta voluntat, si no té interès a acudir a aquesta via de finançament públic, no hi ha col·laboració possible.

Tot aquest conjunt d'elements contribueixen al fet que la col·laboració estigui molt present en el tractament del contracte administratiu dels autors de referència del període constructiu del dret administratiu contemporani (E. García de Enterría, S. Martín-Retortillo, R. Parada, G. Ariño). Una consideració de la col·laboració, però,

55 Malaret (1991: 352 i seg.).

56 Betancor (1989).

57 Malaret (1998).

58 Jordana de Pozas (1949).

59 Una singularitat que segurament només es pot explicar per les peculiaritats polítiques i institucionals del context —la dictadura franquista— en què es formula i es desenvolupa, sense un marc de llibertats, amb una prevalença absoluta del principi de subsidiarietat entès de la manera més radical i sense que l'interès general pugui desplegar la seva significació com a fonament —i límit— de l'activitat de l'Administració pública.

que ha conduït a l'hegemonia d'una visió reduccionista que ha limitat aquesta col·laboració a la figura de la concessió,⁶⁰ malgrat que el dret posa en relleu el caràcter imprecís d'aquesta perspectiva, ja que l'articulació de la participació privada en la gestió d'altres serveis públics vinculats al desenvolupament de l'estat de benestar (educació, sanitat, serveis socials⁶¹), s'ha desenvolupat enriquint la paleta d'instruments tant en l'àmbit contractual⁶² com en l'exploració d'altres eines d'inserció de la prestació privada en el sistema públic.⁶³

Precisament, el desplegament de determinades polítiques locals i autonòmiques de recuperació de la gestió pública de certs serveis públics encomanats anteriorment a la gestió privada⁶⁴ ha fet reaparèixer amb força l'expressió de “col·laboració publicoprivada”,⁶⁵ com si es tractés d'una nova forma de gestionar serveis públics.

En els moments actuals, entrat ja el segle XXI, l'expressió “col·laboració publicoprivada” fa referència a un ampli ventall de figures que reuneixen característiques molt diferents i que tenen en comú un element específic: l'articulació de la participació de subjectes privats en la realització de tasques —no necessàriament administratives, però sí d'interès general— de manera conjunta amb entitats de caràcter públic (de diferent ordre o condició). Aquesta actuació mancomunada o conjunta es pot instrumentar mitjançant tècniques de caràcter convencional, o més específicament contractual en el seu cas, o bé de naturalesa organitzativa o institucional, per reprendre una manera de dir que va posar en circulació el *Llibre verd sobre la col·laboració publicoprivada* (Comissió Europea, 2004).⁶⁶

Ara bé, si l'expressió és coneguda, també és cert que en l'ordre jurídic espanyol era habitualment emprada per referir-se fonamentalment a dos tipus de relacions, una instrumentada mitjançant contracte administratiu (la concessió), i l'altra, mitjançant un model organitzatiu, la societat mixta.

Com ja indicava en el seu moment l'esmentat *Llibre verd*, l'expressió “col·laboració publicoprivada” no tenia definició en el dret comunitari. Era una manera de referir-se a “les diferents formes de cooperació entre les autoritats públiques i el món empresarial, l'objectiu de les quals és garantir el finançament, la construcció, la renovació, la gestió o el manteniment d'una infraestructura o la prestació d'un servei”. En aquell moment, es posava en relleu com el recurs a les operacions de col·laboració s'emmarcava en les fortes restriccions pressupostàries que coneixien els estats membres i “a la necessitat que tenia el sector públic de rebre finançament privat”.

Posteriorment, l'aplicació del marc legal de la contractació pública es va veure molt condicionada pel context pressupostari,⁶⁷ i va introduir una confusió entorn del contingut i abast de la col·laboració publicoprivada que sembla que s'allarga encara en el temps i arriba fins a l'actualitat.⁶⁸

60 Encara recentment, el Consell d'Estat, en el seu dictamen sobre el projecte de Decret llei reproduïa, tot i que ja de manera més matisada i afegint-hi altres consideracions, aquesta visió reduccionista. En les seves paraules: “*La colaboración público-privada está lejos de ser una novedad en nuestro país. Muestra de ello es que desde el siglo XIX se ha recurrido con frecuencia a concesiones administrativas para la prestación de servicios o la ejecución y explotación de obras públicas. Es cierto, no obstante, que en los últimos tiempos se ha visto reforzada la tendencia a la cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial. Esto se ha debido, por un lado, a la evolución general del papel del Estado en el ámbito económico, donde ha pasado de ser un operador directo a cumplir un papel de regulación y control sobre la actividad de los sujetos privados. Asimismo, condicionantes presupuestarios, tecnológicos y derivados de las necesidades de las sociedades actuales han obligado con frecuencia a los Estados a recurrir a la financiación privada para acometer iniciativas costosas, que de otra manera no podrían realizarse, y a aprovechar en el ámbito de lo público los conocimientos y métodos de funcionamiento del sector privado*”.

61 Villar Rojas (2007).

62 Inicialment, concerts sanitaris i educatius, després també en l'àmbit dels serveis socials, v. Villar Rojas (2005).

63 Malaret (2002).

64 Dites equivocament “de remunicipalització”. V. Magaldi (2012).

65 Gimeno Feliu et al. (2018).

66 *Llibre verd sobre la col·laboració publicoprivada i el dret comunitari en matèria de contractació pública i concessions* (COM/2004/0327 final).

67 V. especialment l'anàlisi Macho i Marco (2014).

68 González García (2006).

La referència a l'experiència britànica en aquest punt és obligada en la mesura que permet identificar bé les raons que impulsen des de certs àmbits l'apel·lació a certes pautes de comportament. La irrupció de la col·laboració publicoprivada es produeix en el Regne Unit en un context de redisseny del paper del sector públic, a l'empara de dues "línies força": la reducció de la gestió pública i, correlativament, les privatitzacions.⁶⁹ Unes polítiques que no estaven guiades ni per la introducció de la competència ni per l'apel·lació al mercat. En aquest marc, les associacions publicoprivades, la col·laboració, són un imperatiu: a partir del moment en què l'Administració ja no disposa dels recursos per autoproveir-se ni per gestionar per ella mateixa els serveis públics, ha d'acudir necessàriament als privats.

3.3 La col·laboració inherent a l'activitat de foment, encara que s'instrumenti mitjançant subvencions

Paradoxalment, ara, la "redescoberta" de la col·laboració publicoprivada es produeix en un context radicalment diferent, ja que en l'actualitat són els poders públics els que aportaran el finançament. La importància dels recursos públics mobilitzats en el programa NextGenerationEU és indiscutible. Aquests fons públics han de "mobilitzar" inversions privades, orientar i dirigir la inversió privada cap a la realització d'aquells objectius d'interès general que s'han determinat de manera col·lectiva, primer a escala europea (programa NextGenerationEU i mecanisme europeu de recuperació i resiliència) i, després en l'àmbit espanyol (PRTR). La finalitat és ara utilitzar els recursos públics per guiar la transformació del model econòmic.⁷⁰

En aquesta direcció, la col·laboració és inherent a l'activitat administrativa de foment,⁷¹ en la mesura que aquesta es caracteritza per la seva finalitat de dirigir o orientar l'activitat privada,⁷² determinant l'Administració de manera prèvia les actuacions que, per raons d'interès general, cal promoure i després incitant els operadors privats a realitzar-les mitjançant tècniques d'estímul de diferent naturalesa i abast.⁷³ En aquest sentit, els incentius estan dissenyats per dirigir de manera no coactiva l'activitat privada i, per tant, sempre hi ha col·laboració publicoprivada, atès que necessàriament hi haurà una activitat pública –posada a disposició d'uns recursos que tenen aquesta naturalesa– i una activitat privada sense la qual no es realitza la finalitat que està en l'origen de l'activitat administrativa. En aquest sentit, cal recordar que el cofinançament és inherent a les subvencions com a eina pròpia de l'activitat de foment.

Alguns autors han afirmat inclús que la col·laboració ha impregnat, més enllà de la contractació administrativa, amplis panells de l'activitat pública en la mesura que en el nostre entorn institucional els instruments destinats a incentivar públicament la realització d'activitats privades d'interès general hi són presents des de fa temps –ho il·lustra bé l'acció concertada de l'època del "desarrollismo" franquista⁷⁴ o, més recentment, amb l'ampli ventall de subvencions i ajuts diversos que despleguen les diferents administracions públiques. Una significació pràctica que ha requerit el seu enquadrament essencial en la Llei general de subvencions.

De fet, amb l'excepció de la creació de l'Institut Nacional d'Indústria (INI), la política industrial⁷⁵ s'ha instrumentat normalment mitjançant ajuts públics de diferent tipologia (crèdits i subvencions) i, de manera prèvia al seu atorgament (que en el dret administratiu espanyol es configura com a acte administratiu unilateral necessitat d'acceptació, per a la seva validesa, i de compliment de l'afectació, per a la seva eficàcia), els antecedents indiquen que, sovint, per identificar de manera precisa els objectius concrets, s'ha procedit a una concertació prèvia de les mesures vehiculada a través d'un cert nivell de planificació en el procés

69 Hernando Rydings (2012).

70 El que evidencia un paral·lelisme amb la política instrumentada amb la reconversió industrial, que tenia com a finalitat incentivar un canvi de model productiu per preparar l'economia espanyola en el procés d'integració europea, v. Malaret (1991).

71 Com a "fórmula de col·laboració de l'activitat privada en la consecució d'interessos generals" la qualifica expressament Martín-Retortillo (1988: 445).

72 Sobre l'èmfasi en la finalitat de direcció i orientació de l'activitat privada, v. Malaret (1991: 355).

73 En els inicis de la caracterització teòrica de l'activitat de foment, Villar Palasí (1954) va reforçar la idea de la diversitat d'instruments mitjançant l'afirmació del seu caràcter intercanviable o convertible, si bé no sembla que aquesta nota aportí valor afegit a la teorització de l'activitat esmentada.

74 Salas (1968).

75 La referència a la política industrial apareix explícitament a la memòria del PERTE del vehicle elèctric i connectat (p. 25), per indicar com aquesta s'adequa plenament a l'Estratègia industrial de la UE, recollida en la seva darrera versió en la comunicació de maig de 2010, *Updating the 2020 new industrial strategy: building a stronger single market for Europe's recovery*.

d'elaboració del qual intervenen activament els agents privats: plans de desenvolupament (acció concertada), plans sectorials de reconversió i reindustrialització i consorcis d'empreses innovadores del CDTI (així, el programa d'impuls dels consorcis estratègics d'innovació CENIT que va estar en vigor fins 2010).⁷⁶

Aquests supòsits no són només antecedents per il·lustrar la persistència o continuïtat de les formes d'activat administrativa, sinó que mostren com amb la implementació de les successives polítiques s'han anat creant instruments organitzatius de col·laboració cada cop més afinats que s'insereixen tant en la fase ascendent de la formació dels plans i projectes, com en la fase descendent. Aquestes figures –consorcis, agrupacions d'empreses, empreses mixtes–⁷⁷ han reaparegut ara amb força en el procés d'execució dels fons NextGenerationEU que ha dissenyat l'RDL 36/2020.

4 El paper de la contractació pública com a motor per a la recuperació econòmica

En el context descrit en l'apartat anterior, quin és o quin ha de ser o pot ser el paper reservat a la contractació pública com a vehicle o instrument de recuperació econòmica?

A començament de la pandèmia (1 d'abril del 2020), la Comissió Europea va aprovar una comunicació amb orientacions sobre l'ús del marc de contractació pública en la situació d'emergència relacionada amb la crisi de la COVID-19.⁷⁸ En aquesta primera aproximació a la problemàtica del moment, es tractava de posar a l'abast dels compradors públics solucions ràpides i àgils per fer front a l'augment de la demanda de determinats béns i serveis: equips de protecció individual (mascaretes i guants de protecció), productes sanitaris (aparells respiratoris i altres subministraments mèdics) o infraestructures hospitalàries i informàtiques. Les orientacions aprovades, a mode de guia, es basaven en solucions ja existents en la legislació vigent, singularment en les directives: reducció substancial de terminis generals mitjançant la utilització de la tramitació d'urgència, reducció de terminis per a la presentació d'ofertes o sol·licituds de participació en els procediments ordinaris d'adjudicació (obert i restringit) o la utilització del procediment negociat sense publicitat en els casos d'extrema urgència.

Mesos més tard, i ja aprovat el Pla de recuperació europeu a què s'ha fet menció anteriorment, el 30 de novembre del 2020, es publiquen al DOUE les conclusions del Consell de la UE sobre inversió pública a través de la contractació pública: recuperació sostenible i reactivació d'una economia de la UE resilient 2020/C 412 I/01.⁷⁹

El plantejament és ara diferent: es tracta de garantir la major eficiència de la contractació pública per abordar la recuperació econòmica i les inversions públiques necessàries i poder fer front a futures crisis. Des d'aquesta perspectiva, el document, molt més propositiu, encoratja la Comissió i els estats membres a adoptar mesures de millora de la contractació, com la millora de la qualificació i professionalització dels compradors públics, la utilització de les centrals de compres, el suport a les petites i mitjanes empreses, la cooperació entre estats, la transformació digital de la contractació, la vigilància de l'execució dels contractes, la millora dels sistemes de recursos per garantir que siguin ràpids i eficaços, etc. Igualment, es demana, tant a la Comissió Europea com als estats membres, que es plantegin la revisió dels llindars actualment fixats a les directives i que prevegin mesures addicionals per reduir la càrrega burocràtica i les obligacions de procediment que tenen els compradors públics per simplificar i millorar la inversió pública.

El document apel·la també a establir incentius adequats per a la inversió i el creixement sostenibles i innovadors a la UE a través de la contractació pública, remarcant la funció exemplaritzant del sector públic i la necessitat d'utilitzar el seu poder adquisitiu de forma estratègica per avançar cap a una economia més ecològica, innovadora i circular, i demana als estats membres que contribueixin a una economia més innovadora i resilient

76 [Les subvencions de la darrera convocatòria](#) (2010) havien d'anar destinades a finançar la cooperació estable publicoprivada en recerca i desenvolupament (R+D), en àrees d'importància estratègica per a l'economia, mitjançant la creació de consorcis estratègics nacionals d'investigació tècnica i s'havien d'adjudicar en règim de publicitat, objectivitat i concurrència competitiva.

77 V. les societats de reconversió industrial: Malaret, 1991.

78 V. la [comunicació de la Comissió](#).

79 V. [conclusions del Consell de la UE](#) (2020/C 412 I/01).

a través de la contractació pública, amb una demanda final que s'elaborin polítiques i estratègies de compra integrals que, en particular, s'han de centrar en els sectors en els quals la demanda pública té un impacte significatiu, com ara medicaments, productes sanitaris o tecnologies de la informació.

Davant aquests plantejaments, es pot avançar, ja que l'RDL 36/2020 respon fonamentalment només a la primera fase de les mesures a adoptar en matèria de contractació pública, la fase de mesures de xoc davant la pandèmia. La solució en si mateixa no seria criticable en la mesura que, efectivament, es tracta d'un decret llei que, per definició, s'hauria de limitar a atendre l'"extraordinària i urgent necessitat" que és, o hauria d'haver estat, el seu pressupòsit habilitant. No obstant això, aquesta solució contrasta amb la introducció dins la mateixa norma de previsions que desborden clarament els límits propis de la temporalitat i l'excepcionalitat d'un decret llei.

Plantejaments similars segueixen les normes autonòmiques que, amb una certa incontinència reguladora, han desplegat algunes de les previsions de l'RDL. Sense entrar, perquè desbordaria l'objecte d'aquest treball, en el debat sobre els dubtes raonables que planteja la legitimitat, des de la perspectiva competencial, dels desplegaments normatius d'aquest decret llei estatal que se suposa emparat per una situació d'extraordinària i urgent necessitat –la majoria a través de nous decrets llei autonòmics–,⁸⁰ el cert és que gairebé tots inclouen algun capítol dedicat a especialitats en matèria de contractació pública, sovint reiteratiu respecte del que ja preveu l'RDL estatal o, fins i tot, l'LCSP (per exemple, sobre principis aplicables als contractes o sobre la confecció de models de plec o la tramitació urgent d'expedients).

En tot cas, l'RDL inclou, en efecte, dins el capítol III del seu títol IV el que denomina "especialitats en matèria de contractació", que són d'aplicació només als contractes que s'hagin de finançar amb fons europeus. Aquesta regulació es completa amb la modificació de determinats preceptes de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (LCSP), a través de les disposicions finals cinquena i onzena del mateix RDL, que tenen caràcter indefinit.

4.1 Normes específiques per a contractes que s'hagin de finançar amb fons procedents del PRTR

L'eix de les novetats introduïdes passa per la simplificació; una simplificació que s'articula a través de mesures diverses:

- Eliminació d'autoritacions: l'article 49 de l'RDL suprimeix, en concret, el requisit de l'autorització per contractar que ha d'atorgar el Consell de Ministres segons l'article 324 de l'LCSP.⁸¹
- Tramitació d'urgència: l'article 50 de l'RDL preveu que, a l'hora de licitar els contractes i acords marc, els òrgans de contractació han d'examinar si la situació d'urgència impedeix la tramitació ordinària de l'expedient i, si és així, aplicar la tramitació urgent prevista a l'article 119 de l'LCSP amb una sèrie d'especialitats que afecten fonamentalment els terminis de presentació de proposicions, que es podran escurçar tant per al procediment obert, en totes les seves modalitats (ordinària, simplificada ordinària i simplificada abreujada), com per al procediment restringit i el procediment de licitació amb negociació.
- Ampliació del camp d'utilització de determinats procediments: els articles 51 i 52 de l'RDL preveuen l'augment dels llindars per poder utilitzar aquests procediments per raó de la quantia. En concret, en el procediment obert simplificat ordinari, es preveu la possibilitat d'utilitzar-lo en contractes d'obres, subministraments i serveis amb valor estimat del contracte (VEC) inferior als respectius llindars

⁸⁰ Fins a onze comunitats autònomes han aprovat normes al respecte (vuit de les quals, a través també de decrets llei, i altres a través de lleis de desenvolupament del Decret llei estatal, la qual cosa també resulta anòmala). Per a un resum de les mesures adoptades en matèria de contractació per les comunitats autònomes, vegeu Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (2021).

⁸¹ L'apartat 1 de l'article esmentat preveu, en efecte, que les entitats del sector públic estatal que tinguin la consideració de poder adjudicador en virtut del que estableix l'apartat 3 de l'article 3 de l'LCSP necessiten l'autorització del Consell de Ministres per subscriure contractes en els supòsits següents: "a) Quan el valor estimat del contracte, calculat d'acord amb el que s'assenyala a l'article 101, sigui igual o superior a dotze milions d'euros; b) quan el pagament dels contractes es concerta mitjançant el sistema d'arrendament financer o mitjançant el sistema d'arrendament amb opció de compra i el nombre d'annualitats superi quatre anys, i c) en els acords marc que tinguin un valor estimat igual o superior a dotze milions d'euros. Una vegada autoritzada la subscripció d'aquests acords marc, no es necessita l'autorització del Consell de Ministres per subscriure els contractes basats en l'acord marc en qüestió".

dels contractes subjectes a regulació harmonitzada;⁸² mentre que en el procediment obert simplificat abreujat, es preveu la possibilitat d'utilitzar-lo en contractes d'obres de VEC inferior a 200.000 euros i en contractes de subministraments i serveis de VEC inferior a 100.000 euros.⁸³

- Major durada i període de recuperació de les inversions en diferents contractes: per als contractes de subministraments i serveis de caràcter energètic, l'article 53 de l'RDL preveu la possibilitat d'establir un termini de durada superior al que preveu l'article 29.4 de l'LCSP (5 anys), amb un màxim de 10 anys, quan ho exigeixi el període de recuperació de les inversions directament relacionades amb el contracte.
- Per als contractes de concessió d'obres i de serveis, l'article 56 de l'RDL modifica la forma de càlcul del període de recuperació de la inversió en aquests contractes per tal d'utilitzar el rendiment mitjà en el mercat secundari del deute de l'Estat a 30 anys incrementat en un diferencial de fins a 300 punts bàsics. El resultat és un major període de recuperació de les inversions.
- Encàrrecs a mitjans propis: la mesura introduïda en l'article 55 de l'RDL s'alinea també amb la voluntat de simplificació i consisteix en el fet que els poders adjudicadors i les entitats contractants podran organitzar-se executant de manera directa prestacions pròpies de tot tipus de contractes administratius, a canvi d'una compensació tarifària, a través d'un encàrrec a un mitjà propi, sense que calgui en aquests casos autorització del Consell de Ministres encara que l'import de l'encàrrec sigui igual o superior a 12 milions d'euros.
- Altres previsions: en altres preceptes de l'RDL es preveuen un altre tipus de modificacions que afecten l'elaboració de models de plecs de clàusules administratives i tècniques i la possibilitat de subscriure acords marc per a la contractació de l'assistència tècnica, la consultoria i l'auditoria pels ministeris i organismes de l'Administració de l'Estat (article 54); les competències de la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat per a interpretar les normes de l'RDL i coordinar la seva aplicació (article 57), i la reducció de terminis d'interposició del recurs especial en matèria de contractació, així com la reducció dels terminis de resolució sobre la seva inadmissió i sobre el manteniment de les mesures cautelars adoptades (article 59).

4.2 Modificacions de l'LCSP

La disposició final cinquena de l'RDL inclou tres modificacions de l'LCSP. La primera de les modificacions afecta el règim dels encàrrecs a mitjans propis personificats i, en concret, el tercer paràgraf de l'article 32.7.b de l'LCSP, i suposa l'ampliació dels supòsits d'excepció del límit del 50% de l'import de les prestacions parcials que el mitjà propi pot contractar amb tercers, una ampliació que s'aplica als contractes que formalitzin els mitjans propis que tinguin com a funcions el foment de les telecomunicacions, el desenvolupament de la societat de la informació i societats digitals. Amb aquesta nova ampliació, que se suma a la ja duta a terme mitjançant la Llei 6/2018, de 3 de juliol, de pressupostos generals de l'Estat per al 2018, que va afectar els mitjans propis als quals s'hagués encarregat la prestació de serveis informàtics i tecnològics a l'Administració pública, continua l'operació de retorn a l'estat de coses existent abans de l'LCSP del 2017.

La segona modificació afecta l'article 45 de l'LCSP i consisteix en l'ampliació del nombre de vocals del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals fins a 5 (actualment, 2) i amb la possibilitat d'incrementar aquest nombre mitjançant real decret quan el volum d'assumpes ho requereixi. Igualment, es preveu la divisió del Tribunal en dues seccions.

La darrera modificació és la de la lletra a) de l'article 208.2 de l'LCSP, relatiu a la suspensió del contracte, per tal de suprimir un dels conceptes pels quals havia de ser indemnitzat el contractista en cas de suspensió

82 Els llistats vigents són, respectivament: contractes d'obres, de VEC igual o inferior a 2.000.000 d'euros i contractes de subministraments i serveis de VEC igual o inferior a 139.000 euros.

83 Els llistats vigents són, respectivament, contractes d'obres, de VEC inferior a 80.000 euros i contractes de subministraments i serveis de VEC inferior a 60.000 euros.

del contracte. Es tracta, en concret, del relatiu al 3% del preu de les prestacions que el contractista hagués hagut d'executar durant el període de suspensió.

Per últim, en la disposició final onzena es modifica la Llei 13/2003, de 23 de maig, reguladora del contracte de concessió d'obres públiques.

4.3 Una possible recuperació del contracte de col·laboració entre el sector públic i el sector privat?

L'absència de previsions específiques sobre col·laboració publicoprivada de caràcter contractual, tant a l'RDL com a la mateixa Llei de contractes del sector públic contrasta, sens dubte, amb la insistència i la intensitat amb què ha irromput en els àmbits als quals hem fet referència en pàgines anteriors.

Com és sabut, l'antiga Llei de contractes del sector públic del 2007 havia introduït al dret espanyol un nou tipus de contracte denominat *contracte de col·laboració entre el sector públic i el sector privat*, que va estar en vigor els mateixos anys que la Llei esmentada. Certament, la figura va ser objecte de crítica tant per la seva mala utilització, sovint perquè es concebia només com a solució alternativa i poc meditada davant la impossibilitat de disposar de finançament públic, com també per la seva configuració com a contracte pretesament típic, però condicionat al fet que no fossin possibles altres formes alternatives de contractació i subordinat a l'aplicació del règim jurídic del contracte típic l'objecte del qual es correspongués amb la prestació principal d'aquell.⁸⁴

La nova Llei de contractes del sector públic del 2017 va certificar la desaparició del contracte de col·laboració en termes contundents. La seva exposició de motius, probablement de manera poc meditada també, despatxa la qüestió amb contundència indicant que “se suprimeix la figura del contracte de col·laboració publicoprivada, a conseqüència de l'escassa utilitat d'aquesta figura a la pràctica. L'experiència ha demostrat que l'objecte d'aquest contracte es pot dur a terme a través d'altres modalitats contractuals, com és, fonamentalment, el contracte de concessió”. A banda que no és cert que els contractes de concessió donin solució a la qüestió, tenint en compte la seva configuració actual, la limitada tipologia dels contractes de la nova Llei el que mostra és una notable incapacitat per a donar resposta des del camp de la contractació pública a les exigències del PRTR i dels seus objectius.

D'altra banda, no deixa de ser paradoxal que només 4 anys després de la seva desaparició, i en ocasió de la gestió dels nous fons europeus, cobri un nou protagonisme la col·laboració publicoprivada com a fórmula especialment idònia per a l'execució dels projectes vinculats al PRTR.

Òbviament, no era l'RDL el lloc oportú, però no caldria descartar la recuperació de la col·laboració publicoprivada en l'esfera contractual, degudament adaptada al context actual i superant els problemes identificats en la versió de 2007, en una futura reforma de l'LCSP que no s'hauria de demorar, si es volen superar les limitacions de l'actual configuració del model contractual per a potenciar el seu paper com a motor de la recuperació econòmica. En aquest sentit, els referents que ofereix el dret comparat – i singularment el dret francès, on els contractes de partenariat formen part del *Code de la commande publique*,⁸⁵ i el dret italià, que coneix també aquesta figura contractual–⁸⁶ podrien servir de guia.

Consideracions finals

La dependència de les construccions conceptuals dels moments històrics en què es formulen no ha de ser un impediment per a la seva adaptació a les transformacions socials i econòmiques. L'activitat de foment ha mostrat precisament la seva capacitat d'adaptació i adequació als nous requeriments que suposen els valors i principis propis de l'ordre jurídic constitucional europeu.

L'anàlisi de les diferents eines adaptades a l'entorn necessari per a una execució eficaç i eficient del volum significatiu de fons públics mobilitzats en el programa NextGenerationEU mostra com cal diferenciar entre expressions com la *col·laboració publicoprivada* –que, en la mesura que es refereixen a un conjunt heterogeni

84 Sobre els problemes d'aquest contracte en la seva utilització pràctica, vegeu Padrós (2016).

85 Article L1112-1.

86 V. el document recent de l'Autorità Nazionale Anticorruzione, [Delibera n. 219](#), de 16 març de 2021.

de supòsits, tenen un caràcter que no pot ser més que descriptiu o, fins i tot, retòric–, i nocions i conceptes que s'han anat decantant i reformulant per dotar-los d'un perfil propi i d'un contingut precís, com és el cas dels diferents tipus contractuals o de les diferents eines pròpies de l'activitat administrativa de foment.

Si bé sovint sembla que l'apel·lació a la col·laboració vagi adherida a la utilització del contracte per instrumentar les relacions jurídiques i es pugui presentar com a contraposició a la unilateralitat pròpia de l'acte administratiu, un examen rigorós mostra com la col·laboració és inherent tant als contractes de llarga durada –com ara els de concessió o de partenariat– com als procediments administratius d'atorgament de subvencions. En aquest darrer àmbit podem apreciar com la participació dels col·lectius d'interessats es pot ampliar a la fase d'elaboració dels plans i programes que després s'instrumenten amb l'aprovació de les “bases reguladores” i també en la fase posterior d'execució, mitjançant les agrupacions d'empreses o de centres de recerca que adquireixen un paper essencial per a la correcta i eficient assignació i distribució de les subvencions.

La col·laboració publicoprivada és una expressió que permet posar en relleu i emfasitzar la rellevància de la participació privada. Però cal tenir present també que, en la mesura que afecti empreses que estan en el mercat, i amb independència de la forma d'instrumentació (contracte o acte unilateral), la col·laboració suposa una intervenció en el mercat i, d'acord amb el marc constitucional i europeu, s'hauran de respectar les regles de la competència inherents a la llibertat d'empresa i l'economia de mercat. Com reiteradament ha expressat la jurisprudència del TJUE, el dret de la competència és part integrant tant del règim dels ajuts d'Estat com del règim dels contractes públics, cosa que no és incompatible amb l'existència de límits i àmbits exclosos o l·lindars que, en tant que excepcions, estaran sotmesos als controls pertinents.

L'anàlisi del PRTR i dels seus objectius mostra les febleses i mancances de la limitada tipologia de contractes establerta en l'LCSP 2017; febleses i mancances que esdevenen encara més evidents si tenim present les carències que suposa el caràcter limitatiu de l'actual configuració de la concessió d'obres o de serveis, ja que no només es remunera mitjançant l'explotació, sinó que cal que el particular assumeixi el risc operatiu. És una mostra més de les incerteses d'un marc legal dissenyat sense una anàlisi de les necessitats efectives de nous instruments.

Al llarg del treball hem fet sovint referència al contingut de les exposicions de motius. La seva significació no és només el resultat de les exigències de motivació i justificació degudes pròpies del dret europeu, en general, i ara concretades en el Reglament (UE) 2022/241 (article 18.4). Entenem que el deure de motivar, d'explicar les raons que justifiquen una determinada elecció, es fonamenta en l'obligació constitucional de servir l'interès general i el dret a la tutela judicial efectiva, que guia i reforça el control judicial de l'Administració.⁸⁷

El valor de les exposicions de motius té també, ara en aquest àmbit concret de la nostra anàlisi, un valor afegit en la mesura que expressa i concreta el principi de transparència, una exigència del control i de la rendició de comptes inherent a la democràcia. La publicitat de les raons, de les dades i fets que justifiquen la concreta elecció pública és especialment necessària en aquells casos que tenen un cert caràcter excepcional o singular, com succeeix ara que cal mobilitzar en poc temps una xifra extraordinària de recursos públics.

Finalment, *last but not least*, caldrà plantejar-se si la recuperació de la col·laboració publicoprivada és efectivament un debat tecnicojurídic o és un plantejament d'ordre més ideològic.

⁸⁷ Malaret (2019).

Bibliografia

- Baño León, José M^a. (2021). La ejecución del Mecanismo Europeo de Recuperación y Resiliencia: Ley especial coyuntural versus reforma general regulatoria. *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*, 7, 1-24.
- Betancor, Andrés. (1992). *El acto ejecutivo*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- De la Sierra, Susana. (2010). *Derecho del cine: administración cultural y mercado*. Madrid: Iustel.
- Fernández Farreres, Germán. (1983). *La subvención: concepto y régimen jurídico*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- Fernández Farreres, Germán. (1993). *El régimen de las ayudas estatales en la Comunidad Europea*. Madrid: Civitas.
- Font Llovet, Tomàs. (2020). El régimen de las subvenciones y los fondos europeos para la recuperación. *QDL*, 55, 115-142.
- Gimeno Feliu, José M^a, et al. (2018). *La gobernanza de los contratos públicos en la colaboración público-privada*. Barcelona: ESADE/Cambra de Comerç de Barcelona.
- González García, Julio. (2006). Contrato de colaboración público-privada. *Revista de Administración Pública*, 170, 7-39.
- Hernando Rydings, María. (2012). *La colaboración público-privada. Fórmulas contractuales*. Cizur Menor: Civitas/Thomson Reuters.
- Jordana De Pozas, Luís. (1949). Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo. *Revista de Estudios Políticos*, 48, 41-54.
- Kolling, Mario. (2020). Los fondos de recuperación: negociación, objetivos y gestión entre cohesión y modernización. *QDL*, 55, 14-36.
- Macho Pérez, Ana Belén, i Marco Peñas, Ester. (2014). El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda públicos: análisis de los criterios de Eurostat. *Revista de Administración Pública*, 194, 437-474.
- Magaldí, Nuria. (2012). *Los orígenes de la municipalización de servicios en España*. Madrid: INAP.
- Malaret, Elisenda. (1991). *Régimen jurídico-administrativo de la reconversión industrial*. Madrid: Civitas.
- Malaret, Elisenda. (1998). Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto. *Revista de Administración Pública*, 145, 49-88.
- Malaret, Elisenda. (2002). Administración pública y servicios públicos: la creación de una red de servicios sociales a los ancianos en la transformación del estado de bienestar. A Joaquín Tornos (coord.), *Los servicios sociales de atención a la tercera edad: el caso de Cataluña*. València: Tirant lo Blanch.
- Malaret, Elisenda. (2019). Autonomía administrativa, decisiones cualificadas y deferencia judicial: introducción general. A Elisenda Malaret (dir.), *Autonomía administrativa, decisiones cualificadas y deferencia judicial*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Martín-Retortillo, Sebastián. (1988). *Derecho administrativo económico (I)*. Madrid: La Ley.
- Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación. (2021). *Guía Básica Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*.

- Padrós, Xavier. (2016). Le contrat de partenariat à la lumière de l'expérience espagnole. A Serge Regourd i Lucien Rapp (dir.), *Du contrat de partenariat au marché de partenariat* (p. 307-326). Brusel·les: Larcier/Bruylant.
- Salas, Javier. (1968). El régimen de acción concertada. *Revista de Administración Pública*, 56, 435-481.
- Trullén, Joan. (2007). La nueva política industrial española: innovación, políticas externas y productividad. *Economía Industrial*, 363, 17-31.
- Villar Rojas, Francisco José. (2005). Formas de gestión de los servicios sociales, en particular, la vinculación de gestores privados al sistema público mediante conciertos y convenios. *Documentación Administrativa*, 271-272, 389-412.
- Villar Rojas, Francisco José. (2007). La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales. *Revista de Administración Pública*, 172, 141-188.
- Villar Palasí, José Luis. (1954). Las técnicas administrativas de fomento y de apoyo al precio político. *Revista de Administración Pública*, 14, 11-122.