



NUEVAS FÓRMULAS DE GESTIÓN DEL SERVICIO DEPORTIVO: COLABORACIÓN PÚBLICO PRIVADA

BROSETA.
ABOGADOS



Valencia, 26 de Enero de 2011

Rosa M^a Vidal Monferrer
Socio. Directora Área Derecho Público. Abogado del Estado

ÍNDICE

1

INTRODUCCIÓN

2

TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DEPORTE

3

DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL DEL DEPORTE E INSTALACIONES DEPORTIVAS ENTRE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y AYUNTAMIENTOS

4

TIPOLOGÍA EN LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS DEPORTIVOS

5

COLABORACIÓN PÚBLICO PRIVADA EN EL ÁMBITO EUROPEO

6

LA COLABORACIÓN PÚBLICO PRIVADA

⇒ El deporte nace, como una actividad personal de libre decisión para los ciudadanos. Sin embargo, cuando el deporte requiere de una **organización** se hace necesario que el **derecho** lo regule.



⇒ Dado que el objeto de la presente Ponencia es examinar las nuevas fórmulas de **gestión del servicio público deportivo** a través de la **Colaboración Público Privada (CPP)**, debemos comenzar realizando un estudio sobre la distribución competencial en el ámbito deportivo.

La Constitución Española de 1978 (CE), entre los principios rectores de la política social y económica, se refiere en el **artículo 43** a la protección de la salud y al deporte en general atribuyendo a los poderes públicos dentro de su función administrativa de promoción, el fomento de la educación sanitaria, **la educación física y el deporte**. En particular se les atribuye la función de facilitar “la adecuada utilización del ocio”.



El **Título I de la CE**, bajo la rúbrica de los derechos y deberes fundamentales, distingue los siguientes niveles de protección:

- Derechos fundamentales y libertades públicas (artículo 15 al 29 CE). Disponen de un máximo nivel de protección.
- Demás derechos y deberes de los ciudadanos (artículo 30 a 38 CE). Constituyen un segundo nivel de protección.
- Principios rectores de la política social y económica (artículos 39 a 52 CE). Constituyen un tercer nivel de protección.

2 Tratamiento Constitucional del Deporte (II)

Como hemos señalado, el deporte se encuentra entre los principios rectores de la política social y económica española.

Ello significa que el reconocimiento, el respeto y la protección del deporte deben informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, cumpliendo así con la función que a los principios rectores le atribuye el artículo 53.3 del Texto Constitucional.

De estas tres funciones que el reconocimiento, el respeto y la protección del deporte deben cumplir, nos centraremos en la actuación de los poderes públicos, dejando a un lado la práctica judicial y la legislación al respecto.



Administración del Estado/Comunidad Autónoma:



⇒ Así y siguiendo este razonamiento, vamos a examinar a qué poderes públicos se les ha atribuido competencia en materia deportiva, en general y en la gestión deportiva, en particular. De conformidad con el régimen de distribución competencial recogido en la Constitución en los artículos 148.1 y 149.1 que recogen respectivamente, los listado de competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas y al Estado español, se aprecia que con carácter general las Comunidades Autónomas son las competentes, siempre que así lo hayan previsto en sus Estatutos de Autonomía, para la promoción del deporte y de la adecuada utilización del ocio (artículo 148.1.19 CE).

⇒ Como consecuencia de ello, las Comunidades Autónomas son competentes para gestionar los puertos y los aeropuertos deportivos (artículo 148.1.6 CE).

Ayuntamientos :

- ⇒ En desarrollo de la CE, la legislación en materia de régimen local, atribuye a los Ayuntamientos competencias en la gestión de los servicios deportivos. En particular, el artículo 25.2.m) de la Ley de Bases de Régimen Local atribuye a los **Ayuntamientos competencias en relación con las actividades culturales y deportivas.**
- ⇒ Además, resulta preceptivo para los Ayuntamientos de más de 20.000 habitantes encargarse de las instalaciones deportivas de uso público (artículo 26 de la Ley de Bases de Régimen Local).
- ⇒ En definitiva, el deporte es una actividad personal, privada, libre y ejercida en aplicación de la libertad particular, elevada al rango de principio rector de la actividad económica y social y atribuyéndole a los poderes públicos una función de fomento de la misma.



La **gestión de servicios deportivos** puede ser una actividad Privada o Pública, esto es según la titularidad de la instalación sea privada o pública.

Gestión de Servicios Deportivos de titularidad privada

Nos encontramos ante una actividad económica privada sujeta a libre mercado y sin especialidades por razón de su contenido.



Gestión de Servicios Deportivos de titularidad pública

En estos vamos a centrar la Ponencia.



ÓRGANOS COMPETENTES TITULARES DE LA INSTALACIÓN

**Puertos Deportivos.
Competencia de la Generalitat**



**Aeropuertos Deportivos.
Competencia de la Generalitat**

**Resto de Instalaciones Deportivas.
Ayuntamientos**



- ⇒ Los **Ayuntamientos** en los últimos años han **incrementado el número de instalaciones deportivas de titularidad pública** de un modo exponencial y no siempre han tenido en cuenta que constituyen una actividad económica que obligatoriamente se debe tener en los municipios de más de 20.00 habitantes pero en términos de viabilidad económica. Nos vamos a centrar en este tipo de instalaciones deportivas.

La **Gestión de las Instalaciones Deportivas de Titularidad Pública** puede realizarse de dos modos:

Mediante Gestión Directa

Construcción de la instalación deportiva por parte del **Ayuntamiento** a través del contrato de obra pública que exige el pago contra certificación de obra mensual y tras su ejecución, la gestión por parte del Ayuntamiento a través de:

- su **propio personal**, directamente el Ayuntamiento ;
- a través de la creación de un **ente público de capital exclusivamente local**, que puede ser un organismo autónomo, una entidad pública o una sociedad mercantil local.



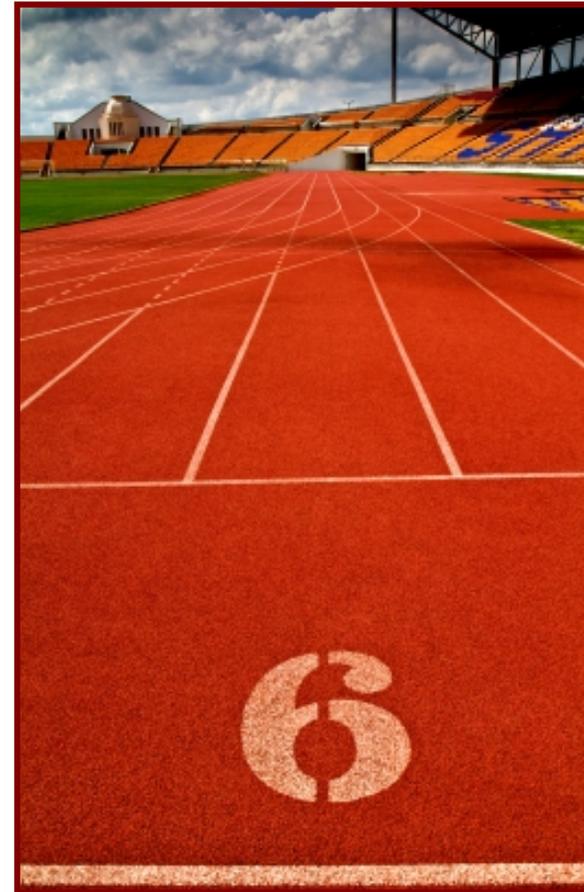
NI EVO-GRUPEN CON PISTAS DE TENIS Y PÁBEL

Mediante Gestión Indirecta

Gestión de la instalación **a través de una empresa privada** que no adquiere la titularidad de la obra pero si tiene la titularidad de la gestión pública.

Se pueden utilizar distintas modalidades que son:

- **Concesión**, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura.
- **Gestión interesada**, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato
- **Concierto** con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.
- **Sociedad de Economía mixta** en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas.



- ⇒ En las sociedades modernas, la construcción y explotación de las infraestructuras públicas se ha convertido en una cuestión esencial y más aún en épocas como las actuales en la que la situación de crisis económica y financiera es acuciante.
- ⇒ Actualmente la utilización de las fórmulas de CPP resulten indispensables para seguir construyendo, gestionando y financiando infraestructuras públicas en general e instalaciones deportivas en particular.
- ⇒ Los tres **inconvenientes** a los que se enfrenta la **Gestión Directa** de una instalación deportiva pública son básicamente los siguientes:
- ✓ **Financiación**: la falta de presupuesto público para financiar obra pública.
 - ✓ **Déficit Público**: la necesidad no sólo de no incrementar el Déficit Público sino de disminuirlo.
 - ✓ **Estado del Bienestar**, esto es la necesidad de los Ayuntamientos de seguir promoviendo infraestructuras deportivas que demandan los ciudadanos.
- ⇒ Una **alternativa** sería solucionar estos problemas la constituye la utilización de la denominada **CPP**.
- ⇒ En este modelo de diseño, construcción y explotación de ID se hace necesario identificar perfectamente a los tres actores importante implicados: Administraciones Públicas, Socios Tecnológicos y Socios/ Sponsors Financieros y realizar un reparto de riesgos adecuado y viable en cada caso.

- ⇒ Durante los últimos años, el fenómeno de la **CPP** se ha desarrollado en numerosos ámbitos, básicamente en el **sector de las infraestructuras de transporte**: carreteras, puertos, aeropuertos, transporte ferroviario e infraestructuras hospitalarias y también en el ámbito de las obras públicas.
- ⇒ La característica de esta cooperación, en general a largo plazo, es la función asignada al socio tecnológico, que básicamente se caracteriza por las siguientes notas:
- ⇒ Participa en las distintas fases del proyecto de que se trate (diseño, ejecución y explotación). Puede participar o no en el diseño pero siempre debe hacer en la ejecución y explotación.
- ⇒ Soporta los riesgos tradicionalmente asumidos por el sector público: riesgo de construcción y, al menos uno de los dos riesgos siguientes: riesgo de demanda/ riesgo de disponibilidad.
- ⇒ Contribuye con frecuencia a la **financiación** del proyecto. Las Administraciones Públicas también pueden colaborar en la financiación.



Libro Verde sobre la CPP y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones presentado por la Comisión Europea en el año 2004

La expresión CPP carece de definición en el ámbito comunitario. En general, se refiere a las diferentes formas de cooperación entre autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio.



Estas operaciones se caracterizan por las siguientes notas:

- La **duración** previsiblemente **larga** de la relación.
- El modo de **financiación** del proyecto, en parte garantizado por el **sector privado** y con apoyo público.
- El importante papel del operador económico.
- El reparto de **riesgos** entre el socio público y el privado.

Resolución del Parlamento Europeo sobre la CPP de 28 de octubre de 2006

Así el Considerando C de la citada Resolución dispone:

“Considerando que la Colaboración Público Privada puede describirse como una cooperación a largo plazo regulada por contrato entre las autoridades públicas y el sector privado con el fin de llevar a cabo proyectos públicos en los que los recursos requeridos se gestionan en común y los riesgos vinculados al proyecto se distribuyen de forma conveniente sobre la base de la capacidad de gestión de riesgos de los socios al proyecto.”



Comunicación interpretativa de la Comisión firmada en Bruselas de fecha 12 de abril de 2008

Comunicación interpretativa de la Comisión firmada en Bruselas de fecha 12 de abril de 2008

La Comunicación de la Comisión establece que en la práctica la creación de una colaboración público-privada institucionalizada (en adelante “CPPI”) se traduce en dos tipos de fórmulas:

1. La creación de una **nueva empresa** cuyo capital pertenece conjuntamente a la entidad adjudicadora y al socio privado y la adjudicación de un contrato público o de una concesión a esta entidad de capital mixto de nueva creación, o
2. En la participación de un **socio privado** en una **empresa pública** existente que ejecuta contratos públicos o concesiones obtenidos anteriormente en el marco de una relación interna.



Definición CPPI:

“La Comisión entiende por CPPI la cooperación entre socios del sector público y del sector privado que crean una entidad de capital mixto para la ejecución de contratos públicos o concesiones. La aportación privada a los trabajos de la CPPI, además de la contribución al capital u otros activos, consiste en la participación activa en la ejecución de las tareas confiadas a la entidad de capital mixto y/o la gestión de dicha entidad. En cambio, la simple aportación de fondos por un inversor privado a una empresa pública no constituye una CPPI. Por lo tanto, esta última situación no se contempla en la presente Comunicación.”

Procedimiento de licitación para la selección del Socio:

La realización de una **doble licitación**: una primera fase para la elección del Socio tecnológico; y una segunda fase para la adjudicación de los contratos públicos. Ambos sujetos a procedimientos públicos de licitación.

La realización de una **sola licitación** pública en la que se elija al Socio tecnológico y además en la misma se adjudique el/los contratos públicos a esta sociedad.



Procedimiento de Licitación :

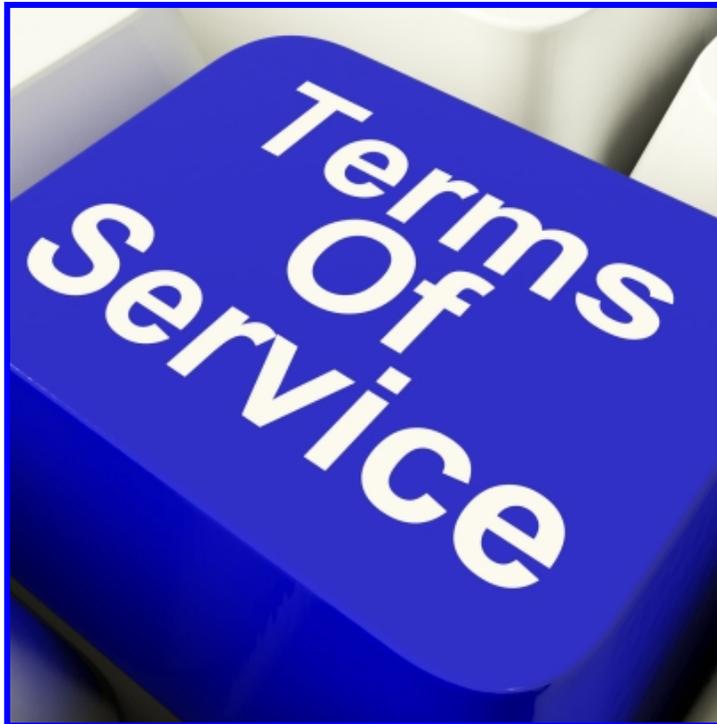
En el marco de la creación de una CPPI, esta obligación implica, según la Comisión, que la entidad adjudicadora incluya en el anuncio de licitación, o en el pliego de condiciones, la información fundamental sobre los documentos siguientes:



- A. el Contrato Público que se ha de adjudicar a la entidad de capital mixto que habría de crearse y los estatutos de dicha entidad,
- B. el Pacto entre Accionistas y
- C. Todos los demás elementos por los que se rige, por un lado, la relación contractual entre la entidad adjudicadora y el socio privado y, por otro, la relación entre la entidad adjudicadora y la entidad de capital mixto que debe crearse.
- D. la Convocatoria de licitación deberá incluir información sobre la duración prevista del contrato público que la entidad de capital mixto ha de ejecutar o de la concesión que ha de explotar.

La Colaboración Público Privada en el ámbito interno aplicable a la Construcción y Gestión de Instalaciones Deportivas

Esta modalidad examinada se introdujo en España con la aprobación de la Ley de Economía Sostenible y se encuentra actualmente regulada en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en la **Disposición Adicional vigésima novena. Fórmulas institucionales de colaboración entre el sector público y el sector privado**



“1. Los contratos públicos y concesiones podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concorra capital público y privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en esta Ley para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto, y en su caso, las relativas al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado.

2. Sin perjuicio de la posibilidad de utilizar medios de financiación tales como emisión de obligaciones, empréstitos o créditos participativos, las sociedades de economía mixta constituidas para la ejecución de un contrato público previstas en esta disposición adicional podrán:

Acudir a ampliaciones de capital, siempre que la nueva estructura del mismo no modifique las condiciones esenciales de la adjudicación salvo que hubiera estado prevista en el contrato.

Titulizar los derechos de cobro que ostenten frente a la entidad adjudicadora del contrato cuya ejecución se le encomiende, previa autorización del órgano de contratación, cumpliendo los requisitos previstos en la normativa sobre mercado de valores.”

1. El modelo de **CPPI** tiene por **objeto** la construcción, gestión y explotación de una infraestructura pública, es decir su objeto es un “**negocio**” no una obra pública.
2. El objeto no es cualquier “negocio” sino exclusivamente aquellos negocios que tienen por objeto la construcción de una obra y su explotación, en la que lo esencial es el **Interés Público** que se persigue con cualquier infraestructura pública. El Interés Público debe presidir tanto la fase de construcción como la fase de explotación.



4. Tanto para la Administración Pública promotora de la infraestructura como para el gestor privado resulta esencial una **buena gestión del Servicio**.
5. La **titularidad** de la Infraestructura o del Servicio sigue siendo **pública** durante toda su vigencia y la **Gestión** es **privada**.

5. Se trata de un modo de gestionar que exige compartir Riesgos y que supone un **intervencionismo** importante por parte de la **Administración** a través de distintas figuras que prevé la legislación:
 1. Representantes de la Administración que asisten a los Consejos de Administración de las Sociedades Concesionarias.
 2. Representantes de la Administración que fiscalizan la actuación de la empresa adjudicataria del servicio público de que se trate.

6. Debería conseguirse que el juego de las **cláusulas de reequilibrio** económico operasen en este tipo de fórmulas de CPPI de un modo más sencillo.

7. La gran asignatura **pendiente** es conseguir una **máxima implicación del Ayuntamiento** durante la fase de explotación porque en caso de inviabilidad económica de la CPPI las consecuencias para el Ayuntamiento son muy importantes.

www.broseta.com

C/ Pascual y Genís, nº 5
46002 Valencia
Tel: + 34 96 392 10 06 /07
Fax: + 34 96 392 10 88

Fernando el Santo, 15, 2ª planta
28010 Madrid
Tel: + 34 91 432 31 44
Fax: + 34 91 432 32 55

BROSETA.
ABOGADOS