
La colaboración público-privada como manifestación del gobierno abierto¹

PUBLIC-PRIVATE COLLABORATION AS A MANIFESTATION OF OPEN GOVERNMENT

Alejandro Canónico-Sarabia²

Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Villanueva³
alejandro.canonico@villanueva.edu

José Ignacio Herce Maza⁴

Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid⁵
ignacio.herce@urjc.es

Resumen: En el presente trabajo se exhibe un análisis desde la perspectiva del derecho público en general, el que se analiza la figura de la colaboración público-privada en un entorno de gobierno abierto. Se parte de la concepción de gobierno abierto, entendiéndola como una nueva forma de gestión pública que integra una serie de mecanismos y estrategias que contribuyen a un buen gobierno en el sector público, basado en cuatro grandes principios: la transparencia, la participación, la colaboración, y la rendición de cuentas. Todo esto asociado al concepto de democracia. Luego se observa que justamente, en el contexto de un gobierno abierto encuadra perfectamente el principio de la buena administración, y todo ello resulta en un escenario propicio para que se desarrollen experiencias de colaboración público-privada; entendiéndose que el principio de subsidiariedad se constituye en el eslabón fundamental para que se garantice el éxito de la figura, que, a su vez, se traduciría en beneficios para la ciudadanía.

Abstract: This work presents an analysis from the perspective of public law in general, which analyzes the figure of public-private collaboration in an open government environment. It is based on the concept of open government, understanding it as a new form of public management that integrates a series of mechanisms and strategies that contribute to good government in the public sector, based on four major principles: transparency, participation,

-
- 1 El presente trabajo se inscribe dentro de las líneas de investigación: Gobernanza y Derecho Administrativo y Contrataciones Públicas, del Grupo de Investigación: Derecho Público Global (Observatorio do litoral), Faculdade de Direito da Universidade da Coruña, Código: G000257
 - 2 ORCID: 0000-0002-6940-5087
 - 3 ROR 02fn69884
 - 4 ORCID: 0000-0002-8495-0366
 - 5 Pueden consultar más información del perfil académico y profesional del autor a través del siguiente enlace: www.joseignacioherce.es

collaboration., and accountability. All this associated with the concept of democracy. Then it is observed that precisely, in the context of an open government, the principle of good administration fits perfectly, and all of this results in a favorable scenario for the development of public-private collaboration experiences; understanding that the principle of subsidiarity is the fundamental link to guarantee the success of the figure, which in turn, would translate into benefits for citizens.

Palabras claves: gobierno abierto, buena administración, subsidiariedad, colaboración público-privada

Keywords: open government, good administration, subsidiarity, public-private collaboration

I. Referencia acerca del origen y la noción de gobierno abierto

En la actualidad resulta común y normal referimos a la noción de Gobierno Abierto (en los sucesivo GA), e incluso, sin dominar a profundidad esta expresión y su alcance, podemos tener una idea general relativa a su sentido y utilidad. No obstante, antes de precisar su concepto jurídico y efectos, resulta muy interesante partir de su origen para tener un conocimiento integral y sólido sobre este instituto. En ese sentido, se puede afirmar que el GA tiene su origen principal en los Estados Unidos de Norteamérica, vinculado a los procedimientos de adopción de la legislación relativa a la libertad de comunicación, prensa y acceso a la información pública. Gascón⁶ refiere específicamente que la expresión GA comienza su andadura por referencia de Wallace Park en su artículo «The Open Government Principle: Applying the Right to Know under the Constitution» donde se relaciona directamente con la disposición de información gubernamental y responsabilidad en el manejo de esa información.

Efectivamente, como se observa, desde su origen la noción de GA ha sido utilizada como referencia a los asuntos vinculados al acceso público a la información gubernamental⁷, tal y como se percibe en nuestros días como una de sus elementos fundamentales; convirtiéndose la señalada característica —el acceso a la información pública— en

6 Mila GASCÓ (2015). «Qué es el gobierno abierto (y qué no lo es)», en Mila GASCÓ, Alberto ORTIZ DE ZÁRATE, Rafa RUBIO, César CALDERÓN y Pablo DÍAZ CRUZ. *Guía Práctica para abrir Gobierno. Manual de «open government» para gobernantes y ciudadanos*. Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset.

7 En el documento denominado Freedom of Information Act (FOI) de 1966, las autoridades públicas del país del norte de América utilizaron la noción de GA para referirse al acceso a la información pública gubernamental previamente no revelada.

la razón de ser de su surgimiento, en aquel contexto, y por lo tanto, asociado a las disposiciones normativas cuyo objeto es la información, los datos, su clasificación y el acceso a dicha información⁸.

Paralelo a los eventos descritos antes, en los años 70 surge la utilización de la denominación GA en Reino Unido, asociado al secreto sobre la acción política de gobierno y con algunas manifestaciones encaminadas a garantizar el acceso de los ciudadanos a esa información pública, a través de un instrumento denominado Carta de Derechos Ciudadanos sobre Gobierno Abierto. En consecuencia, se observa que la evolución del concepto se encuentra relacionada con el desarrollo de la madurez de los pueblos y su aproximación a los asuntos públicos, ya que posteriormente, el GA no sólo era considerado como la posibilidad de acceder a la información pública, sino en garantizar la participación de las personas en las acciones políticas, en la toma de decisiones y en la gestión pública⁹.

Ahora bien, en esta apretada síntesis sobre el origen del concepto de GA, no se puede dejar de mencionar dos documentos de trascendental importancia para la visibilidad y desarrollo del GA: i. El informe de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), denominado: «Un gobierno abierto: fomentar el diálogo con la sociedad civil», producido en el año 2003; mediante el cual se observa a la GA como una forma de gobierno que tiene como premisas la transparencia, la accesibilidad y la cercanía de los ciudadanos a los asuntos públicos; y, ii. El documento emitido por Barack Obama, en su condición de presidente de los Estados Unidos, en 2009, denominado: «Memorándum de Transparencia y Gobierno Abierto», en el que propone la apertura del Gobierno y de la Administración, como mecanismo fundamental para fortalecer la democracia y promover la eficacia y eficiencia gubernamental.

En este último documento es donde se perfila al GA como: un sistema de transparencia, de participación del público, y de colaboración, para la mejora de la gestión pública y la garantía de ellos ciudadanos. La transparencia sirve para la divulgación de información pública y para solicitar la valiosa opinión de todas las personas; la participación, por su parte, como garantía fundamental de las personas, se incorpora para elevar las oportunidades de integración ciudadana en la elaboración de las políticas públicas; y, la colaboración es el concepto que permite el uso de herramientas innovadoras, métodos

8 Para profundizar sobre la noción de Gobierno Abierto se recomienda consultar: Oscar OSZLAK (2016). «Gobierno Abierto: el rumbo de los conceptos» en Issa LUNA PLA y José Antonio BOJÓRQUEZ PÉREZ NIETO (Coords.) y Andrés HOFMANN (ed.). *Gobierno Abierto y el valor social de la información pública*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas; Álvaro RAMÍREZ–ALUJAS (2010). «Innovación en la Gestión Pública y Open Government (Gobierno Abierto): Una Vieja Nueva Idea» (Octubre 2, 2010). *Revista Buen Gobierno*, No. 9, julio–diciembre 2010; Álvaro RAMÍREZ ALUJAS (2012), «Gobierno abierto es la respuesta: ¿Cuál era la pregunta?», *Revista Más Poder Local*, Núm. 12; y FRANCISCO DELGADO MORALES. «Aproximación al Gobierno Abierto en España El IV Plan de Acción 2020–2024», *Revista Española de la Transparencia*. Núm. 12, primer semestre, enero–junio 2021.

9 Álvaro RAMÍREZ–ALUJAS (2012), «Gobierno abierto es la respuesta... *Ob cit.*

y sistemas para facilitar la cooperación entre los departamentos gubernamentales, y con organizaciones sin fines de lucro, empresas y particulares en el sector privado¹⁰.

Pues bien, como hemos ido dejando constancia, se puede afirmar que la noción de GA también se asocia al concepto de Gobernanza¹¹, entendido como un nuevo modelo de gestión o nueva «...manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un nuevo desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía»¹²; este modelo se posiciona en la sociedad sobre la base del principio de desarrollo sostenible, que toma en cuenta a la persona humana y sus diversas formas participativas y asociativas.

Lo anterior se relaciona directamente con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) establecidos en la Agenda 2030 por la 70ª Asamblea General de las Naciones Unidas celebrada en 2015¹³; dentro de los que se destaca el objetivo 16, el cual sostiene la promoción de sociedades justas, pacíficas e inclusivas. Según su postulado, este objetivo consiste en configurar un nuevo marco de gobernanza pública y una renovada arquitectura estatal que garantice la promoción de sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas en todos los niveles. Añadiendo que para enfrentar el señalado desafío es menester contar con una mayor interacción entre Estado y sociedad, dentro de una nueva gestión pública transparente, eficaz, responsable, receptora, incluyente y participativa, que permita garantizar la construcción de sociedades más prósperas, equitativas y justas.

Este es precisamente el fundamento para consolidar un modelo de gestión pública de GA, donde se garantice la transparencia, la participación y colaboración. Esta nueva forma de ejercicio del Poder, denominada gobernanza y asociada al concepto de GA, posee un alcance multidisciplinar (político, económico, administrativo, jurídico y sistémico), que se encuentra enfocado a construir un espacio donde se garantice la vigencia de los derechos de las personas, la participación, la transparencia y la eficiencia en la gestión pública, pero, fundamentalmente, cubierto por la idea de libertad.

Esta nueva forma de ejercicio del poder es muy interesante, y se inspira en la realidad actual, donde se visualizan múltiples centros de poder, verificados en el plano supranacional, nacional, regional o local, a la par de organizaciones no gubernamentales, que muchas veces operan en escenarios globales y que inciden en la vida de las personas, más la participación de sectores privados en la adopción de decisiones públicas estratégicas y en la ejecución de prestaciones. Esto quiere decir que el Estado ha dejado

10 César NICANDRO CRUZ-RUBIO (2015) «¿Qué es (y que no es) gobierno abierto? Una discusión conceptual». *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. N.º 8, marzo – agosto 2015.

11 Sobre el concepto de gobernanza se recomienda consultar: Cristina ZURBRIGGEN, «Gobernanza: una mirada desde América Latina.» *Perfiles latinoamericanos*. Vol. 19, núm. 38, julio-diciembre 2011, Facultad latinoamericana de ciencias sociales, México.
https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-76532011000200002

12 <https://www.rae.es/drae2001/gobernanza#> consultado el 3 de febrero de 2024

13 <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/> consultado el 02 de noviembre de 2023

de poseer el monopolio del poder de mando, ya que ha tenido la necesidad de ceder a mecanismos de negociación, colaboración y cogestión, para garantizar la gobernabilidad democrática y la eficiencia en el cumplimiento de sus cometidos públicos.

Por otra parte, conviene referirse a la Carta Iberoamericana de Gobierno Abierto en 2016, formulada por el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), y adoptada por la XXV Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, como un hito importante en la definición conceptual y práctica del Gobierno Abierto y la formulación de sus principios y valores¹⁴. Este importante instrumento de derecho blando define al GA como: «...el conjunto de mecanismos y estrategias que contribuye a la gobernanza pública y al buen gobierno¹⁵, basado en los pilares de la transparencia, participación ciudadana, rendición de cuentas, colaboración e innovación, centrado e incluyendo a la ciudadanía en el proceso de toma de decisiones, así como en la formulación e implementación de políticas públicas, para fortalecer la democracia, la legitimidad de la acción pública y el bienestar colectivo». Para luego perfilar, de forma acertada, los cuatro pilares fundamentales del gobierno abierto, a saber: 1. La transparencia y el acceso a la información pública; 2. La rendición de cuentas públicas; 3. La participación ciudadana; y 4. La colaboración e innovación pública y ciudadana.

Observamos entonces que el concepto de GA está íntima e intrínsecamente vinculado a la dimensión democrática¹⁶, precisamente a aquellas democracias verdaderas que se inscriben dentro de la corriente del buen gobierno, donde se garantiza la participación, la colaboración, la integridad y la eficiencia en la gestión pública. Todo esto, sin descartar los aspectos instrumentales del GA, igualmente vinculados al sistema democrático, basados en la comunicación y formación, precisamente en los valores de GA.

En sintonía con la indisoluble unión entre la democracia y el GA, se nos presenta el concepto de GA, basado en la democracia o gobierno conversacional, entendido como:

«Aquel que entabla una constante conversación con los ciudadanos con el fin de oír lo que ellos dicen y solicitan, que toma decisiones basadas en sus necesidades y preferencias, que facilita la colaboración de los ciudadanos y funcionarios en el desarrollo de los servicios que presta y que comunica todo lo que decide y hace de forma abierta y transparente»¹⁷.

14 <https://clad.org/wp-content/uploads/2020/07/Carta-Iberoamericana-de-Gobierno-Abierto-07-2016.pdf> consultada el 4 de diciembre de 2023.

15 «Se entiende por buen gobierno aquél que busca y promueve el interés general, la participación ciudadana, la equidad, la inclusión social y la lucha contra la pobreza, respetando todos los derechos humanos, los valores y procedimientos de la democracia y el Estado de Derecho». *Código Iberoamericano de Buen Gobierno*. Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), Montevideo-2006, <https://clad.org/wp-content/uploads/2020/07/Codigo-Iberoamericano-de-buen-gobierno.pdf> consultada el 4 de diciembre de 2023.

16 Laura GONZÁLEZ-GARCÍA. «Significado del concepto Gobierno Abierto en las administraciones españolas» *Revista Española de la Transparencia*. RET. ISSN 2444-2607 Núm. 15. Segundo semestre. Julio-septiembre de 2022, pp. 157-180 DOI: <https://doi.org/10.51915/ret.224>

17 Cesar CALDERÓN y Sebastián LORENZO, Coords. (2010). *Open Government: Gobierno Abierto*. Jaén: Algón Editores, pág. 11.

En fin, las democracias modernas deben enrumbarse por este camino del GA, para avanzar en la sostenibilidad de la garantía de los derechos fundamentales, basados en la participación y la colaboración, para llegar a la integridad y la eficiencia gubernamental, manteniendo la alerta de los nuevos y constantes retos que se le presenta a la humanidad.

Precisamente, no se puede hablar en la actualidad de GA, sin mencionar los aspectos que hoy ocupan gran parte de las discusiones, los análisis y las regulaciones por parte de los actores públicos, en virtud de la incesante irrupción de la tecnología y, por ende, de los nuevos problemas que se deben afrontar. Nos referimos específicamente a los datos, su reutilización, la huella normativa o la transparencia de procesos. Estas realidades sugieren ajustes normativos, a través de la necesaria modificación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, o mediante una regulación autónoma, como la que se ha pretendido a través del Real Decreto Ley 24/2021, por medio del cual se transpuso la Directiva de la Unión Europea 2019/1024, sobre reutilización de la información del sector público; en la que se incluyen además a las empresas públicas y donde se promueven medidas en favor de la reutilización gratuita de datos públicos.

Por último, cabe destacar que en España se está conscientes de los retos que supone la implementación decidida de un sistema integral de GA, y es por ello que mantiene una serie de planes de acción para garantizar que se consolide tal modelo de gestión. En ese sentido, España, entre otros, hace parte de la Alianza para el Gobierno Abierto, que se trata de una iniciativa voluntaria y multilateral que tiene por objeto asegurar compromisos concretos de los gobiernos para promover la transparencia, capacitar a los ciudadanos, mantener la lucha contra la corrupción y aprovechar las nuevas tecnologías para fortalecer la gobernabilidad. La señalada iniciativa, tuvo como base el acuerdo denominado «Declaración de Gobierno Abierto», suscrito por sus miembros fundadores (Brasil, Indonesia, México, Noruega, Filipinas, Suráfrica, Reino Unido y EE.UU.), a través del cual asumieron el compromiso en aumentar la disponibilidad de información sobre las actividades gubernamentales, aplicar los más altos estándares de integridad funcional en todos sus gobiernos, fomentar y apoyar la participación ciudadana y aumentar el acceso a las nuevas tecnologías para la apertura y la rendición de cuentas.

En ese sentido, España ha formulado cuatro planes de GA, donde se han recogido el conjunto de actuaciones a la que se compromete la Administración General del estado, en colaboración con las demás Administraciones públicas y frente a la sociedad civil, para avanzar en determinado período, en la transparencia, la participación, la integridad y la sensibilización social, para lograr una sociedad más justa, pacífica, inclusiva y próspera. En el último de ellos, el IV Plan de Gobierno Abierto 2020-2024, aprobado el 29 de octubre de 2020, y que vence este año, se establecieron diez compromisos asumidos por las Administraciones públicas para reforzar la transparencia y la rendición de cuentas, mejorar la participación, establecer sistemas de integridad pública, y, en definitiva, formar y sensibilizar a la ciudadanía y al personal público en materia de GA, con el objetivo de contribuir a una sociedad mejor¹⁸; basta saber el saldo de cumplimiento de esos objetivos

18 https://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index/Gobierno-abierto/planes-accion.html

al vencimiento del período de vigencia, y antes de formular el próximo plan, que ya se encuentran en fase de consulta¹⁹.

En definitiva, es importante reforzar los gobiernos abiertos para concretar el derecho fundamental de los ciudadanos a un buen gobierno, que se traduzca en mayor bienestar y prosperidad para la población, y esto pasa por contar con mejores servicios públicos y calidad de vida de las personas, garantizar el derecho fundamental a la buena administración, sobre el que regresaremos más adelante, y con ello se contribuye al fortalecimiento del sistema democrático. Para todo esto es necesario contar con el concurso de las personas y el sector privado de manera determinante en la planificación, ejecución y control de la gestión pública.

II. Reflexiones sobre la relación entre los ciudadanos y el Estado en un contexto de gobierno abierto

La instalación de sistemas de colaboración público–privada requiere la aceptación por parte del poder público de una dinámica Sociedad–Estado de cooperación mutua para la consecución de objetivos y finalidades de interés para todos. Desde este punto de vista los particulares pueden y deben ejercer un papel protagonista y activo en la satisfacción de las necesidades de la sociedad mediante la prestación de servicios de interés general. Para ello se necesita la apertura de un espacio de libertad, autonomía y de colaboración entre el poder y la ciudadanía, como fue desarrollado en el capítulo anterior.

La afirmación anterior tiene como consecuencia la asunción de la mutación del sistema decisional unilateral de la Administración²⁰ y la ruptura con la tradicional expresión *El Estado no pacta con el súbdito*, que fue acuñada por H. BAUER²¹, para pasar a un sistema basado en una democracia conversacional.

El cambio de paradigma reconoce la posición del ciudadano como protagonista de lo público en las distintas dimensiones de participación en el espacio colectivo. En el caso de la colaboración público–privada implica movilizar competencias, energías y capitales²²

19 Se puede consultar el documento marco para la elaboración del V Plan de GA 2025–2029, en el siguiente enlace: https://www.hazlab.es/sites/default/files/2024-02/Documento%20marco%20V%20Plan_ aprobado.pdf

20 Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general. Tomo I.* (España: BOE, 2015).

21 Andoni ITURBE MARCH, «Gobierno y Administración. Democratización por tecnología» *Fundación Manuel Giménez Abad.* (2008): 1–34. Acceso a través de: <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/5764585.pdf>

22 Borja COLÓN DE CARVAJAL FIBLA. «Colaboración público–privada e infraestructuras públicas: algunos aspectos positivos y muchas propuestas de reforma», *Noticias Jurídicas*, 1 de marzo

para que los particulares colaboren en el sostenimiento de las grandes infraestructuras y en la prestación de los servicios públicos.

Cabe reseñar que los paradigmas del Derecho Administrativo originario, acertadamente expuestos por CASSESE²³, han sido superados. En el modelo originario la relación entre el régimen administrativo y la sociedad no tenía vasos comunicantes. MAYER consideraba que el Estado, quien ejerce la actividad administrativa, es quien administra, y que las personas se encuentran sometidas a él²⁴, sin que quepa en este sistema la necesidad de la participación de la sociedad en el espacio público.

En el siglo XXI el modelo relacional del ciudadano con la Administración Pública ha cambiado de una manera muy drástica en comparación con el modelo originario del Derecho Administrativo, que recordamos, estaba basado en prerrogativa y en la preeminencia del Estado frente al ciudadano.

Actualmente la persona es el elemento central del sistema²⁵ y la protagonista de lo público. El Ordenamiento jurídico, entre ellos el Administrativo, tiende a dirigir la normativa, al menos en espíritu, por ese camino.

La colaboración público-privada es uno de los sistemas actuales que ubican a la sociedad en el centro del sistema y conceden protagonismo a los ciudadanos que, en este caso, a través de distintas fórmulas, contribuyen al servicio al interés general de una manera más eficiente que el poder público, mediante su participación y colaboración en cuestiones de interés de todos (como en la prestación de servicios públicos) a través generalmente de organizaciones empresariales o del tercer sector.

En el Estado Social y Democrático de Derecho los ciudadanos son el centro del poder público y los protagonistas de los asuntos de interés general. Esta posición otorga derechos y obligaciones. Entre los primeros, destaca el derecho fundamental a una buena administración pública²⁶, que lleva aparejado otros derechos que emanan de la centra-

de 2011. Acceso a través de: <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4640-colaboracion-publico-privada-e-infraestructuras-publicas:-algunos-aspectos-positivos-y-muchas-propuestas-de-reforma/>

23 Sabino CASSESE, *La globalización jurídica*. (Madrid: Marcial Pons, 2006).

24 Otto MAYER. Citado en Miguel Ángel CAMPOS SÁNCHEZ. *Los contratos de colaboración público-privada y la reforma del Derecho administrativo*, (Tesis doctoral, Universidad de Granada, 2017). Acceso a través de: <http://hdl.handle.net/10481/51892>.

25 Jaime RODRÍGUEZ-ARANA. «Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano» *Revista de Direito Administrativo y Constitucional*. N.º 47. (2012). Enlace disponible a través de: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view-File/188/219>, Jaime RODRÍGUEZ-ARANA y José Ignacio HERCE. «Algunas consideraciones sobre el acceso a la información pública a la luz de la sentencia del Tribunal Supremo (sala 3.ª, sección 3.ª), núm. 1547/2017, de 16 de octubre» *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. Vol. 22. (2018): 298-319.

26 *Ídem*.

lidad de la persona y de la buena administración, como el de participación ciudadana²⁷. Este principio de buena administración se proyecta en todas las dimensiones de la acción pública²⁸.

Con la desaparición del modelo de Estado administrador del que hablaba MAYER, ocupa su espacio un modelo relacional que, reconociendo la dualidad entre la Sociedad y el Estado, potencia los derechos preexistentes de la persona humana y amplía el grado de participación en la sociedad y en la economía de las personas, empresas y cuerpos intermedios²⁹. Este nuevo modelo de Estado pone el foco en el respeto de la libertad de la ciudadanía y en la protección y promoción de los derechos fundamentales de la persona humana.

Uno de los elementos que justifica el fortalecimiento de los sistemas de colaboración público–privada como una de las formas que acreditan el cambio de paradigma relacional entre el ciudadano y el poder público es el empoderamiento de la sociedad, que ostenta el dominio de lo científico y técnico, unido a la asunción de la dinámica de riesgos que supone la operatividad en un mercado, es precisamente un sistema basado en el GA.

La fuerza que ostenta la sociedad ha hecho retroceder la intervención del Estado en muchos ámbitos. No solo ha incrementado su poder en términos cuantitativos, sino que ha abandonado su posición pasiva destinataria de la acción del Estado, para autoorganizarse de manera muy eficaz y fortalecerse a través de mecanismos de autorregulación³⁰ y de participación. La Sociedad toma conciencia de sí misma y se empodera, acreditando por la vía fáctica que en muchos aspectos avanza a mayor fuerza y velocidad que el Leviatán.

Brota ese nuevo modelo de GA que sin alejarse de los postulados clásicos del Estado de Derecho liberal (separación de poderes, principio de legalidad y reconocimiento de los derechos fundamentales), ni de los derechos y principios proclamados por el constitucionalismo social, otorga un papel protagonista a la sociedad en el espacio colectivo en múltiples dimensiones.

El modelo de Estado Regulator y Garante³¹, trata de equilibrar ambas posiciones fomentando la libertad, solidaridad y responsabilidad de los miembros que integran la

27 Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del Ciudadano. (Caracas: Clad, 2013).

28 José Ignacio HERCE MAZA. «La asociación para la innovación la óptica de la buena administración(I): Buena administración y compra pública de innovación» *Gavilex*, N.º 17. (2019): 12–66. Acceso a través de: https://gabilex.castillalamancha.es/sites/gabilex.castillalamancha.es/files/pdfs/jose_ignacio_herce.pdf.

29 Johannes MESSNER, *Ética social, política y económica a la luz del derecho natural*. (España: Rialp, 1967). Pág. 346–347

30 Jose ESTEVE PARDO, «Perspectiva e impacto de la crisis desde la nueva correlación entre Estado y sociedad». *Documentación Administrativa*, (1). (2014): 1–16.

31 José ESTEVE PARDO, *Estado Garante Idea y Realidad*. (Madrid: INAP, 2015) y Juan CARLOS CASSAGNE, Conferencia de cierre pronunciada el 12/04/2019 en las *XII Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano* llevadas a cabo en el Pazo de Mariñán (La Coruña), dirigidas por Jaime Rodríguez–Arana Muñoz.

sociedad, depositando su confianza en ellos y consolidando un espectro jurídico que permita el pleno desarrollo de sus potencialidades.

El Estado Regulador y Garante procura alcanzar los mejores niveles de calidad y eficiencia de los servicios públicos y de actuación de la Administración mediante la articulación de sistemas que fomentan la participación de la sociedad en asuntos colectivos, como, por ejemplo, instrumentos de colaboración público-privada³². Además de la fórmula de colaboración mencionada se reconoce la implicación de la ciudadanía en la toma de decisiones públicas³³ y se abren espacios de participación, como en trámite de información pública en el desarrollo de proyectos reglamentarios o la participación en las decisiones del Ayuntamiento en el ámbito municipal.

Un Estado que actúa conforme a los principios del Estado Regulador, garantiza los derechos fundamentales de las personas, pero también reconoce que necesita de la colaboración de la sociedad en su conjunto para alcanzar fines de interés general en aspectos que van desde la construcción y gestión de grandes infraestructuras, hasta la investigación científica y técnica.

Cada vez son más los espacios en los que el poder público necesita de la iniciativa, colaboración y fuerza de los particulares. Cuestiones como la voluntariedad de los sistemas de ecoauditoría, los sistemas de gestión y auditoría ambientales, la participación ciudadana en el deporte a través de las federaciones y clubes deportivos, el sistema financiero, aspectos tecnológicos como la investigación de vanguardia e incluso los servicios públicos son algunos casos en los que la fuerza de la sociedad civil alcanza cada vez mayor intensidad. Los ejemplos citados son solo unos pocos de los muchos ya existentes, en este nuevo sistema de relaciones con el poder público.

En un momento en el que la fuerza de la sociedad cada vez es mayor y el sistema relacional Estado-Ciudadanía concede un protagonismo más relevante a la segunda en perjuicio de la primera, cobran especial trascendencia las herramientas que abren paso al GA. Una de ellas es precisamente las herramientas de colaboración público-privada (en lo sucesivo, CPP), que se han mencionado a lo largo de este capítulo, desde sus múltiples manifestaciones, entre ellas, más adelante, las contractuales.

El fomento de la CPP lleva aparejado un cambio de mentalidad a la hora de observar la gestión pública y reconocer los efectos del derecho fundamental a una buena administración, que tiene que proyectarse en todos los aspectos de la articulación de la CPP con la visión de servicio permanente al interés general³⁴.

32 Juan CARLOS CASSAGNE, «Las transformaciones del Derecho Público y su proyección al modelo de Estado». (Conferencia de cierre pronunciada en las *XII Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano* llevadas a cabo en el Pazo de Mariñán (La Coruña), el 12 de abril de 2019). Acceso a través de: https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/Las_transformaciones_del_Derecho_Publico_y_su_proyeccion_al_modelo_de_Estado_-_16-04-2019.pdf

33 Jaime RODRÍGUEZ-ARANA y José Ignacio HERCE MAZA. «Algunas consideraciones (...)», Ob. cit.

34 Jaime RODRÍGUEZ-ARANA. «La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa». *Misión Jurídica*, N.º 6. (2013): 23-56. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5167578.pdf>

Como se verá adelante, en estos sistemas, prima la flexibilidad desde el cumplimiento del principio de legalidad. Fundamentalmente, la participación la transparencia y la colaboración. GONZÁLEZ GARCÍA, siguiendo las enseñanzas de VILLAR PALASÍ, las considera el paradigma de la mutabilidad equivalente de técnicas en cuanto resultado alcanzado, en la medida en que es indiferente la aplicación de una técnica impositiva o el ejercicio de una potestad administrativa que puede confluír a resultados idénticos³⁵.

III. Análisis de la subsidiariedad en torno a la colaboración público–privada

1. El principio de subsidiariedad como elemento articulador en un escenario de GA

El poder público encuentra como elemento legitimador la búsqueda del bien común, por ello la acción pública ha de estar siempre encaminada al permanente servicio objetivo al interés general³⁶. El poder público ha de fomentar permanentemente el bien común para buscar el máximo desarrollo de la persona humana y así garantizar el cumplimiento de sus fines legitimadores.

Como se ha señalado *ut supra*, e indicó el profesor MEILÁN GIL, el ejercicio del poder público se justifica para la procura del bien común³⁷. En esta búsqueda del interés general desempeña un importante papel el principio de subsidiariedad, siendo el Estado Subsidiario un equivalente del Estado Regulador y Garante³⁸. El modelo de Estado Subsidiario defiende que el bien común se alcanza mediante la protección de tres pilares que deben de estar en una Sociedad y en su modelo regulatorio: libertad, responsabilidad y solidaridad.

El principio de subsidiariedad tiene una faz positiva que lleva a la acción del Estado y otra negativa, que es la de principio, que impide y delimita su actuación³⁹. Toma fuerza

35 Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA. «Colaboración público–privada: más allá de la nueva Ley de Contratos del Sector Público» *Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. N.º 74. (2018): 34–43. <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1508903>

36 Jaime RODRÍGUEZ–ARANA MUÑOZ. *Interés general, Derecho Administrativo y Estado de Bienestar*. (España: lustel, 2012)., Jaime RODRÍGUEZ–ARANA. «Interés general y fin» *Atlántico*. 9 de febrero de 2022.

37 José Luis MEILÁN GIL, «Intereses generales e interés público desde la perspectiva del Derecho público español», *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Año 10, n.º 40. (2010): 171–198

38 Juan Carlos CASSAGNE, «Las transformaciones del Derecho Público y su proyección al modelo de Estado», *Ob. cit.*

39 Augusto DURÁN MARTÍNEZ, «Estado Constitucional de Derecho y servicios públicos», *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, año 15, N.º 60. (2015): 39–62., Augusto DURÁN MARTÍNEZ, «Monopolios estatales y derecho de la competencia», *Estudios de Derecho Público*. vol. I.

el principio que da protagonismo a los privados en el marco de lo público, reconociendo que en muchas ocasiones es la propia sociedad la más adecuada para la satisfacción del interés general a través de instrumentos como la colaboración público-privada o la participación ciudadana.

La exposición anterior no tiene como consecuencia la eliminación del Estado o su reducción a un agente simbólico, ya que la presencia del Estado es esencial para garantizar la seguridad jurídica a los fines de proteger los derechos de propiedad, asegurar el funcionamiento de los mercados, proporcionar asistencia a grupos vulnerables y salvaguardar el medio ambiente, entre otros muchos asuntos indispensables⁴⁰. Pero un Estado regido por las premisas del GA.

Sin perjuicio de lo anterior, reconfigura el papel del poder público para que su acción estratégica se centre en la definición adecuada de los servicios necesarios y los estándares de su prestación, el desarrollo de un marco de regulación que garantice el interés general y deposite una mayor confianza en los particulares en la toma de decisiones e introducción de soluciones innovadoras⁴¹ conforme al interés de todos.

Se diluye el monopolio del poder público y se concede un mayor protagonismo a la sociedad, consagrándose un sistema de intervención subsidiaria en el que el Estado sólo debe intervenir para salvaguardar el interés general en aquellos casos en los que la actuación de la sociedad no sea suficiente para ello.

El Estado da así paso a la dinámica natural de la sociedad, actuando el poder público como un mecanismo de apoyo solo en aquellos casos en los que sea necesario para proteger al interés general y los derechos fundamentales de las personas.

El principio de subsidiariedad en el Estado regulador y garante tiene una visión optimista de la persona y por ello deposita confianza en la sociedad para que, en su dinámica natural, alcance el bien común.

Y es que los sistemas de CPP como estrategia en la provisión de servicios o de obras es de actualidad por la oportunidad que ofrece para habilitar soluciones técnico-jurídicas más avanzadas que posibiliten el impulso de ciertos proyectos de interés social, que se pueden articular con mucha dificultad bajo la arquitectura tradicional de la contratación pública ordinaria⁴². Ofrece un amplio abanico de posibilidades institucionales y con-

40 Juan DE LA CRUZ FERRER. *Liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico. Modelos y análisis de la Ley 54/1997*. (Madrid: Marcial Pons, 1999).

41 Adolfo FUERTES FERNÁNDEZ, *Fundamentos de la colaboración público-privada para la dotación de infraestructuras y su aplicación en el derecho español: estudio de la vigente regulación contractual*. (Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2011). Acceso a través del siguiente enlace: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/54635/>

42 Patricia VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, «Colaboración público-privada, estabilidad presupuestaria y principio de eficiencia de los fondos públicos», libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos* 2011, Civitas, 2012, pp. 435-462., Patricia VALCÁRCEL FERNÁNDEZ «La colaboración público-privada como fórmula de externalización de cometidos públicos», *Anuario de la Facultad de Derecho*

vencionales que invitan a la sociedad a participar en asuntos de interés general, porque en estos aspectos han adelantado en eficacia, eficiencia y conocimientos al Estado.

En el marco de la CPP, diversos autores han llegado a defender nuevos roles del Estado que se enmarcan en la idea de Estado subsidiario. Se defendido la visión del Estado como facilitador, en la medida en que trata de velar por el consenso, ostentando un papel poco intrusivo en la CPP y en las relaciones entre las partes⁴³. Otros, han defendido que su papel es, entre otros, de activador, coordinador, sustentador de esfuerzos colectivos o árbitro y conciliador del espacio público⁴⁴.

A través del principio de subsidiariedad, se produce una transformación del Estado social de Derecho, de Estado prestacional (constructor de infraestructuras, productor de bienes y prestador de servicios) a un Estado de garantía de prestaciones⁴⁵, un Estado subsidiario en los términos empleados por profesores como DURÁN⁴⁶ o CASSAGNE⁴⁷.

En un Estado en el que está presente la subsidiariedad tiene un papel fundamental la instrumentación de sistemas de colaboración público–privada. A través de estos sistemas se abre un espacio de participación pública en asuntos de interés general y estratégicos a los distintos actores de la sociedad desde el tercer sector hasta la actividad empresarial.

2. La colaboración público–privada como manifestación de la subsidiariedad en el GA

Aunque no existe una definición unívoca e inequívoca del concepto de CPP, si se encuentran múltiples exposiciones conceptuales que nos aproximan a la idea de esta institución que toma fuerza por momentos, siguiendo la tendencia del poder público en otorgar más confianza a los privados en asuntos de interés general. En cualquier caso,

de Orense, 2007, pp. 645– 662. Sobre contratación pública estratégica se recomienda consultar: Alejandro CANÓNICO–SARABIA, *La contratación pública estratégica y el acceso de las pymes*, Editorial Olejnik, Santiago, 2022. ISBN: 978–956–407–192–3

- 43 AGUILAR VILLANUEVA, L. F. «Gobernanza: normalización conceptual y nuevas cuestiones». *Cuadernos de Liderazgo*, n.º 17, (2008): 1–31.
- 44 Gema PASTOR ALBAREJO y María José GARCÍA SOLANA, «La gestión compartida de servicios públicos. El caso del Proyecto de Vida Independiente». (*Conferencia del XXII Congreso Mundial de Ciencia Política*, de Madrid, 8–12 Julio de 2012). Acceso a través de: <https://www.ipsa.org/page/world-congress-madrid-2012>
- 45 Víctor HERNÁNDEZ MENDIBLE, «La regulación de los servicios públicos competitivos», *Revista Actualidad en Derecho Público*, n.º 21–23, (2003), p. 115. citado por Rodrigo FERRES RUBIO, «los contratos de participación público–privada como instrumentos de financiación y gestión de infraestructuras públicas». *Revista Digital de Derecho Administrativo*. N.º 22 (2019): 97–119.
- 46 Augusto DURÁN MARTÍNEZ, «Principio de eficacia y Estado subsidiario», *Estudios de derecho público*, vol. II, Montevideo.
- 47 Juan Carlos CASSAGNE. «La transformación del Estado». *Revista de Derecho Público*, vol. 47–48. (2016): 65–77. doi:10.5354/0719–5249.2016.43580

cuando se hace referencia a un sistema de CPP, se está pensando en formas de participación de los particulares en la gestión pública, a través de variadas modalidades de instrumentos tanto de derecho público como de derecho privado⁴⁸.

El Banco Mundial ha definido la CPP de la siguiente forma:

Cualquier acuerdo contractual entre una entidad o autoridad pública y una entidad privada para la prestación de un bien o servicio público, en el que la parte privada asume un riesgo y una responsabilidad de gestión significativos.

Esta visión puede ampliarse si se tiene en cuenta la definición que formula *The Public-Private Partnership Alliance of the United Nations Economic Commission for Europe*:

Los métodos innovadores utilizados por el sector público para contratar con el sector privado, que aporta su capital y su capacidad para ejecutar los proyectos a tiempo y de acuerdo con el presupuesto, mientras que el sector público conserva la responsabilidad de prestar estos servicios a la ciudadanía de una manera que beneficie al interés general y propicie el desarrollo económico y una mejora en la calidad de vida

La CPP ha de ir mucho más allá buscando la relación colaborativa entre la sociedad y el Estado en cuestiones de interés general. Precisamente se ha llegado a hablar de fórmulas de colaboración en el marco de la Cuarta Revolución Industrial, en tecnologías digitales y en especial mecanismos de ciberseguridad⁴⁹, entre las múltiples opciones que permite.

Es destacable la experiencia de colaboración que se está desarrollando entre el Centro Nacional de Inteligencia de España y las empresas del Ibex 35 en materia de ciberseguridad para enfrentarse de manera coordinada a nivel nacional, comunitario e internacional a las amenazas que representan los ciberataques rusos⁵⁰ en el marco de la Guerra de Ucrania.

48 Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA. «Colaboración público-privada: más allá de la nueva Ley de Contratos del Sector Público» *Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. N.º 74. (2018): 34-43. Enlace a través de: <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1508903>

49 Luis JOYANES AGUILAR. «Ciberseguridad: la colaboración público-privada en la era de la cuarta revolución industrial (Industria 4.0 versus ciberseguridad 4.0)». *Cuadernos de Estrategia*. N.º 185. (2017): 19-64.

50 Un reconocido diario español del mundo corporativo ha llegado a exponer: *El plan es que la Unión Europea (UE) y Estados Unidos compartan información y procesos para frenar la ciber guerra e imponer sanciones más contundentes contra Rusia. La coordinación se está realizando al nivel de cada Gobierno europeo con las empresas de su país. Posteriormente, se unifican mensajes comunitarios y se comparten con los norteamericanos. Es la primera vez que se da una colaboración de este nivel.* Jorge ZULOAGA y Miguel ROIG. «El CNI acelera contactos con el Ibex para coordinar una respuesta a la ciber guerra rusa» *El Confidencial*. 10 de marzo de 2022. Acceso a través del siguiente enlace: https://www.elconfidencial.com/empresas/2022-03-10/cni-acelera-contactos-ibex-coordinar-estrategia-ciber guerra-rusa_3388786/

El modelo relacional entre la Administración y la sociedad es bien complejo. De conformidad con el empoderamiento de la sociedad al que ya se ha hecho referencia, KRAMER⁵¹ clasificó dichas relaciones, que fueron a su vez puestas en conexión con los distintos modelos de intervención por VERNIS DOMENECH⁵².

El surgimiento de las fórmulas de CPP en sus distintas dimensiones, parte de la idea de subsidiariedad expuesta en párrafos anteriores. Nace del convencimiento de que las Administraciones Públicas más que asistenciales y prestadoras de servicio deben ser fiscalizadoras de las actividades de los privados servir los escenarios propicios para el desarrollo, y por ello, realizar un repliegue a aquello que mejor sabe hacer, regular, controlar y mejorar la eficiencia del gasto público mediante contratos con terceros⁵³.

El modelo de colaboración debe acercarse al máximo fortalecimiento de la sociedad civil según el modelo de VERNIS, de tal manera que el tercer sector y las corporaciones ocupen cada vez más espacios públicos velando el Estado por la satisfacción del interés público, o lo que es lo mismo, la manifestación de un GA.

ALSINA BURGUÉS y GONZÁLEZ DE MOLINA precisan los límites de la CPP siguiendo el criterio de DONAHUE y ZECKHAUSER. Desde su punto de vista la CPP aparece cuando la discrecionalidad es compartida, y por eso se ha llegado a definir gobernanza colaborativa como *acuerdos cuidadosamente estructurados que entretujan las capacidades públicas y privadas en términos de discrecionalidad compartida*⁵⁴, en sintonía con la precisa noción de GA.

Los mecanismos de CPP implican una redefinición del rol que el sector público desempeña en relación con los bienes, servicios públicos y prestaciones. Se enmarca entonces en una reforma de su actuación que busca una mayor eficiencia y enfoca su protagonismo sobre una adecuada definición de objetivos y el aseguramiento del interés público. Para ello se promueve la preferencia de políticas de cooperación y negociación frente a propuestas clásicas basadas en las prerrogativas. El papel del Estado se concibe como un agente regulador y garante en la provisión de infraestructuras y servicios esenciales en lugar de un agente económico directo y prestador.

51 Ralph M. KRAMER. «Voluntary agencies in the welfare state». (USA: *Voices Revived*, 1981).

52 Alfred VERNIS DOMÈNECH. 2005. «Asociaciones entre lo público y lo privado: en búsqueda de la complementariedad». *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, N.º 33. (2005):1-25.

53 Pedro GARCÍA CAPDEPÓN, «Los contratos de colaboración público–privada» *Revista española de la función consultiva*. N.º 3. (2005): 89–114. Acceso a través del siguiente enlace: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1358093>, Adolfo FUERTES FERNÁNDEZ, *Fundamentos de la colaboración público–privada para la dotación de infraestructuras y su aplicación en el derecho español: estudio de la vigente regulación contractual*. (Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2011). Acceso a través del siguiente enlace: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/54635/>

54 DONAHUE, J. Y ZECKHAUSER, R. (2006). «Public–private collaboration». En *The Oxford Handbook of Public Policy* (p. 496–525). Oxford: Oxford University Press, en Victòria ALSINA BURGUÉS y Eduardo GONZÁLEZ DE MOLINA, «La colaboración público–privada como vector de innovación: casos de éxito en España» *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*. N.º especial. (2019): 122–139. Pág. 125.

Mediante la CPP, se da una mayor participación a cada uno de los actores en el proceso de construcción del espacio público y la mejora de la calidad democrática. Se tiene en cuenta las interacciones construidas para la prestación en conexión de servicios públicos y se busca resolver los problemas de la sociedad del presente⁵⁵. Esta discrecionalidad compartida implica la existencia de una codecisión en el diseño de la colaboración, en el desarrollo de las condiciones establecidas en los pliegos, en la ejecución del acuerdo y en su implementación compartiendo responsabilidades⁵⁶, sin perjuicio del sometimiento de la Administración Pública a la Ley y al Derecho.

Este tipo de colaboración Estado y Sociedad va mucho más allá que la mera dotación y gestión de infraestructuras críticas. A la luz de lo expuesto se comprueba que forma parte de un fenómeno más amplio de redimensionamiento de las relaciones entre el Estado y Sociedad, produciéndose una transferencia de funciones desde lo público a lo privado. Ejemplos son los expuestos por HERNÁNDEZ: regulación de nombres de dominio en Internet, el buró para la Etiqueta Ecológica de la Unión Europea, el modelo de formación y creación de normas o la dinámica de Estado-Negociador con los *stakeholders*⁵⁷.

Este mecanismo produce una dinámica, en términos anglosajones, de *win-win*, entre la empresa o entidad del tercer sector, la Administración y la sociedad en tanto en cuanto alinea los intereses y suma las experiencias del sector público y privado⁵⁸.

Una vez estudiados la noción del GA, el principio de subsidiariedad y formuladas algunas consideraciones sobre el sistema de CPP, es necesario relacionar dichos conceptos con el derecho fundamental a una buena administración.

3. El derecho fundamental a una buena administración para la gestión de la colaboración público-privada

Un marco imprescindible para que se desarrolle un sistema de CPP es que la gestión pública esté siempre bajo el paraguas del GA, esto es, del buen gobierno y de la buena administración en un sentido amplio.

55 Gema PASTOR ALBAREJO y María José GARCÍA SOLANA, «La gestión compartida de servicios públicos. El caso del Proyecto de Vida Independiente». (*Conferencia del XXII Congreso Mundial de Ciencia Política*, de Madrid, 8-12 Julio de 2012). Acceso a través de: <https://www.ipsa.org/page/world-congress-madrid-2012>

56 Victoria ALSINA BURGUES y Eduardo GONZÁLEZ DE MOLINA, «La colaboración público-privada como vector de innovación: casos de éxito en España» *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*. N.º especial. (2019): 122-139. Pág. 125.

57 Juan C. HERNÁNDEZ, «Difuminación y colaboración público-privada en el Derecho administrativo europeo», *Revista Jurídica de Navarra*. N.º 55-56 (2013): 163-177.

58 Borja COLÓN DE CARVAJAL FIBLA. «Colaboración público-privada e infraestructuras públicas: algunos aspectos positivos y muchas propuestas de reforma», *Noticias Jurídicas*, 1 de marzo de 2011. Acceso a través de: <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4640-colaboracion-publico-privada-e-infraestructuras-publicas:-algunos-aspectos-positivos-y-muchas-propuestas-de-reforma/>

En el primer capítulo definimos suficientemente al GA y, en consecuencia, al buen gobierno. Por otra parte, se puede afirmar que los principios de buena administración regulan las relaciones del poder público con los ciudadanos teniendo una proyección algo más procedimental o específica que el GA⁵⁹. Dichos principios se han convertido en elementos caracterizadores del derecho administrativo contemporáneo⁶⁰.

Los profesores RODRÍGUEZ-ARANA Y SENDÍN GARCÍA han expuesto como una buena administración es aquella que toma las decisiones en función de las personas, sus necesidades colectivas y el interés general⁶¹, lo que debe proyectarse desde el planeamiento estratégico de la CPP hasta su ejecución concreta a través del mecanismo elegido.

La buena administración, es un derecho fundamental tal y como ha reconocido la Unión Europea (art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea), que se encuentra también presente en la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del Ciudadano en sus relaciones con la Administración Pública⁶².

El referido se ha ido incorporando en los derechos nacionales dando paso a un modelo nuevo de relaciones entre los ciudadanos y la Administración alejado del autoritarismo, esperando y recibiendo ayuda mutua y manteniendo un diálogo⁶³.

Desde el punto de vista del Derecho Administrativo, se ha abierto paso la convicción de que ha surgido un nuevo Derecho, que ha dejado atrás a la Administración que se limitaba al estricto cumplimiento de las normas que regulan sus obligaciones y poderes. Este nuevo sistema de Administración está más atento al control del cumplimiento de los deberes del ciudadano⁶⁴. La buena administración crece conceptual y fácticamente en el marco del Estado regulador y garante.

Señala la Carta Iberoamericana que la buena administración es una obligación inherente a los poderes públicos en cuya virtud el quehacer público debe promover los derechos fundamentales de las personas. Para ello debe fomentar la dignidad del ser humano de manera que las actuaciones administrativas armonicen criterios de objetividad, imparcialidad, justicia y equidad, sean prestadas en plazo razonable.

59 Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ. *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*. (Madrid: INAP, 2005).

60 José María GIMENIO FELIU. «La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes Europeos y Constitucionales» *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 52. (2018): 12-65. 1 Pág: 20,

61 Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ y Miguel Ángel SENDÍN GARCÍA. *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno*. (Granada: Comares, 2014).

62 https://intercoonecta.aecid.es/Documentos%20de%20la%20comunidad/Carta_%20Derechos%20y%20Deberes%20Ciudadano.pdf

63 José María GIMENIO FELIU. «La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes Europeos y Constitucionales» *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 52. (2018): 12-65.

64 *Idem*.

La CPP siguiendo la dinámica expuesta en los párrafos anteriores pasa en todo caso por una definición clara del rol que debe desempeñar cada actor en cada proyecto concreto⁶⁵, y por la asunción que no siempre la mejor opción es la CPP. Por ello deberá estudiarse desde un punto de vista técnico cual es la opción que aporta un mayor valor social y económico al ciudadano⁶⁶, y la decisión motivarse desde el punto de vista económico, técnico y jurídico.

Señala GIMENO FELIÚ que gran parte de las críticas que se hacen a la CPP no derivan de su concepción teórica, sino de los problemas de ejecución que parten de una falta de previsión o de un diseño defectuoso.

El debate no es quien presta el servicio, sino como se arquitectura la ejecución del modelo colaborativo con el fin de favorecer la mejor forma de gestión, lo que requiere de la buena administración del interés público⁶⁷. Puede hablarse entonces de la existencia de una buena administración de la construcción de la CPP y de su ejecución. Por ello es fundamental adentrarse en los elementos necesarios para el éxito de la CPP desde la buena administración.

III. Requisitos necesarios para una buena administración de la colaboración público-privada

Una vez expuesto el marco contextual la dinámica relacional entre el Estado y la Sociedad, se formularán unas referencias sobre los factores críticos de implementación, que son necesarios para desarrollar con éxito un modelo colaborativo entre los sectores público y privado, en el contexto de un GA, y tomando en consideración su relación con el derecho fundamental a una buena administración.

Tanto la doctrina como los profesionales de entidades públicas y privadas han planteado, sugerido y ejecutado distintos tipos de estrategias colaborativas entre la Administración y la sociedad. Autores como ANSELL Y GASH han empleado el término de gobernanza

65 Daniel CATALÁ PÉREZ. *La colaboración público-privada como instrumento de intervención pública para el impulso de la innovación: un análisis del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación*. (Tesis Doctoral, Universidad Politécnica de Valencia, 2020). Enlace a través de: <http://hdl.handle.net/10251/139096>

66 Mònica REIG MAJORAL y Marc ESTEVE. «Claves de Éxito en colaboraciones público-privadas» *Harvard Deusto Business Review*. N.º 257. (2016): 32-33. Enlace a través de: <https://www.esade.edu/itemsweb/idgp/harvard2.pdf>

67 José María GIMENO FELIÚ. «Gobernanza y colaboración público-privada». *Heraldo*, 26 de marzo de 2019. Acceso a través de: <https://www.heraldo.es/noticias/nacional/2019/03/26/gobernanza-y-colaboracion-publico-privada-1305540.html>

colaborativa⁶⁸. GARCÍA SOLANA recuerda que los mencionados defienden que la gobernanza colaborativa se refiere a una estrategia explícita y formal que incorpora intereses multilaterales que se encuentra sometida a una toma de decisiones encaminada al consenso⁶⁹.

Siguiendo la aproximación de estos sistemas de colaboración a través de la discrecionalidad cabe afirmar la existencia de dos categorías de colaboración. Una primera, formalizada, donde se encuentran instrumentos como contratos, convenios o creación de otras entidades. Una segunda, no formalizada, donde se incluye un amplio espectro de redes de colaboración en función de los objetivos a alcanzar y actores involucrados⁷⁰. Las vías formalizadas pueden articularse desde un punto de vista institucional o consensual⁷¹. Todas ellas deberán articularse conforme a los parámetros del derecho fundamental a una buena administración.

Como se ha señalado *ut supra*, un marco estratégico de CPP requiere que la Administración Pública ejecute dicha visión en formas de acción concretas amparadas por la norma jurídica, conforme al principio de legalidad⁷², y bajo los postulados de una buena administración pública⁷³.

En el sistema económico constitucional español, basado en una economía social de mercado, el Derecho administrativo debe ser coherente con dicha idea y servir de manera objetiva a los intereses generales respetando la prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos (arts. 9.3 y 103.1 de la Constitución Española), lo que se resume en una promesa de una buena administración pública sometida a la ley, dentro de un GA y al servicio del bien general de los ciudadanos y a una actuación de los Jueces y Tribunales⁷⁴.

-
- 68 ANSELL, C Y GASH, A. «Collaborative governance in theory and practice», *Journal of Public Administration Research and Theroy*, vol. 18. (2008): 543–571. <https://doi.org/10.1093/jopart/mum032> // Lisa Blomgren Amsler. «Collaborative governance: Integrating management, politics and law». *Public Administration Review*, vol. 76, N.º 5. (2016):700–711. <https://www.jstor.org/stable/24757378>
- 69 María José GARCÍA SOLANA. «La Colaboración Público–Privada: capacidades públicas para la gestión del modelo desarrollado por el Servicio Público de Empleo Estatal y las Agencias Privadas de Colocación». *Cuadernos de Gobierno y Administración Pública*, N.º 2. (2017): 135–168, pág. 137.
- 70 Victoria ALSINA BURGÚES y Eduardo GONZÁLEZ DE MOLINA, «La colaboración público–privada como vector de innovación: casos de éxito en España» *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*. N.º especial. (2019): 122–139.
- 71 *Idem.*, p. 7.
- 72 Margarita BELADIEZ ROJO, «La vinculación de la administración al derecho». *Revista de Administración Pública*. N.º 153. (2000):315–349.
- 73 Jaime RODRÍGUEZ–ARANA y José Ignacio HERCE, «La buena administración en la contratación pública: mención especial a la fase de ejecución del contrato» *Gabilex*. N.º Extraordinario. (2019): 35–60. Enlace a través de: https://gabilex.castillalamancha.es/sites/gabilex.castillalamancha.es/files/pdfs/jaime_rodriiguez-arana_munoz.pdf
- 74 José María GIMENO FELIU, Pascual SALA SÁNCHEZ y Gonzalo QUINTERO OLIVARES. «El interés Público y su satisfacción con la colaboración público–privada. Fundamentos, equilibrios y seguridad jurídica».

En el escenario de la actuación económica pública nos encontramos ante un incremento de servicios encomendados a empresas públicas y un incremento de la participación de empresas privadas en la prestación de servicios públicos mediante instrumentos de CPP, especialmente mediante contratos de concesión⁷⁵.

En la decisión de conceder la gestión de un servicio y la manera de hacerlo, debe estar presente la buena administración, entendida como una finalidad que ha de guiar al legislador y a los gobernantes, constituyendo una manera de orientar la actividad de la Administración cuando cede o colabora con los privados en la gestión de un servicio⁷⁶.

El primer elemento que ha de tenerse en cuenta para un modelo de éxito desde la buena administración de la CPP es la observancia de una serie de exigencias mínimas que proponen GIMENO FELIU, SALA SÁNCHEZ Y QUINTERO OLIVARES⁷⁷: i) que suponga una mejora en la calidad del servicio o prestación que pueda prestar la Administración, ii) asumir que la cesión de servicios no puede ser ilimitada, en tanto en cuanto no podrán ser objeto de los contratos públicos los servicios que impliquen el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos, iii) un cálculo de costes y del valor de los bienes que se ponen a disposición del concesionario.

Los sistemas de CPP distan mucho de ser modelos perfectos, por mucho que la buena fe presida tanto las decisiones estratégicas como las concretas. Algunas consecuencias derivadas de una inadecuada fórmula de CPP pueden estar vinculadas a la conducta de los funcionarios públicos (delito de cohecho, fraude, o prevaricación, el desarrollo de negociaciones prohibidas, etc.) o de las empresas, que pueden desarrollar conductas contrarias a la libre competencia mediante pactos colusorios en las licitaciones a concesiones administrativas. En algunas ocasiones incluso se ha empleado la CPP por parte de gobiernos con elevados déficits públicos para eludir el control de las cuentas públicas⁷⁸. Precisamente por ello la clave se encuentra en el diseño de las colaboraciones y en la institucionalidad encargada de su regulación y control⁷⁹, a través de mecanismos de regulación y de acceso a la información pública.

Una vez expuestas las exigencias mínimas para el desarrollo de un sistema de colaboración, se procederá a mencionar unas características básicas comunes a toda fórmula de CPP, lo que ayudará posteriormente a valorar los elementos que hacen exitoso el aterrizaje a la realidad de este modelo relacional entre el Estado y la Sociedad.

Las características que presentan las fórmulas de una CPP, y que nos ayudará posteriormente para valorar los elementos que hacen que llegue a buen término una dinámica

75 *Idem.*

76 José María GIMENO FELIU. «La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes Europeos y Constitucionales» *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 52. (2018): 12-65.

77 José María GIMENO FELIU. «La colaboración público-privada, *óp. cit.*

78 Mariano CARBAJES. «Los contratos de asociación público-privada ¿Novedad o huida del derecho administrativo?». *Revista Digital de Derecho Administrativo*, N.º 27. (2022): 193-224

79 *Ibíd.*

de este tipo son las siguientes: i) Relación longeva, ii) Financiación privada (aunque puede ser completada por la financiación del sector público), iii) Participación del operador privado en las distintas fases del proyecto, iv) La transferencia de riesgos al operador económico (aunque no necesariamente asume la totalidad del riesgo)⁸⁰.

Los profesores ALSINA BURGUÉS y GONZÁLEZ DE MOLINA a través del estudio de la doctrina internacional sobre la CPP han encontrado unos elementos comunes considerados necesarios para el buen desarrollo de la CPP⁸¹. Algunos aspectos clave señalados por los profesores son un fuerte apoyo político e institucional, liderazgo estratégico por parte de la Administración, discrecionalidad compartida, establecimiento de objetivos compartidos, mecanismos de gestión y transferencia de riesgos, mecanismos de evaluación de la gestión y resultados, profesionalización de todos los actores, superación del paradigma burocrático, buena política de comunicación, acuerdo con reglas claras y robustas junto con un clima de confianza y compromiso.

GARCÍA SOLANA también expone una serie de factores que se consideran necesarios para llevar al éxito dicho modelo: i) marco jurídico e institucional, transparencia real y efectiva, ii) toma de decisiones colaborativa y, iii) estructura administrativa y de gestión fuerte⁸².

Estos elementos señalados por la doctrina especialista en CPP requieren una visión de las relaciones entre la Sociedad y el Estado basado en la buena administración, que tiene mucho que ver con los aspectos más destacados de la acción pública: centralidad del ser humano, apertura a la realidad, metodología del entendimiento, participación cívica, modernización permanente, vinculación ética o sensibilidad social⁸³. En relación con la buena administración y en el ejercicio de su vinculación con la CPP se señala como punto de referencia las enseñanzas del profesor RODRÍGUEZ–ARANA⁸⁴.

80 Caracterizaciones de la CPP que se encuentra también presente en numerosos documentos desarrollados por la Unión Europea, como la Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público–privada institucionalizada (CPPI), de fecha 5 de febrero de 2008 (2008/C 91/02).

81 La revisión bibliográfica muestra que los siguientes factores, independientemente del país, sector, objetivo, etapa o modelo organizacional del proyecto adoptado, cuentan con un amplio consenso entre los autores. K.H. CHUA, Y.C. KOG Y P.K. LOH. «Critical Success Factors for Different Project Objectives» *Journal of Construction Engineering and Management*. Vol 125. (1999):142–150, Graeme HODGE y Carsten GREVE, «Theorizing public–private partnership success: a market–based alternative to government». (Ponencia presentada en *The 11th Annual Public Management Research Conference at Syracuse University*, Syracuse, New York. 2011).

82 María José GARCÍA SOLANA. «La Colaboración Público–Privada: capacidades públicas para la gestión del modelo desarrollado por el Servicio Público de Empleo Estatal y las Agencias Privadas de Colocación». *Cuadernos de Gobierno y Administración Pública*, N.º 2. (2017): 135–168, pág. 146.

83 Jaime RODRÍGUEZ ARANA. *El derecho a una buena administración para los ciudadanos*, (España: INAP, 2013).

84 Jaime RODRÍGUEZ–ARANA. «Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano» *Revista de Direito Administrativo y Constitucional*, Vol 12, n.º 47. (2012):

Muchos de los derechos que emanan de la buena administración se encuentran presentes en los modelos de éxito de CPP, que debe resolver los problemas reales de la gente y procurar buscar las soluciones escuchando a los sectores implicados⁸⁵, lo que forma parte del modelo relacional que se ha expuesto ulteriormente.

IV. Conclusiones

En el contexto de un GA la implementación de mecanismos de CPP es la herramienta de desarrollo más apropiada, debido a que en ella se manifiestan los principios que le otorgan legitimidad, esto es, la participación, la colaboración, la transparencia y la rendición de cuentas, todo ello para garantizar la democracia y el bienestar de las personas.

Precisamente, en el modelo de GA se considera que la persona se ubica en la posición central y por ello tiene el legítimo derecho de participar en los asuntos de interés general, incluida la prestación de servicios públicos. La persona es la verdadera protagonista de los asuntos públicos y el poder se legitima en tanto en cuanto es un medio de apoyo para que la persona alcance el pleno desarrollo de sus potencialidades, respetando sus espacios de libertad, responsabilidad y solidaridad.

No obstante, la apuesta por un GA y por la ejecución de modelos de CPP debe ser sincera y decidida, ya que requiere de normas, planes estratégicos, que aporten seguridad jurídica y herramientas para garantizar el éxito de la figura, superando el paradigma burocrático.

Sin dudas que a través de las formas de CPP se otorga un mayor protagonismo y participación a las personas para la prestación de servicios al interés general de muy diversas formas, siempre que, por supuesto; sin descartar otras figuras colaborativas que pudieran servir para mejorar la calidad de vida de las personas.

13-50. Jaime RODRÍGUEZ-ARANA. «El derecho fundamental a la administración y centralidad del ciudadano en el derecho administrativo» en *El nuevo derecho administrativo: libro homenaje al prof. Dr. Enrique Rivero Ysern*, Coordinado por Angel SÁNCHEZ BLANCO, 407-427. (España: Ratio Legis, 2011). Jaime RODRÍGUEZ ARANA. *El derecho a una buena administración para los ciudadanos*, (España: INAP, 2013). Jaime RODRÍGUEZ-ARANA. «El derecho fundamental a la buena administración en la constitución española y en la Unión Europea». (Texto de la conferencia impartida en el Congreso Internacional de Abogacía pública organizado por la Escuela de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación de la República Argentina, Buenos Aires, 6 de noviembre de 2009),

85 *Idem.*