

Financiación privada de las nuevas infraestructuras y servicios públicos ★★

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.—II. VIEJO CONCEPTO DE OBRA PÚBLICA Y DE SERVICIO PÚBLICO *VERSUS* NUEVOS CONCEPTOS DE INFRAESTRUCTURAS Y SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL.—III. TIPOS DE CONSTRUCCIÓN Y FINANCIACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS PÚBLICAS.—3.1. Financiación pública directa.—3.2. Financiación pública indirecta.—3.3. Financiación pública diferida.—3.4. Financiación pública no presupuestaria.—3.5. Financiación privada o mixta.—3.5.1. El régimen concesional.—3.5.1.1. El *Project Finance*.—3.5.1.2. El PFI.—3.5.1.3. El PPP.—3.5.2. Formas de financiación del concesionario en la utilización de todas estas técnicas.—3.5.2.1. Emisión de bonos u obligaciones.—3.5.2.2. Préstamo hipotecario.—3.5.2.3. Titulización.—3.5.2.4. Créditos participativos.—IV. LA CORTA EXPERIENCIA ESPAÑOLA EN LA UTILIZACIÓN DE ESTAS TÉCNICAS.—4.1. Los antecedentes históricos: regulación anterior a la Ley 13/2003.—4.2. La Ley 13/2003, de 24 de mayo.—4.2.1. Objeto del contrato de concesión de obra pública.—4.2.2. Riesgo y ventura del concesionario.—4.2.3. Mantenimiento del equilibrio económico del contrato.—4.2.4. Financiación de las obras públicas construidas mediante contrato de concesión.—4.2.5. Retribución del concesionario.—4.2.6. Zonas complementarias de explotación comercial.—4.2.7. Régimen económico-financiero de la concesión: aportaciones públicas a la construcción y explotación de la obra y régimen tarifario.—V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La creación de infraestructuras se ha revelado desde hace tiempo como un instrumento de primer nivel para el desarrollo económico general. No

★ Doctor en Derecho. Profesor de Derecho administrativo.

★★ El presente trabajo es fruto del Proyecto de Investigación sobre Servicios Económicos Regulados (GISER) del Ministerio de Educación y Ciencia, Código de referencia SEJ2005-03219/JURI, concedido para el periodo 2005-2007.

obstante, no ha sido hasta fechas relativamente recientes cuando ese efecto benefactor se ha comprendido de manera mucho más cristalina y directa en nuestro país, y ello se ha debido a factores más exógenos que endógenos. En efecto, desde que España ingresase en la entonces Comunidad Económica Europea, ahora Unión Europea, allá por el año 1986, el esfuerzo por seguir los pasos de los países de nuestro entorno en aras a alcanzar un nivel de desarrollo similar hizo agudizar el ingenio a nuestros gobernantes, principales impulsores de la creación de los Fondos de Cohesión. Estos fondos, como sabemos, tienen un carácter absolutamente finalístico, pues no pueden ser destinados más que a gastos de inversión en infraestructuras, siendo sus beneficiarios aquellos países que tengan una renta per cápita inferior al 90 por 100 de la media comunitaria. Con estos requisitos, nuestro país se situaba en una posición privilegiada para ser el mayor receptor de los mismos, como la experiencia nos demuestra, y para destinarlos a lo que más falta hacía: la creación de infraestructuras que sirvieran de soporte para nuestro crecimiento económico. Y es que, en buena medida, el desarrollo económico de España en los últimos quince años no puede entenderse sin la existencia de los Fondos de Cohesión, percibidos en una cuantía importantísima gracias a la habilidad de las diferentes Administraciones públicas para presentar proyectos susceptibles de financiación por esta vía.

Sin embargo, la vaca no da leche eternamente. En los últimos años, la financiación de las infraestructuras en nuestro país se ha visto dificultada por varios factores, curiosamente, procedentes fundamentalmente del mismo ámbito que las facilitaba con anterioridad, pues son móviles comunitarios los que han obligado a los Estados miembros a replantearse las formas en que se proveen los nuevos servicios de interés general, como los denomina la normativa comunitaria, y las infraestructuras que sirven para su prestación. Por lo que respecta a España, tres son los motivos que han influido esencialmente en el replanteamiento de la política de infraestructuras, como son la firma del Pacto de Estabilidad en el ámbito de la zona euro, la entrada de nuevos países receptores de fondos de cohesión como consecuencia de la reciente ampliación de la Unión Europea hacia el Este y las nuevas políticas neoliberales que en materia económica han aplicado tanto el Gobierno central en la etapa 1996-2004 como algunas Comunidades Autónomas gobernadas por el Partido Popular.

El primero es consecuencia de nuestras obligaciones asumidas a raíz de la adopción de la moneda única, una moneda común cuya credibilidad debe basarse en una política monetaria y económica similar en cuanto a sus variables macro en los países de la zona euro. El objetivo de política monetaria común se consigue con la delegación de la elaboración de la misma a un organismo dotado de gran autonomía de actuación frente a los Estados como es el Banco Central Europeo. El segundo objetivo de homogeneización de la política económica es más que evidente que no se ha conseguido todavía, poniéndose en riesgo la propia existencia de la moneda única europea, como hemos tenido ocasión de comprobar en los últimos meses, por la distinta política económica seguida por los países euro y por las diferentes conse-

cuencias que los incumplimientos de los criterios establecidos en el Pacto de Estabilidad tienen dependiendo de quién sea el país incumplidor. Por lo que a este trabajo hace referencia, uno de los requisitos de política macroeconómica que impone ese Pacto a los países de la zona euro es precisamente no sobrepasar un determinado nivel de déficit público, que se sitúa en el 3 por 100 del PIB. Este hecho supone una dificultad a la hora de que los Estados puedan financiar las infraestructuras directamente vía presupuestaria y hace que tengan que acudir a nuevas fórmulas para crear unas infraestructuras cada vez más numerosas por la enorme demanda social existente y, sobre todo, cada vez más complejas y, por ende, más caras.

El segundo factor que apuntábamos *supra* era el de la ampliación de la Unión hacia el Este, con unas consecuencias todavía no sentidas pero que van a ser de una importancia radical para el propio futuro de la Unión Europea. Es evidente que esta decisión de ampliación, precipitada si se quiere, está guiada más por condicionantes políticos que por factores estrictamente económicos. En este sentido, la experiencia reciente vivida con la reunificación de Alemania nos demuestra el comportamiento tan cruel que sobre la economía tienen esas decisiones políticas de gran calado. En el caso alemán, la decisión política del 1 = 1, es decir, la equiparación del marco del Este al del Oeste ha tenido una trascendencia económica de la que todavía no se ha recuperado el gigante teutón, el tercer mayor PIB del mundo, recordemos. La entrada de estos nuevos países en la Unión ha supuesto la necesidad de reforma de las instituciones comunitarias para adaptarse al nuevo tamaño y va a suponer, por lo que a algunos países se refiere, entre ellos España, el paso de ser un país receptor de fondos a ser un país contribuyente nato al presupuesto comunitario. Los primeros escauceos ya se han vivido a la hora de la aprobación del presupuesto comunitario en la última cumbre europea celebrada en junio de 2005, donde, por lo que a España se refiere, el principal punto de discusión era el período de transición que se concedía a nuestro país para poder seguir percibiendo dinero procedente del Fondo de Cohesión. Este nuevo rol español supone la pérdida de la percepción de buena parte de los fondos europeos que servían hasta ahora para crear infraestructuras, por lo que este hecho, junto al apuntado anteriormente, hace que, de nuevo, haya que poner el acento en la búsqueda de nuevas fórmulas de financiar la creación de las mismas. Y las fórmulas buscadas, sin ser nuevas, sí que presentan aspectos novedosos. Dichas fórmulas se centran en la participación e implicación del sector privado en la creación de infraestructuras como elemento imprescindible para suplir unos esfuerzos públicos escasos y autolimitados. La relevancia de este hecho es enorme, ya que supone una nueva forma de actuar por parte de los poderes públicos, cuyo papel en el ámbito económico cambia de una intervención directa a un papel de control indirecto, de garante de la prestación del servicio. Se pasa de un Estado prestador de servicios a un Estado garantizador de servicios públicos.

Por último, desde un punto de vista interno, el desarrollo de unas políticas neoliberales centradas, más por una imposición comunitaria que por un convencimiento ideológico, descubierto *a posteriori* en la mayoría de los casos,

en la liberalización de sectores económicos tradicionalmente reservados al sector público ha favorecido el impulso de nuevas formas de creación de infraestructuras para la prestación de servicios de interés general en la que ha jugado un papel muy notable el sector privado. De hecho, algunas Comunidades Autónomas, ahogadas por su déficit han visto una panacea en el recurso a la financiación privada de todo tipo de infraestructuras y dotaciones públicas (hospitales, colegios, etc.) siguiendo el esquema de experiencias ensayadas con anterioridad en otros países de nuestro entorno.

Por todo lo expuesto, el objetivo de este trabajo es el análisis de las fórmulas conjuntas de financiación de infraestructuras para la prestación de los servicios públicos a los que sirven de base, con referencias a alguna experiencia de Derecho comparado que ya se ha desarrollado en algunos países, con un éxito razonable en unos casos y con un sonoro fracaso en otros, y que ha influido en la articulación de toda una nueva política de infraestructuras en nuestro país, que ha dado lugar a un impulso legislativo de reforma y aprobación de nuevas normas para poder encauzar jurídicamente este desafiante proceso que afecta a los propios pilares de la organización y el funcionamiento de los Estados.

II. VIEJO CONCEPTO DE OBRA PÚBLICA Y DE SERVICIO PÚBLICO *VERSUS* NUEVOS CONCEPTOS DE INFRAESTRUCTURAS Y SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL

Los conceptos de obra pública y de servicio público son nucleares en el Derecho administrativo. Forman parte del giro o tráfico administrativo ¹, es decir, de las actividades esenciales que llevan a cabo las Administraciones públicas para la consecución de los objetivos otorgados por el ordenamiento jurídico y, por ello, tradicionalmente nuestra legislación en materia contractual ha venido calificando como administrativos *ex lege* los contratos de esta naturaleza.

Sin embargo, el concepto de obra pública, al contrario de lo que ha sucedido con el de servicio público, ha sido constantemente menospreciado por la doctrina administrativista y la aproximación al mismo se ha efectuado siempre bajo el ropaje de otras materias jurídicas relacionadas, esencialmente la materia contractual, por lo que la ausencia de autonomía del concepto ha desmejorado una figura utilizada para dar cabida a realidades muy diversas ².

¹ Sobre el concepto de obra pública y servicio público, véase E. García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Civitas, 8.^a ed., Madrid, 1997, p. 53.

² P. Valcárcel Fernández, «Acerca de las obras públicas: su ejecución y financiación. Perspectivas actuales», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 14, INAP, pp. 227 a 251. La autora reclama la autonomía de un «macroconcepto», como así lo denomina, que englobe realidades muy dispares.

La primera disposición que intenta regular de una manera completa las obras públicas es la Instrucción de 10 de enero de 1845³, cuyo objeto eran las «*construcciones que se ejecuten para satisfacer objetos de necesidad o conveniencia general*». Sin embargo, la calificación de «*obra pública*» se reservaba para las realizadas con fondos del Estado, las Provincias o los municipios y para su realización se diferenciaban tres sistemas: la contrata (cuando la ejecución de la obra recaía en un particular, al que se le paga a través de la técnica de las certificaciones), la administración (cuando la obra la ejecuta directamente el aparato burocrático por sus propios medios) y la empresa (que consiste en la ejecución de la obra por un particular que se cobra con las rentas obtenidas en la explotación de la misma)⁴. Como tendremos oportunidad de comentar más adelante, ya en esta época se dibujan muy certeramente las diferentes fórmulas de colaboración en la ejecución de obras públicas entre los poderes públicos y los privados, con lo que las actuales fórmulas tienen poco de novedad en cuanto al fondo, aunque sí establecen elementos novedosos en cuanto a la forma.

A pesar del antecedente comentado, el primer intento serio de definición de la obra pública que se hizo en España se contiene en el todavía vigente artículo 1 de la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877, que establece que «... *se entiende por obras públicas las que sean de general uso y aprovechamiento, y las construcciones destinadas a servicios que se hallen a cargo del Estado, de las provincias y de los pueblos*». Esta norma distingue claramente dos tipos de obras públicas: las de general uso y aprovechamiento y las destinadas a servicios que se encuentran a cargo del Estado, de las provincias y de los municipios⁵.

De la definición que de la obra pública se nos da en la norma citada se deduce el carácter finalista de la obra pública y su conexión con los bienes públicos.

El carácter finalista viene dado porque la obra pública está destinada a un uso o servicio público, con lo que su conexión con el servicio público es evidente, compartiendo su mismo objetivo en el primer caso y diluyéndose en su propio ser en el segundo.

Asimismo, su conexión con el demanio se produce por el cambio de régimen jurídico que experimentan los bienes sobre los que se realiza la obra pública al quedar éstos afectados a la finalidad ya manifestada de la obra pública, es decir, el uso o servicio público, constituyéndose así lo que algunos autores denominan dominio público artificial⁶.

³ Sobre esta y otras disposiciones de la época en la materia, véase F.J. Jiménez de Cisneros, *Obras Públicas e iniciativa privada*, Editorial Montecorvo, Madrid, 2001.

⁴ Sobre la citada instrucción, véase J. L. Villar Ezcurra, «La construcción y financiación de las infraestructuras públicas: viejos y nuevos planteamientos», *REDETI*, núm. 10, 2001, p. 82.

⁵ Para algunos autores el concepto de obra pública que acoge el artículo 1 de la Ley General de Obras Públicas desnaturaliza y oscurece el concepto de obra pública al incluir estructuras y actividades de interés público que no dan lugar al surgimiento de obra alguna o al diluir el concepto incluyendo varias subespecies dentro del mismo, como las obras privadas. Véase J. L. Villar Ezcurra, «La construcción y financiación...», *op. cit.*, p. 83.

⁶ La citada expresión la podemos encontrar en Patricia Valcárcel Fernández, «Acerca de las obras públicas...», *op. cit.*, p. 230. La expresión también la encontramos, como se encarga de poner de manifiesto la

Por consiguiente, desde ahora mismo es necesario resaltar la evidente conexión entre la obra pública, el servicio público y el dominio público. Curiosamente, de estos tres conceptos tradicionales del Derecho administrativo, el que se muestra más resistente al cambio es el del dominio público. Poco o nada ha avanzado la teoría del dominio público a pesar de la insatisfacción general que su planteamiento actual genera en toda la doctrina. Por el contrario, hemos observado en los últimos años, como pondremos inmediatamente de manifiesto, la enorme evolución que los conceptos de obra pública y de servicio público han sufrido. De hecho, para un importante sector doctrinal, cada vez más numeroso y pujante, la teoría clásica del dominio público supone un auténtico lastre para la evolución en el desarrollo de nuevas formas de financiación de las obras públicas y es la auténtica culpable de que no se pueda sacar más provecho de las mismas ⁷. Más tarde volveremos sobre este punto.

El artículo 1 de la Ley General de Obras Públicas sigue oficialmente vigente con el concepto de obra pública que ya hemos visto que acoge bajo su seno. No obstante, como pone de manifiesto el profesor Villar Ezcurra, el vaciamiento progresivo de esa Ley ha sido constante hasta el momento presente, encontrándonos en la actualidad un panorama de dispersión de normas que regulan aspectos diversos de la obra pública ⁸.

Por lo que a nosotros respecta, el objeto del contrato de obras se regula actualmente en el artículo 120 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio ⁹. De la regulación del objeto de este contrato que efectúa la citada

citada autora, en J.V. González García, «La titularidad de los bienes del dominio público», Editorial Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 260, o en J. L. Villar Ezcurra, «La construcción y financiación...», *op. cit.*, p. 85.

⁷ Véanse en este sentido los trabajos de autores como G. Ariño Ortiz, «Infraestructuras, nuevo marco legal», *REDETI*, núm. 10, 2001, pp. 59 a 77 o, de este mismo autor, «Contrato de obra, concesión de obra, concesión de servicio público, ¿son técnicas intercambiables?», *REDETI*, núm. 22, 2005, pp. 57 a 83. También F. J. Jiménez de Cisneros, *Obras públicas e iniciativa privada*, *op. cit.* Igualmente, J. de la Cruz Ferrer, «Nuevas perspectivas en la regulación de las infraestructuras», *REDETI*, núm. 7, 2000, pp. 11 a 53. Asimismo, J. L. Villar Ezcurra, «La construcción y financiación...», *op. cit.*, pp. 85 a 92. Finalmente, A. Ruiz Ojeda, *Dominio público y financiación privada de infraestructuras. Un estudio del caso francés y análisis comparativo de la reciente regulación española*, Editorial Marcial Pons y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Málaga, Madrid, 1999.

⁸ J. L. Villar Ezcurra, «La construcción y financiación...», *op. cit.*, p. 84. El citado autor describe la dispersión señalando cómo la regulación general en torno a las modalidades de ejecución de las obras públicas se recoge actualmente en la legislación sobre contratación administrativa, su financiación y explotación se recoge en una legislación sectorial dispersa y el régimen jurídico en torno a su naturaleza y uso se regula también por la legislación sectorial con una homogeneidad notable.

⁹ El citado precepto establece lo siguiente: «A los efectos de esta Ley se entiende por contrato de obras el celebrado entre la administración y un empresario cuyo objeto sea:

- a) La construcción de bienes que tengan naturaleza inmueble, tales como carreteras, ferrocarriles, puertos, canales, presas, edificios, fortificaciones, aeropuertos, bases navales, defensa del litoral y señalización marítima, monumentos, instalaciones varias, así como cualquier otra análoga de ingeniería civil.
- b) La realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o del subsuelo, como dragados, sondeos, prospecciones, inyecciones, corrección del impacto medioambiental, regeneración de playas, actuaciones urbanísticas u otros análogos.
- c) La reforma, reparación, conservación o demolición de los definidos en las letras anteriores.

norma se pueden extraer dos claras conclusiones. Primera, la conexión entre obra pública y bienes públicos sigue tan vigente como en la Ley General de Obras Públicas, o más¹⁰. Segundo, la ampliación intencionada del objeto del contrato obedece a razones obvias de mayor intervención administrativa en diferentes ámbitos que en siglos anteriores.

Sin embargo, a pesar de la ampliación del objeto del contrato de obra, éste se muestra insuficiente para englobar determinadas realidades que afloran en sectores económicos de importancia capital en tiempos recientes y, sobre todo, se muestra incapaz de establecer una conexión clara entre la obra pública y el servicio público, como demuestra la propia regulación del precepto aludido. De esta forma, el viejo concepto de obra pública empieza a ser sustituido a finales del siglo XX por el nuevo concepto de infraestructura, que es un concepto capaz de establecer una conexión más íntima entre obra y servicio público al integrar en el mismo tanto elementos no tangibles (los servicios) como todo lo indispensable para que funcione una organización¹¹. De este modo, al englobar algo más que la mera construcción material o tangible, el concepto de infraestructura se revela muy útil para establecer la conexión entre las obras necesarias para poner en funcionamiento los diferentes servicios tan tecnificados que el desarrollo tecnológico permite en la actualidad¹².

Directamente relacionado con el concepto de infraestructura está el concepto de red. De hecho algún autor¹³ habla de redundancia en la utilización, frecuente en nuestra doctrina, del término infraestructuras en red o de red¹⁴.

Si la evolución del concepto de obra pública hacia el más amplio de infraestructura ha tenido una trascendencia jurídica notable, es el ámbito del servicio público donde la evolución ha sido mucho más profunda. En este terreno, hemos pasado de intentos de explicar todo el funcionamiento del Estado acudiendo a la teoría del servicio público en Francia, con la formación de la otrora poderosa «Escuela del Servicio Público» capitaneada por el Decano de Burdeos (Duguit) y que describía, explicaba y justificaba el poder omnímodo que tenía el Estado para reservarse la prestación de cualquier servicio a la comunidad en régimen de monopolio y, por ende, con exclusión del sector privado, a un Estado que se retira a sus cuarteles de invierno limitando su intervención económica a garantizar un tratamiento igualitario, en

¹⁰ Los antecedentes históricos descritos se ven claramente en este artículo a la hora de establecer la conexión del contrato de obra con los bienes inmuebles en general y los bienes de dominio público por naturaleza en particular.

¹¹ Sobre la diferencia entre el viejo concepto de obra pública y el nuevo de infraestructura, véase J. L. Villar Ezcurra, «La construcción y financiación...», *op. cit.*, pp. 92 a 100.

¹² La conexión más directa entre obra y servicio se contiene en nuestro ordenamiento a nivel legal en el artículo 220 de la LCAP, encargado de definir el objeto del contrato de concesión de obra que introduce en la LCAP la Ley 13/2003, de 23 de mayo, y que ha supuesto un *lifting* jurídico para la utilización de técnicas de prestación y financiación de servicios, permitiendo posibilidades que no cabían bajo la normativa de contratación pública anterior a su entrada en vigor y que es, en buena medida, deudor de todos estos cambios de conceptos que estamos comentando.

¹³ J. L. Villar Ezcurra, «La construcción y financiación...», *op. cit.*, p. 93.

¹⁴ Sobre el régimen jurídico de algunas infraestructuras en red, véase R. Caballero Sánchez, «Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos», INAP, Madrid, 2003.

la medida de lo posible, entre privados, tanto desde un punto de vista vertical, es decir, entre el prestador de un servicio de interés general y el usuario de ese servicio, como horizontal, a saber, entre todos los usuarios de dicho servicio. El cambio de actitud de los Estados en cuanto al papel que juegan en el terreno económico ha sido evidente en los últimos años debido a una serie de factores que actuando conjuntamente han logrado que el protagonismo económico se traslade a otros operadores diferentes, sin que, no obstante, el peso del sector público en la actividad económica de los distintos Estados se haya visto radicalmente disminuido ¹⁵ porque la menor intensidad de la intervención actual de los Estados en los mercados se ha visto compensada con el aumento de su presencia en todos los ámbitos de la economía, si bien con un papel distinto en muchos casos.

Los factores que más se han destacado en este proceso son los siguientes:

- La crisis del *welfare state* o Estado del bienestar, incapaz de soportar todo el esfuerzo que su mantenimiento conlleva, con unos Estados ahogados financieramente por el enorme gasto social e incapaces, por sí solos, de satisfacer todas las demandas sociales.
- La globalización económica que ha producido el desarrollo y consolidación del capitalismo a lo largo del siglo XX, con una formación inmensa de capital debido a la mayor eficiencia en la gestión y al beneficio obtenido a través de las economías de escala al homogeneizarse el consumo en todo el mundo.
- La globalización política y social, conseguida a través de la creación de entes supranacionales a los que los Estados ceden más o menos competencias en aras a sentirse menos aislados frente a las potentes sinergias políticas y económicas que dominan el mundo en la actualidad.
- La tercera revolución industrial, es decir, la del sector servicios, que se ha apoyado en la innovación tecnológica fomentada por la informática y las telecomunicaciones.

La conjunción de estos tres factores ha afectado al funcionamiento de los Estados en todos los órdenes y muy especialmente en el terreno económico, donde, como ya se ha comentado, el intervencionismo económico con reser-

¹⁵ El análisis de los factores que han influido en el cambio del papel de los Estados en ámbito económico excede las pretensiones de este trabajo. Tan sólo nos limitaremos a analizar algunas cuestiones básicas para la comprensión del cambio de planteamiento en la financiación de las infraestructuras que se ha producido en los últimos años en los distintos países y que está directamente relacionado con ese cambio de rol que para la prestación de los servicios públicos se ha observado en los países occidentales. En general, sobre el cambio del papel de los Estados en el terreno económico, puede consultarse S. Martín-Retortillo Baquer, «La Administración pública en la llamada crisis del Estado social de Derecho», en *Fragments de Derecho Administrativo*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2000. También L. Parejo Alfonso, «El Estado social y Administración prestacional», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 57, 2000. Asimismo, O. Mir Puigpelat, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, 2004. Igualmente debe tenerse en cuenta el libro colectivo elaborado por los autores G. Ariño Ortiz, J. M. de la Cuétara Martínez y J. L. Martínez López-Muñiz, *El nuevo servicio público*, Editorial Universidad Autónoma de Madrid-Marcial Pons, Madrid, 1997.

va de determinados sectores sensibles a favor de los Estados ha dado paso a una mayor neutralidad frente a las fuerzas económicas que operan en el mercado ¹⁶.

En definitiva, el servicio público, como uno de los pilares esenciales del Estado social de Derecho, ha sido una de las instituciones que más ha acusado la reiterada crisis de ese modelo de Estado, hasta el punto de que parte de la doctrina se apresuró a proclamar su desaparición como concepto, propugnando una participación mínima y testimonial de la administración en la prestación de los mismos ¹⁷. En sentido contrario, hay otros autores que acuden en socorro del Estado social y de sus instituciones más básicas, entre ellas la del servicio público, ante el toque de corneta del ahora pujante mercado, defendiendo la transformación a la nueva realidad del Estado social pero ni mucho menos su desaparición al ser una pieza vital de reequilibrio social ¹⁸.

Estas ideas políticas y doctrinales acerca del concepto de servicio público encuentran reflejo, obviamente, en el ámbito legislativo. En este sentido, nuestro texto constitucional es deliberadamente ambiguo en este terreno, como en tantos otros, y no aboga por un intervencionismo estatal en la economía ni por una defensa a ultranza del mercado. Dentro del Título VII de la Constitución, con su artículo 128 a la cabeza, caben casi todas las posibilidades, aunque bien es cierto que dicho precepto parece apostar, en la línea de lo que hacen los textos constitucionales vigentes en los países de nuestro entorno en el momento de promulgarse nuestra Carta Magna, por una economía de mercado en la que la iniciativa económica general estará en manos de los particulares, siendo posible la actuación de las Administraciones públicas en la materia desde dos puntos de vista: en concurrencia con dichos particulares o reservándose en exclusiva una determinada actividad y, por ende, en régimen de monopolio, estableciéndose límites más severos para esta segunda opción. Por consiguiente, nuestra Constitución nos marca el camino en el que deben desenvolverse las relaciones económicas, pero, lógicamente, no va más allá. Serán las normas legales, especialmente las de la contratación administrativa, las que, en desarrollo de ese Título VII de la Constitución, establezcan las distintas formas de prestación de los servicios públicos ¹⁹.

¹⁶ A. Ezquerro Huerva, «Hacia un concepto objetivo del servicio público en el contexto comunitario europeo», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 70, 2004, pp. 52 y 53.

¹⁷ Esta tesis es defendida por G. Ariño Ortiz, en su trabajo titulado «Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico (Hacia un nuevo modelo de regulación)», que se inserta en el libro colectivo citado anteriormente: *El nuevo servicio público*, *op. cit.*

¹⁸ Ésta es la postura que defiende L. Parejo Alfonso en su artículo «El Estado social y Administración prestacional», *op. cit.*

¹⁹ El contrato de gestión de servicios públicos está regulado en los artículos 154 a 170 (Título II del Libro II del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas). Es concretamente el artículo 156 el que enumera las diferentes formas de contratación que puede utilizar la Administración a la hora de prestar el servicio público acudiendo a la ayuda de particulares, regulando lo que la doctrina denomina *formas indirectas de gestión*. Estas formas indirectas se contraponen a las *formas directas de gestión* de los servicios públicos cuando es la propia Entidad Pública la que decide prestarlo por sus propios medios sin recurrir a los particulares, por lo que, como vemos y tal como establece nuestra legislación en consonancia con la amplia

Una vez apuntada la regulación nacional, no es posible entender la misma en la actualidad sin acudir a la que en esta materia se contiene en el Derecho comunitario, verdadero impulsor de los cambios sufridos en el tradicional concepto de servicio público. En efecto, la pertenencia de España a la Unión Europea implica la observancia de su normativa. Y en este sentido, el espíritu de actividad económica liberalizada en la que el pilar básico es la creación de un mercado único en el que prevalezca la competencia que hace nacer, supuestamente ²⁰, la entonces Comunidad Económica Europea y ahora Unión Europea, casa mal con la existencia de actividades o servicios gestionados en régimen de monopolio. Dicha política comunitaria de defensa de la competencia conlleva una serie de exigencias para actividades tradicionalmente consideradas como de servicio público que suponen la imposibilidad jurídica de que las mismas sean prestadas en régimen de monopolio, y mucho menos de monopolio público ²¹. El precepto comunitario más riguroso al respecto es el actual artículo 86 del Tratado ²².

La influencia de la aplicación del Derecho comunitario en esta materia supone la introducción de un imparable proceso de liberalización económica que conlleva el que algunos de los sectores de actividad tradicionalmente considerados como servicios de titularidad pública y de prestación en régimen de monopolio, serán prestados ahora por el sector privado en régimen de competencia y estarán sujetos a las reglas del mercado, produciéndose de esta manera una auténtica *despublicatio* del servicio público. Así, hemos asistido en los últimos tiempos a ejemplos más que elocuentes de este fenómeno, como han sido los mercados de las telecomunicaciones, los servicios postales, la televisión, la energía o los hidrocarburos ²³.

En realidad, este fenómeno de la liberalización de servicios públicos tradicionalmente gestionados en régimen de monopolio por los Estados, lo que ha supuesto es la superación del tradicional concepto subjetivo de servicio público para incorporar una nueva noción de servicio público de índole objetiva ²⁴. Y en este sentido, nacen dos nuevos conceptos procedentes del

libertad que en la materia otorga el texto constitucional, las posibilidades y modelos de gestión de los servicios públicos son numerosas y amplía la libertad de elección por parte de los poderes públicos.

²⁰ En realidad, en el nacimiento de la Comunidad Económica Europea están presentes condicionantes más políticos que económicos por razones obvias que tienen que ver con el intento de no volver a repetir contiendas pasadas en el viejo Continente. Lo que ocurre es que, ante el fracaso del intento de profundizar en una colaboración, militar primero, y política después, entre los países europeos, se creó como alternativa posible e interesante la colaboración económica como paso previo a la integración política, sueño europeo añejo. Y la verdad es que el tiempo les ha ido dando la razón a los que supieron entender esa idea y llevarla a la práctica.

²¹ A. Ezquerro Huerva, «Hacia un concepto objetivo...», *op. cit.*, p. 55.

²² El citado artículo establece lo siguiente: «Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y de aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89, ambos inclusive». Estos últimos preceptos se refieren a normas relativas a la libre competencia.

²³ Sobre el proceso de liberalización de todos estos mercados, véase por todos S. Muñoz Machado, *Servicio público y mercado*, Editorial Civitas, Madrid, 1998.

²⁴ En este sentido se pronuncia A. Ezquerro Huerva, «Hacia un concepto objetivo...», *op. cit.*, p. 60. Para este autor la liberalización ha dado pie a que la asunción de la titularidad de una actividad por par-

Derecho comunitario, como son los *servicios de interés económico general* y el *servicio universal*. La influencia de ambos conceptos en nuestro ordenamiento es patente en las normas que regulan los sectores liberalizados, que utilizan ya esas expresiones y no la tradicional de servicio público. El éxito de su aceptación tiene lugar a raíz de la elaboración de un Proyecto de Carta Europea de Servicios Públicos que nunca llegó a aprobarse.

Sin entrar en el análisis exhaustivo de ambos conceptos, simplemente subrayaremos aquí que los dos tienen un elemento en común, cual es su objetivo de proteger a los usuarios de estos servicios ante posibles desigualdades sociales o territoriales y, por ende, suponen una limitación, corrección más bien, de las reglas del mercado para la prestación de actividades que se consideran esenciales para la comunidad. En definitiva, pretenden ser un freno frente a posibles excesos liberalizadores, siendo el concepto de servicio universal todavía más riguroso en el sentido de que con él se pretende asegurar la prestación en términos de posibilidad económica (precios razonables) y de igualdad aquellos tramos de actividades liberalizadas que son básicas para el ciudadano. El servicio universal se convierte así en la parte trascendental, en términos sociales, del servicio de interés económico general.

La aplicación práctica de ambos conceptos, como sucede con otros importantes principios comunitarios, ha sido obra del Tribunal de Justicia ²⁵.

Algunos autores han querido ver en estos dos conceptos procedentes del Derecho comunitario un intento de frenar el liberalismo a ultranza y una apuesta por preservar la mejor tradición de los servicios públicos prestados por los Estados europeos, garantizando la igualdad y la solidaridad en la prestación de servicios que son esenciales para la sociedad ²⁶. No en vano, en el terreno de los servicios públicos es donde se observa con mayor crudeza la lucha entre los dos modelos de Europa por los que se apuesta: el modelo liberalizador anglosajón y el modelo estatalista francés. Esta lucha sigue plenamente vigente y se ha incrementado incluso en los últimos meses como consecuencia de la discusión acerca del modelo futuro de Europa que se desea tras abrirse el proceso constitucional a nivel europeo ²⁷.

te del sector público se haya convertido en un dato adjetivo o innecesario en orden a su calificación como servicio público y a su sujeción o no a un régimen de monopolio. Se produce así una desvinculación entre servicio público y titularidad pública, de tal forma que no hay inconveniente actualmente en considerar como servicio público a actividades de titularidad privada.

²⁵ Sobre el rigor en la aplicación de estas restricciones a la libre concurrencia que supone la categorización de una actividad como servicio de interés económico general, véase la *Sentencia Corbeau*, de 19 de mayo de 1993 (Asunto C-320/91). En dicha sentencia, que resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Correccional de Lieja acerca de si era ajustada al Derecho comunitario la legislación belga que otorgaba a la Entidad Pública Regie des Postes la exclusividad para prestar el servicio de correos, el Tribunal de Justicia se inclina por restringir a la competencia incluso a aquellos aspectos relacionales o colaterales de la actividad de interés económico general principal que pudieran disociarse de la misma.

²⁶ Véase al respecto S. Muñoz Machado, *Servicio público y mercado*, *op. cit.*, vol. I, p. 221. En parecidos términos se expresa F. Sosa Wagner en *Gestión de servicios públicos: algunos problemas*, volumen colectivo coordinado por León Gross, Ilustre Colegio de Abogados de Málaga-Aranzadi, 1999, pp. 137 a 139.

²⁷ Sobre la regulación del concepto de servicio público en la denominada nueva Constitución para Europa y la evolución de los trabajos sobre el mismo hasta incorporar una referencia somera acerca de

En definitiva, la diferencia entre el antiguo concepto subjetivo de servicio público y el moderno concepto objetivo de servicio de interés económico general es que la titularidad y el carácter monopolístico no son rasgos definitivos para la prestación de los mismos por parte de los poderes públicos, dando paso a la prestación de buena parte de los mismos por agentes privados. La identidad entre servicio público y titularidad pública ha quedado definitivamente extinguida²⁸, por lo que se ha dado paso a una nueva forma de prestación de los mismos en la que los agentes privados tienen mucho que decir.

Pero el mayor problema con el que nos hemos enfrentado y seguimos todavía hoy enfrentándonos a la hora de que los operadores privados puedan tener un papel más relevante en la prestación de los servicios públicos es la conexión existente entre el régimen jurídico de éstos y el del dominio público. Acabamos de ver la evolución que han sufrido conceptos tan importantes para el Derecho público como los de obra pública y servicio público y, sin embargo, no ha sucedido lo mismo con el dominio público. La teoría del dominio público, a todas luces insatisfactoria en el momento actual, ha supuesto un escollo difícil de salvar para el ensayo de nuevas técnicas de gestión de la prestación de servicios de interés general y para la creación de infraestructuras bajo nuevos ropajes jurídicos. Con esa rotundidad se ha pronunciado también la parte de la doctrina que con mayor empeño apuesta por la mayor utilización de técnicas que favorezcan la participación privada en la creación y explotación de infraestructuras²⁹.

Y es precisamente esa parte de la doctrina la que parece haber influido de una manera más decisiva en el legislador en los últimos años, en los que hemos asistido a reformas legislativas que apuestan por abrir la mano en el

los servicios públicos en el artículo III-6, que se remite en cuanto a su desarrollo a una Ley Europea de Servicios de Interés Económico General (SIEG, como los denomina la doctrina francesa), véase Stéphane Rodrigues, *Vers une loi européenne des services publics; des breves considerations et une proposition a propos de l'article III-6 du projet de traite etablissant une Constitution par L'Europe*, Editions techniques et Economiques, núm. 471, 2004, pp. 503 a 512.

²⁸ A. Ezquerro Huerva, «Hacia un concepto objetivo...», *op. cit.*, p. 94. Este autor recalca que esta disociación entre servicio público y titularidad pública no supone ni la desaparición del primero, sino sólo su transformación, ni una menor sensibilidad en los requerimientos sociales de bienestar, igualdad y cohesión territorial y social en la prestación de dichos servicios y, por ende, no supone un abandono del Estado social tal y como se concibe en el artículo 1.1 de la Constitución española de 1978.

²⁹ En este sentido se expresa G. Ariño Ortiz, «Infraestructuras: nuevo marco legal», *op. cit.*, pp. 67 a 69. En este artículo el autor citado aboga por un deslindamiento mucho más claro de lo que deba considerarse por dominio público necesario o esencial para la prestación del servicio y el resto de instalaciones accesorias que facilitan la prestación de ese servicio, poniendo como ejemplo la actividad portuaria o aeroportuaria, considerándose sólo dominio público el primer tipo de bienes y reduciendo, por ende, la calificación de demanial, según palabras textuales, a lo estrictamente necesario, pudiendo explotarse el resto de la infraestructura accesoria en régimen de Derecho privado, ya que «carece de sentido que la propia Administración (o sus organismos) sea quien ejerza el papel de *dominus* en la explotación de unas actividades que nada tienen que ver con sus funciones».

En parecidos términos, sobre todo por lo que al objetivo final se refiere, se pronuncia J. L. Villar Ezcurra, «La construcción y financiación...», *op. cit.*, pp. 88 a 92, quien apuesta por una despublicación de los bienes que servían de soporte a determinadas actividades al dejar de ser consideradas como servicios públicos y pasar a ser servicios regulados por mor de la liberalización y, por consiguiente, desaparecer el sustrato material que servía de base para su catalogación como bienes demaniales.

sentido expresado por esa doctrina para la despublicación de determinados bienes soporte de actividades de servicio público, favoreciendo de esta manera la explotación de dichos bienes por sujetos privados y conforme al Derecho privado ³⁰. En dicha tarea normativa no sólo ha participado el Estado, sino que también las CCAA, tan necesitadas de recursos, se han lanzado a la arena y han contribuido a esta revisión normativa para la atracción de financiación privada en la creación de sus infraestructuras, ensayando fórmulas ya experimentadas en otros países ³¹.

Pues bien, efectuado este primer análisis imprescindible para entender el contexto en el que se han desarrollado los cambios legislativos a los que se acaba de hacer referencia, tenemos ya el camino expedito para analizar la financiación pura y dura de infraestructuras.

III. TIPOS DE FINANCIACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS PÚBLICAS CONOCIDOS POR EL DERECHO ESPAÑOL Y COMPARADO

Parar poder centrarnos en el modo de financiación privada de infraestructuras es conveniente conocer primero los diferentes modelos de financiación utilizados en la actualidad por las Administraciones públicas a la hora de crear una infraestructura, las cuales, tras la entrada en vigor de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obra pública, han experimentado un profundo cambio, gracias a las mayores posibilidades que en cuanto a su utilización permite dicha norma, lo que ha hecho variar los planteamientos tradicionales por lo que a la utilización de otras modalidades de financiación en las que las Administraciones públicas españolas se venían apoyando para la creación de infraestructuras se refiere.

En realidad, sólo han cambiado las formas porque las alternativas de financiación de infraestructuras se han reconducido tradicionalmente, de acuerdo con las distintas regulaciones establecidas en esta materia por nuestra legislación, a dos modelos: el directo, a través de los propios órganos públicos y el indirecto a través de terceros que ayudan a la Administración en la consecución de este cometido a través de diferentes opciones, cuya figura más representativa es la concesión. Los modelos reconocidos por nuestra legislación actual serían los siguientes.

³⁰ En este sentido se pueden destacar dos normas por encima de otras, como son la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, en la que algo parece moverse, si bien que muy moderadamente, y la Ley 13/2003, de 23 de mayo, de concesión de obra pública, que introduce nuevas posibilidades de participación en la creación y explotación de infraestructuras por parte de los privados.

³¹ La normativa aprobada por algunas Comunidades Autónomas es la Ley 11/1997, de 28 de abril, por la que se modificó la Ley 3/1991, de 7 de marzo, de carreteras de la Comunidad de Madrid. En el caso de Murcia, se aprobó la Ley 4/1997, de 24 de julio, reguladora de la construcción y explotación de infraestructuras. Por último, en el caso de Navarra se promulgó la Ley Foral 21/2001, de 18 de octubre, de construcción, explotación y financiación de la Vía de Gran Capacidad Pamplona-Logroño.

3.1. Financiación pública directa

Esta forma de financiación se nutre de fondos procedentes de los presupuestos generales aprobados anualmente por los distintos entes públicos. Es, por así decirlo, la forma más clásica de financiación y la que con mayor determinimiento y exhaustividad regulaba hasta mayo de 2003 la contratación administrativa en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ³².

En este modelo de financiación son los ciudadanos los que, en definitiva, soportan el coste de la infraestructura de una forma directa o indirecta a través de los impuestos.

En cuanto a la forma de pago, la Administración contratante remunera al constructor mediante abonos a cuenta, denominados certificaciones de obra, que se emiten de forma periódica. Esta forma de pago es la utilizada normalmente todavía hoy en el contrato de obras.

3.2. Financiación pública indirecta

Esta forma de financiación se lleva a cabo mediante transferencias efectuadas a favor de entes instrumentales dependientes de entes territoriales y, por ende, también soportada por los presupuestos generales del ente territorial de que se trate. Es ésta una fórmula ya utilizada desde hace tiempo por los entes territoriales y que se incardina dentro de las técnicas de descentralización funcional. Esta técnica se ha desarrollado de manera extraordinaria desde la entrada en vigor de la Constitución española de 1978. En efecto, al estar justificada la creación de estos entes instrumentales en la consecución del principio de eficacia, su utilización encuentra un claro amparo en el artículo 103.1 del texto constitucional, que señala el principio de eficacia como uno de los que deben conseguir las Administraciones públicas en su actuación. Por esta razón confesable, y por otras menos confesables que no es el momento de analizar, pero que están relacionadas con el proceso de *huida del Derecho administrativo*, espantada del Derecho administrativo como denomina a este fenómeno el profesor Parada Vázquez, la proliferación de todo tipo de entes instrumentales ha sido una constante en nuestro país en los últimos años, lo que ha supuesto un correlativo aumento en la utilización de la contratación pública a través de este tipo de entes ³³. Prueba del caos que ha conllevado la proliferación de este tipo de entes instrumentales es el enorme esfuerzo, sin mucho éxito, pero necesario y

³² De hecho, su clasicismo se pone de manifiesto cuando se observa que este sistema coincide con el ya regulado por la Instrucción de Obras Públicas de 1845 y denominado allí como sistema de *contrata*.

³³ No sólo el Estado, sino que las Comunidades Autónomas también han optado por crear este tipo de entes públicos, sociedades mercantiles, primordialmente, para escapar de la aplicación del Derecho administrativo en aquellos aspectos en que éste es más exigente y rígido que el Derecho privado, como el régimen de la contratación. Podemos encontrar ejemplos paradigmáticos en entes como GISA en Cataluña, GIASA en Andalucía, GICALSA en Castilla-León o ARPEGIO en Madrid.

loable, que realizó la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado (LOFAGE, en adelante) por hallar una clasificación que englobase y racionalizase pro futuro su creación. Esta clasificación se ha exportado a las Entidades locales en la modificación a la Ley de Bases de Régimen Local que efectuó la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Modernización del Gobierno Local, en su artículo 85 bis, y que es seguida por la mayoría de las Comunidades Autónomas. Recordemos que esta clasificación engloba dentro de una misma categoría de organismos públicos a todo este tipo de entes, para diferenciarlos, en razón a su actividad, más empresarial o menos, en organismos autónomos (los de menos) y entidades públicas empresariales (las de más). Asimismo, la LOFAGE deja vigentes las Sociedades Mercantiles constituidas de acuerdo con lo previsto por el antiguo artículo 6.1.a) de la anterior Ley General Presupuestaria, actualmente recogidas en el artículo 166.1.c) de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, aprobada por Ley 33/2003, de 3 de noviembre. No obstante, fuera de esta clasificación quedan organismos públicos importantes, como pone de manifiesto la propia LOFAGE en sus disposiciones adicionales, dejando patente lo difícil de englobar en una misma clasificación a todos estos entes.

Dentro de esta técnica de financiación hay que establecer una importantísima diferenciación entre transferencias que computan a efectos de déficit público y transferencias que no computan. La trascendencia de tal diferencia no se le escapa a nadie, pues de ella depende el cumplimiento o no de los objetivos del Pacto por el Crecimiento y la Estabilidad Presupuestaria europeo y la Ley de Estabilidad Presupuestaria interna de 2001, aprobada respetando los parámetros del citado Pacto. El criterio exigido para que las transferencias de capital efectuadas a favor de entes instrumentales no computen a efectos de déficit es que la entidad pública perceptora desarrolle una actividad empresarial y que sus ingresos por dicha actividad sumen, al menos, el 50 por 100 de los gastos de explotación y de amortizaciones. Es por este motivo por el que las Administraciones públicas han creado en los últimos años organismos que cumplan los criterios que se acaban de exponer para la realización de actividades de un interés general que conllevan la creación de infraestructuras que requieren un alto volumen de inversión, con más éxito en unos casos que en otros en cuanto al examen del cumplimiento de esos criterios por parte del organismo europeo encargado de la evaluación (EUROSTAT). Como ejemplo de organismo evaluado positivamente podemos citar al otrora GIF (Gestor de Infraestructuras Ferroviarias) y ahora ADIF (Administrador de Infraestructuras Ferroviarias) desde la entrada en vigor, en enero de 2005, de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario. Como ejemplo de organismo evaluado negativamente tenemos a MINTRA, creado por la Comunidad de Madrid para desarrollar las tareas de ampliación y mejora de la red del Metro de Madrid y alrededores y cuyas transferencias de capital deben computar a efectos de déficit a juicio de EUROSTAT, lo que le supone un grave trastorno a dicha Comunidad a la hora de afrontar los

enormes desembolsos económicos que el desarrollo de dicha actividad supone ³⁴.

3.3. Financiación pública diferida

Esta forma de financiación consiste en comprometer el pago de las inversiones en infraestructuras a cargo de presupuestos futuros. Dentro de la misma hay que distinguir varias modalidades:

- a) *Abono total del precio*: Se trata del denominado *sistema alemán* o de *llave en mano*. Consiste en que la totalidad de la retribución se abona al finalizar la obra, de manera total o en varias anualidades (10 como máximo), siendo el contratista el que financia la infraestructura mediante el adelanto de las cantidades necesarias hasta la recepción de la obra por la Administración contratante. Fue regulado por primera vez en nuestro ordenamiento por el artículo 147 de la Ley 13/1996 de acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado para 1997. Dicha norma autoriza la utilización de esta modalidad de forma limitada a los Proyectos que apruebe el Consejo de Ministros y a aquellos otros que respeten los criterios por ella establecidos. Su régimen jurídico ha sido desarrollado por el Real Decreto 704/1997, de 16 de mayo.

Este modelo conlleva un peligro obvio en su utilización, pues puede hipotecar los presupuestos futuros con los que pudieran encontrarse gestores públicos de distinto signo a los que utilizaron dicha vía de financiación. Por ello, la utilización de este sistema requiere de cierto consenso político y está especialmente indicado para situaciones en las que es necesaria una reactivación económica en momentos de restricción presupuestaria, por lo que se configura como una especie de modelo anticíclico ³⁵.

Este sistema plantea ventajas indudables para la Administración contratante respecto al sistema que aquí hemos denominado como financiación pública directa o clásico por lo que a la financiación se refiere, como hemos visto. No obstante, con respecto a éste plantea un problema jurídico considerable, puesto que no respeta el principio de prohibición de pago aplazado que recoge el artículo 14.2 de la LCAP. Consciente el legislador de ello, se pronunció expresamente en el artículo 147 de la Ley 13/1996 citada acerca de la no aplicación a esta modalidad de dicho principio, que, por otra parte, hace tiempo que no se cumple conforme al espíritu de la Ley que lo regula, salvando de esta forma el requisito de que sea una norma con rango de Ley la

³⁴ Sobre el caso Mintra, véase J. Martínez Calvo, *Hacia la construcción de un «Derecho administrativo financiero»*, Crónica del caso MINTRA, RAP, núm. 167, mayo-agosto de 2005, pp. 369-402.

³⁵ Así lo denomina J. L. Villar Ezcurra, «La construcción y financiación...», *op. cit.*, p. 105.

que exima de la aplicación de ese otrora principio general de la contratación administrativa a los supuestos previstos expresamente ³⁶.

- b) *Peaje en sombra*: Esta modalidad se plasma en una concesión en la que la tarifa por la utilización de la infraestructura que sirve de base para la prestación del servicio no es satisfecha por los usuarios, sino por la Administración concedente, tomando como referencia para dicho pago la intensidad del uso que ha soportado la infraestructura. Por consiguiente, la remuneración del contratista no es fija, sino variable. En algunos supuestos, esta modalidad puede adoptar un modelo de financiación mixta, cuando los usuarios sufragan una parte del coste de la infraestructura a través del pago de una tarifa o peaje blando ³⁷.

Esta modalidad empezó siendo utilizada en Gran Bretaña y, a partir de 1992, evolucionó en dicho país tanto desde un punto de vista cualitativo, mejorando la técnica utilizada hacia fórmulas denominadas de PFI, como veremos, como desde un punto de vista cuantitativo, extendiéndose a un gran número de servicios públicos y no exclusivamente, como hasta entonces, a las carreteras. En España esta fórmula no había sido utilizada por el Estado. Se desechó, desde un punto de vista técnico-jurídico, porque requería la modificación de importantes normas para poder ser implantada, y político, porque entrañaba la posibilidad de crear mayores diferencias de trato en cuanto a las inversiones del Estado en el territorio nacional en atención a la rentabilidad que las mismas pudieran tener para los sujetos privados interesados en su financiación. Por consiguiente, no hubo inicialmente normativa estatal que amparase la utilización de esta modalidad. En cambio, varias Comunidades Autónomas sí que procedieron a aprobar normas en las que se autorizaba la utilización de esta forma de financiación de determinadas infraestructuras. Podemos citar tres Comunidades Autónomas como ejemplo de este tipo de regulación: Madrid, Murcia y Navarra, quienes, de nuevo, han tenido que salvar la aplicación del artículo 14.2 de la LCAP en cuanto al aplazamiento del pago se refiere mediante una norma con rango de Ley, en cumplimiento de las competencias de desarrollo que en materia de contratación administrativa les reconoce el artículo 149.1.18 de la Constitución en relación con la disposición final primera de la LCAP, que considera básico el citado precepto. La normativa aprobada por las Comunidades citadas es la Ley 11/1997, de 28 de abril, por la que se modificó la Ley 3/1991, de 7 de marzo, de Carreteras de la Comunidad de Madrid. En el caso de Murcia, se aprobó la Ley 4/1997, de 24 de julio, reguladora de la construcción y explotación de infraestruc-

³⁶ Para un análisis más pormenorizado del régimen jurídico que rige la utilización de esta modalidad de financiación, véase P. Valcárcel Fernández, «Acerca de las obras públicas...», *op. cit.*, pp. 237 a 240.

³⁷ Véase A. Ruiz Ojeda, «La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España (elementos comparativos para un debate)», Biblioteca Civitas Economía y Empresa, Madrid, 2000, pp. 200 y ss.

turas. Por último, en el caso de Navarra se promulgó la Ley Foral 21/2001, de 18 de octubre, de Construcción, Explotación y Financiación de la Vía de Gran Capacidad Pamplona-Logroño. No es casualidad que estas regulaciones autonómicas se hayan hecho primordialmente pensando en las infraestructuras de carreteras, ya que, como se ha dicho, la técnica se desarrolló en el Reino Unido bajo el nombre de *shadow tolls* para la construcción de carreteras.

No obstante, y a pesar de estas regulaciones, tanto el Estado en la actualidad como las Comunidades Autónomas, desde la entrada en vigor de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obra pública, han optado por utilizar las distintas alternativas que para la financiación de infraestructuras en la citada norma se contemplan, incluida ésta, al poder residenciarse como una subespecie de concesión.

3.4. Financiación pública no presupuestaria

En esta modalidad, el coste de la infraestructura la sufragan, en parte la Administración y, en parte, los usuarios de la infraestructura, mediante el pago de tasas o peajes, convirtiéndose así en una modalidad mixta de gestión pública y retribución privada, ya que las tasas o peajes por la prestación de los servicios las reciben organismos públicos, que adoptan diferentes formas jurídicas (Entes Públicos Empresariales o Sociedades Públicas), pero la retribución percibida por esos entes es de naturaleza privada. Ejemplo de esta fórmula de financiación sería la gestión aeroportuaria, llevada a cabo a través de un ente público instrumental creado bajo la forma de Entidad Pública Empresarial, de acuerdo con la clasificación que de ese tipo de entes efectúa la LOFAGE, como es AENA (Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea).

3.5. Financiación privada o mixta

Es aquí donde los cambios han sido más apreciables en los últimos tiempos debido a la incorporación al ordenamiento jurídico español de modalidades de financiación ya experimentadas y utilizadas en otros países con una tradición jurídica muy distinta. Es necesario advertir que las posibilidades de financiación que gracias, fundamentalmente a la aprobación de la ya citada Ley 13/2003, se reconocen en la actualidad en nuestro ordenamiento tienen poco de nuevas por lo que al núcleo jurídico básico se refiere. No obstante, sí que suponen una novedosa forma de captación de financiación privada al ampliar el espectro existente con anterioridad a la existencia de dicha norma. Es de destacar el hecho de que la regulación de esa ampliación de las formas de captación de financiación privada de infraestructuras se ha hecho respetando las instituciones jurídicas tradicionales, pero estirando sus posibilidades al

máximo. Y la institución jurídica que ha servido de base para todo ello ha sido la concesión. Podríamos decir que para el Derecho administrativo español, la concesión es la madre de toda financiación privada, figura capaz de acoger en su seno y desarrollar sin distorsiones importantes técnicas procedentes de ordenamientos muy diferentes, como ha demostrado en estos últimos años.

Bajo la enorme sombra que proyecta la institución concesional, en este epígrafe de financiación privada o mixta queremos englobar todas las formas de colaboración en las inversiones que se producen hoy entre los poderes públicos y el sector privado, con las variantes que esta figura ha producido últimamente. La utilización de estas fórmulas de colaboración se han ido incrementando en los últimos años por el convencimiento de que son más eficaces y dan mejores resultados finales, ya que, en definitiva, el sector público en la mayoría de estos supuestos referidos a infraestructuras de gran relevancia social no quiere, ni debe, descuidar el control sobre el proceso de la creación de la infraestructura, teniendo la lección bien aprendida sobre los problemas e inconvenientes que esta despreocupación de los poderes públicos acarrea en proyectos de vital importancia, incluso en países que han sido siempre más propensos a no intervenir en el desarrollo de actividades que consideraban eminentemente privadas con el argumento de defender el dinero de sus contribuyentes ³⁸.

3.5.1. El régimen concesional

Como pone de manifiesto el profesor Gaspar Ariño, es muy difícil definir la figura de la concesión, ya que ésta ha respondido tradicionalmente y responde a realidades muy diversas, encontrándonos en nuestro ordenamiento con una variada gama de modalidades de concesiones: demaniales, de servicio, de obra, industriales, pesqueras; licencias y autorizaciones singulares; concesiones urbanísticas o de urbanización; y otros actos o negocios administrativos, cualquiera que sea su denominación, por los que se origine una atribución de derechos o un desplazamiento patrimonial a favor de los par-

³⁸ Me estoy refiriendo en este momento a la obra de infraestructura más importante que se ha acometido en Europa en los últimos tiempos, como es la construcción de un túnel que comunica Francia con el Reino Unido a través del Canal de la Mancha. El análisis del proceso de construcción de esta infraestructura lo ha realizado de manera espléndida en la doctrina española Alberto Ruiz Ojeda, «El Eurotúnel. La provisión y financiación de infraestructuras públicas en régimen de concesión», *RAP*, núm. 132, septiembre-diciembre de 1993, pp. 469 a 529. En ese artículo, el autor resalta cómo la ausencia de implicación de los Gobiernos británico y francés tuvo unas consecuencias muy negativas para el proyecto, poniendo incluso en peligro su propia subsistencia, con una afirmación tajante en la p. 470, *in fine*, del siguiente tenor: «el proyecto del Canal de la Mancha es un ejemplo inigualable de cómo la iniciativa privada es capaz de arruinarse en un Proyecto que ella misma reclamó para sí... como largamente rentable, y de cómo la ausencia... de una participación pública directa consigue perjudicar, desde el principio, un Proyecto clave desde el punto de vista social y político». Véanse especialmente las pp. 524 a 529 del artículo, que son las que el autor dedica a efectuar una valoración crítica, en un epígrafe muy significativo que rubrica del siguiente modo: «valoración general: las lecciones que pueden aprenderse del proyecto examinado».

ticulares. Por consiguiente, el concepto de concesión administrativa es un concepto genérico que engloba realidades muy diversas ³⁹.

Sin ánimo de ser prolijos en este momento en el análisis de la técnica concesional y para no ser repetitivos con lo que más adelante se dirá cuando se analice el contrato de concesión de obra, nos limitaremos a destacar únicamente aquí, siguiendo al profesor citado, el mínimo común denominador que caracteriza a toda concesión, sea del tipo que fuere. Esas notas comunes serían las siguientes ⁴⁰:

- Transferencia constitutiva de derechos, sobre unos bienes o una actividad originariamente administrativos.
- Toda concesión supone, bien el reconocimiento de derechos de aprovechamiento privativo sobre unos bienes, bien el título de habilitación para el ejercicio de una actividad con carácter exclusivo, normalmente.
- La concesión puede ser un acto unilateral necesitado de aceptación, cuando la transferencia de derechos se hace a favor de su titular, sin ulteriores beneficiarios; o puede otorgarse con obligaciones de ulterior actividad a favor de terceros, beneficiarios de ésta, en cuyo caso la concesión adopta la forma de contrato y, por ende, se convierte en un acto bilateral.
- La concesión es siempre un título o habilitación temporal y, por tanto, transcurrido el plazo, el título se extingue y las obras e instalaciones afectos a la concesión revierten a la Administración pública titular del servicio.
- Toda concesión lleva aparejado el pago de un canon.

Pues bien, sobre la base de esta institución jurídica de rancio abolengo, cuyas características esenciales y comunes a todas sus modalidades se acaban de enumerar, se han incorporado a nuestro ordenamiento jurídico, al igual que en otros tantos países, nuevas formas de financiación de infraestructuras procedentes de ordenamientos foráneos, fundamentalmente del Reino Unido. Esta incorporación ha necesitado, no sólo de una revisión de normas jurídicas nucleares en nuestro ordenamiento jurídico, sino de un cambio de filosofía de nuestros gestores públicos a la hora de decidirse por un modelo que se ha implantado, por los motivos expuestos en el apartado primero de este trabajo, de una manera más brusca de lo que sería deseable.

Las variantes incorporadas a través de la madre concesión a nuestro ordenamiento con el objetivo de favorecer la implicación y mayor participación del sector privado en la creación de infraestructuras son las siguientes.

³⁹ G. Ariño Ortiz, «Contrato de obra, concesión de obra...», *op. cit.*, pp. 57 y 58.

⁴⁰ G. Ariño Ortiz, «Contrato de obra, concesión de obra...», *op. cit.*, p. 60.

3.5.1.1. El Project Finance

Ésta es una técnica relativamente novedosa, surgida en los años ochenta del siglo pasado, que se viene utilizando habitualmente en los países anglosajones en general y en el Reino Unido en particular. Su funcionamiento consiste en atribuir la ejecución de un proyecto a un empresario que asume los riesgos de la financiación de manera conjunta con la entidad que lo apoye. El empresario adjudicatario del proyecto tiene importantes competencias, delegadas por la Administración desde el principio, diseñando el proyecto hasta el final, construyéndolo y explotándolo ⁴¹.

Evidentemente, para que el empresario privado acometa la realización de este proyecto tendrá que haber efectuado previamente una serie de estudios económicos que le den una información fiable, tanto a él como a la entidad financiera que sustenta el mismo, acerca de la rentabilidad que puede obtener, al asumir ellos todo el riesgo de la viabilidad del proyecto. Por ello, este tipo de proyectos se llevan a cabo en aquellos sectores donde se espera una rentabilidad clara en base a experiencias contrastadas o contrastables (las autopistas podría ser el ejemplo paradigmático de la aplicación de esta técnica) y no se utilizan en proyectos innovadores que no cuenten con experiencias previas que aporten datos del comportamiento del sector (es extraño que se utilice esta técnica en el ámbito de las innovaciones tecnológicas).

Lo normal es que al proyecto, que se adjudicará a través de los procedimientos de contratación previstos en la LCAP, normalmente concurso abierto, se presenten varios empresarios conjuntamente bajo la forma de UTE (Unión Temporal de Empresas), debido a las grandes inversiones que hay que realizar y como forma de repartir riesgos. Asimismo, es normal que las entidades financieras que apoyan el proyecto constituyan un sindicato de prestamistas.

La utilización del *Project Finance* en España se ha ido incrementando en los últimos años, sobre todo a raíz de la aprobación de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obra, que es la que ha adaptado el régimen concesional de obra a las necesidades del *Project Finance*, que encontraba muchos problemas para desarrollarse durante la vigencia de la escasa regulación contenida al respecto en los antiguos artículos 130 a 134 de la LCAP. Dicha Ley 13/2003 constituye hoy en día el soporte jurídico que ha servido de base para extender a todos los sectores, no sólo al de las autopistas, la posibilidad de utilización del *Project Finance*, al regular de una manera más completa, concreta y estable, aunque todavía fragmentaria e insuficiente, como se dirá más adelante, el marco jurídico de su desarrollo,

⁴¹ Una de las primeras y más completas definiciones sobre esta técnica del *Project Finance* nos la ofrece P.K. Nevitt, *Project Financing*, 5.ª ed., Euromoney, London, 1989, p. 3: «a financing of a particular economic unit in which a lender is satisfied to look initially to the cash flows and earnings of that economic unit as the source of funds from which a loan will be repaid and to the assets of the economic unit as collateral for the loan». Por otra parte, las amplias competencias otorgadas al contratista se resumen gráficamente por el Derecho anglosajón con las siglas BOT (Build, Operate and Transfer) o DBOT (Design, Build, Operate and Transfer).

abordando cuestiones tan esenciales para la realización viable de los proyectos como el sistema de garantías, los plazos de explotación o los modos de fijación de las tarifas.

3.5.1.2. El PFI

Como pone de manifiesto el profesor De la Cruz Ferrer, el PFI (*private finance initiative*) ha supuesto una auténtica revolución en el Reino Unido, que afecta a la forma de provisión de las infraestructuras y de los servicios públicos ⁴².

En realidad, el PFI es una técnica proveniente del Reino Unido que tiene como propósito fundamental atraer inversiones privadas para la creación de infraestructuras públicas y para la gestión de servicios públicos en general en sectores tradicionales de la acción estatal.

La técnica descansa sobre la idea central del pago por una correcta prestación, de tal manera que el sector público sólo comienza a pagar cuando la infraestructura o el servicio público de que se trate está operativo. Y termina de hacerlo cuando finaliza el plazo establecido previamente en un contrato, que, dado el volumen de inversión que se tiene que afrontar, suele ser de un plazo amplio, de tal forma que los inversores privados puedan rentabilizar su inversión. Si la infraestructura o el servicio público no pueden prestarse correctamente, es decir, bajo unos estándares de calidad mínimos, el pago por parte del sector público no se efectuará o se verá reducido proporcionalmente, llegando a contemplarse incluso la posibilidad de la rescisión del contrato ⁴³.

La fascinación de algunas de nuestras Administraciones públicas por esta técnica, originada en la mayoría de los casos por la imposibilidad de hacer frente a las inversiones por la paupérrima situación de sus arcas, ha hecho que su utilización en los últimos años haya experimentado un importante aumento. La cobertura jurídica se halla en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. En efecto, la regulación en el seno de la citada norma del contrato de concesión de obra pública, por recomendación del Consejo de Estado supone la posibilidad, ante la amplitud que la redacción del artículo 220 otorga al objeto de dicho contrato, de incorporar bajo ropajes diferentes, en nuestro caso la polivalente y omnipresente figura de la conce-

⁴² J. de la Cruz Ferrer, «Nuevas perspectivas en la regulación de las infraestructuras», *op. cit.*, pp. 38 y 39. El autor citado pone de relieve cómo el PFI supone un cambio notable en el planteamiento de las inversiones de capital del Gobierno en los servicios públicos, pues representa una con la idea de que la mayoría de las infraestructuras y de los servicios públicos son *per se* públicos y deben ser financiados y dirigidos por el sector público.

⁴³ El artículo 251 de la actual Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, incorporado a dicha norma por la Ley 13/2003, de 13 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obra pública, que es la norma que puede habilitar la utilización de la técnica del PFI en nuestro ordenamiento a través de la concesión, contempla la posibilidad del *secuestro* de la concesión por parte de la Administración en los supuestos de incumplimiento grave por parte del contratista, en una especie de transmutación a ese contrato del rescate previsto para el contrato de concesión de servicios públicos.

sión, una técnica nacida en un ordenamiento jurídico muy distinto al nuestro y en un ámbito de relaciones económicas público-privadas muy diferente también.

En este sentido, el grado de utilización del PFI es directamente proporcional al grado de deterioro financiero de las Administraciones y, claro está, en este contexto, el PFI ha sido utilizado primordialmente por las Comunidades Autónomas en España, que son unas administraciones con más y mayores competencias que las Entidades locales para afrontar la creación de este tipo de infraestructuras o la prestación de estos servicios públicos necesitados de gran inversión y con menos recursos que el Estado para llevarlas a cabo.

En buena medida, esta progresiva utilización, mediante adopción, de la técnica del PFI por parte de nuestras Administraciones públicas se ha debido al entusiasmo con que parte de la doctrina administrativista española la ha acogido. En efecto, el cambio de papeles que supone para la acción prestacional del sector público la utilización del PFI es visto con muy buenos ojos por esa parte del sector doctrinal. Las características-ventajas señaladas por estos autores en la utilización del PFI pueden resumirse en las siguientes ⁴⁴:

- El Gobierno (administraciones en general) se convierte en un adquirente de servicios y no en un propietario de infraestructuras.
- El Gobierno (administraciones en general) determina la calidad de los servicios que requiere el público, y solicita esos servicios de las empresas privadas con la necesaria capacidad financiera y experiencia para proporcionarlos.
- El sector privado no sólo asume la responsabilidad en el diseño y la construcción de la infraestructura, sino que también asume la responsabilidad de su gestión y mantenimiento (mediante contratos muy complejos y concretos, denominados con las siglas inglesas DBFO, por los que el inversor privado asume el diseño, la construcción, la financiación y el mantenimiento de la infraestructura o servicio). Se produce así una transferencia de riesgos hacia el sector privado.
- El Gobierno (administraciones en general) puede realizar una asignación efectiva de costes durante todo el ciclo vital de la infraestructura, sabiendo de antemano lo que le va a costar la infraestructura y no estar sujeto al azar que su mantenimiento supone.

El éxito del PFI en el Reino Unido, donde se utiliza para la prestación de la mayor parte de los servicios públicos, incluida la construcción de prisiones, hospitales o colegios, ha sido bastante razonable, por lo que Administraciones públicas de otros países se han animado a utilizarlo, más por obligación del guión marcado por el contexto comunitario de austeridad en el gasto público que por convencimiento en las bondades del mismo. El éxito de su utilización en nuestro país está todavía por ver. Lo único que a estas alturas podemos afirmar es que ha supuesto un impulso importante para la acción

⁴⁴ Véase J. de la Cruz Ferrer, «Nuevas perspectivas...», *op. cit.*, pp. 41 y ss.

prestacional de administraciones que, de otra manera, no podrían haber acometido inversiones fuertes y necesarias para sus respectivos ámbitos territoriales, con el consiguiente efecto beneficioso para otros sectores económicos que ha tenido la implantación de dichas inversiones.

Para que dicha técnica haya tenido, como hemos apuntado ya, un razonable éxito en cuanto a su utilización en el Reino Unido, ha sido necesario e imprescindible un consenso político, habiendo sido asumida por todos los partidos ⁴⁵.

La puesta en marcha se hizo creando primero un grupo de expertos que, dirigido por el Canciller del Tesoro, se encargó de idear y promover la idea. Poco a poco, la utilización se fue ampliando a más sectores de la actividad pública hasta ser utilizada en aquel país en la actualidad prácticamente para todas las áreas de intervención económica del Gobierno. De hecho, el propio Canciller del Tesoro, muy en línea con lo que han sido las políticas económicas públicas en aquel país desde siempre, declaró ya en 1995, una vez que la técnica se empezaba a mostrar eficaz, que para el futuro no se haría ningún proyecto de financiación exclusivamente pública en la creación de cualquier infraestructura, a no ser que fracasasen los intentos por acudir a la iniciativa de financiación privada.

3.5.1.3. Las PPP's

Las denominadas PPP's (*Public-Private Partnerships*) surgen en el seno de la Comisión europea impulsadas por el entonces Comisario de Transportes Neil Kinnock como una variante más desarrollada del PFI. No es casualidad que sea un político británico el que impulse y desarrolle desde el seno de la Comisión esta forma de colaboración entre organizaciones públicas y privadas para la creación de infraestructuras de transporte, ya que era buen conocedor de la mala experiencia vivida en el caso de la construcción por sujetos estrictamente privados del Eurotúnel ⁴⁶ y estaba habituado a la utilización de esas técnicas en su país. Por consiguiente, las PPP's surgen, impulsadas desde la Comisión Europea, por una parte, como un intento de superar los problemas, de tipo técnico y financiero, que las experiencias vividas en la implantación de determinados proyectos de creación de infraestructuras con financiación estrictamente privada habían planteado ⁴⁷, y, por otra parte, como

⁴⁵ En su origen, la técnica del PFI fue elaborada por el Partido Conservador, pero pronto fue aceptada por el Partido Laborista, quien la ha utilizado notablemente desde su acceso al poder, siendo uno de los ejes estructurales de la política económica y social del Primer Ministro Tony Blair.

⁴⁶ Ya hemos comentado en un momento anterior de este trabajo los problemas planteados en el proyecto Eurotúnel debido a la ausencia de apoyo financiero y técnico por parte de los Estados implicados: Francia y Reino Unido. De nuevo, sobre ese particular, recomendamos la lectura del trabajo del profesor A. Ruiz Ojeda, «El Eurotúnel: la provisión y financiación...», *op. cit.* Ténganse especialmente en cuenta las pp. 524 a 529 de dicho trabajo.

⁴⁷ Podemos encontrar una ardorosa defensa de este tipo de técnica de construcción de infraestructuras en «Using public-private partnerships to develop transport infrastructures». Public Private Partnerships Conference. Comisión Europea. Londres, 24 de febrero de 1998. Las cuestiones más impor-

forma de reducir el déficit público en ámbitos de inversión tan importantes como los que se mueven en el terreno de las infraestructuras, obligados como están los Estados a reducir dicho déficit por el ya comentado Pacto de Estabilidad y Crecimiento.

Las fórmulas concretas en que quedan plasmadas estas asociaciones público-privadas revisten varias modalidades. A saber:

- Consorcios mixtos, normalmente utilizados para crear y gestionar proyectos de ámbito territorial muy definido en los que se incluyen dotaciones públicas de infraestructuras.
- Sociedades de Economía Mixta, que es el modelo que mejor encaja en nuestro sistema jurídico para este tipo de *joint ventures* público-privados. Esta fórmula, de origen francés, no es sólo la más utilizada como forma de colaboración público-privada en la provisión de costosas infraestructuras, de transporte primordialmente, en nuestro país, sino que está haciendo fortuna en muchos otros países con sistemas jurídicos diferentes al continental francés en los últimos años (Reino Unido, Estados Unidos o Japón serían ejemplos paradigmáticos).
- Empresas privadas en cuyo capital participan minoritariamente los poderes públicos. Estas empresas, de origen más anglosajón, se rigen íntegramente por el Derecho privado (mercantil) y la participación de los poderes públicos puede variar notablemente, siendo unas veces simplemente dineraria y otras no dineraria (aportando terrenos, licencias de construcción, etcétera). El control que ejercen los poderes públicos sobre este tipo de empresas es también diferente pero siempre está presente de distintas formas y colores. Hace años, por ejemplo en nuestro país, dicho control se ejercía básicamente a través de la figura de un Delegado del Gobierno o comisario político, encargado de controlar las actuaciones que llevaba a cabo la empresa. Actualmente, la modernidad nos ha traído a Europa la fórmula de control anglosajona denominada «Golden Share» o acción de oro, por la cual un Estado puede oponerse, llegando incluso a vetar, una posible adquisición de esa empresa estratégica por otra empresa, nacional o extranjera. Ejemplos de ello hemos tenido en los últimos años en el ámbito de las empresas operadoras de telecomunicaciones, antiguamente semi-públicas y ahora totalmente privatizadas, pero sobre las que los Estados, al ser empresas que operan en sectores muy sensibles, se han reservado ciertos privilegios.

Los desafíos que plantea la política comunitaria sobre infraestructuras con el horizonte de la ampliación que se ha producido en el año 2004 y las restantes que quedan por venir quedan bien plasmados en el libro blanco sobre los transportes de 2001 y en el libro verde sobre las infraestructuras de

tantes tratadas por el Comisario Kinnock en esa Conferencia y los aspectos fundamentales que él destaca de esta técnica los podemos encontrar, de manera resumida, en J. de la Cruz Ferrer, «Nuevas perspectivas...», *op. cit.*, pp. 28 a 30.

2004⁴⁸. Además de estos libros, el Derecho comunitario presta un especial interés a este tipo de colaboraciones público-privadas en el terreno de la inversión en infraestructuras con el apoyo de diversas Directivas sectoriales en los diferentes ámbitos del transporte que complementan las Directivas comunitarias en materia de contratación pública, auténtico pilar en el que descansan, a nivel comunitario, estas técnicas. Entre estas Directivas cabe destacar la 93/37, de 14 de junio de 1993.

3.5.2. *Formas de financiación del concesionario en la utilización de todas estas técnicas*

3.5.2.1. *Emisión de bonos u obligaciones*

Esta forma de financiación no es nueva (se utiliza desde el siglo XIX) pero sí presenta aspectos novedosos en la actualidad. Se concreta en la colocación en el mercado, bien directamente por parte del interesado, bien a través de una entidad financiera, de títulos que representan obligaciones a un interés y plazo fijo, a cuyo vencimiento tendrá que responder la entidad emisora con su propio patrimonio. La novedad actual consiste en el hecho de que las Administraciones públicas pueden avalar la emisión, con el consiguiente incremento de las garantías que tal aval supone. En la actualidad, el artículo 253 de la LCAP regula esta modalidad de financiación del concesionario, reconociendo la posibilidad explicada de aval de la emisión por parte de la administración concedente.

3.5.2.2. *Préstamo hipotecario*

Ésta es una de las modalidades de financiación en la adquisición de bienes inmuebles que fue incorporada también como modalidad de financiación del concesionario a nuestro derecho de la contratación pública ya desde el siglo XIX como forma de financiación de las obras públicas que mayores inversiones requerían en aquella época: los ferrocarriles. Su regulación pública como mecanismo de financiación del concesionario se contiene actualmente en los artículos 255 a 258 de la LCAP. La regulación que efectúan estos preceptos es una regulación jurídico-administrativa, adaptada al contexto. Lógicamente, para los efectos civiles, el artículo 255 se remite a la legislación hipotecaria. El objeto de esta hipoteca son los bienes y derechos de la

⁴⁸ El libro blanco sobre los transportes fue impulsado por los sucesivos comisarios de transportes y se presentó en el año 2001, siendo comisaria Loyola de Palacio, como parte muy importante de la Agenda 2000 bajo el sugestivo título de: «La política de transportes de cara al 2010: la hora de la verdad». Por su parte, el libro verde sobre infraestructuras fue presentado por la Comisión el 30 de abril del 2004 en Bruselas bajo el título: «Libro verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones».

obra pública sobre la que recaiga y su mecanismo de funcionamiento es el mismo que en el ámbito privado, es decir, el concesionario ostenta un crédito de una entidad financiera y aporta como garantía la hipoteca sobre la concesión administrativa. El problema, como pone de manifiesto el profesor Villar Ezcurra ⁴⁹ en el ámbito jurídico-público se centra en los supuestos de ejecución hipotecaria por impago cuando no se llega al remate y adjudicación de la concesión, ya que la entidad financiera se encuentra con un bien desprovisto de valor líquido y realizable en la mayor parte de los casos. Consciente de este hecho, el legislador ha tratado de rodear el instituto de una serie de garantías para el acreedor hipotecario en la regulación de esta forma de financiación, otorgándole una serie de derechos en el artículo 256 de la LCAP, con posibilidad de actuar de manera firme en la defensa de sus intereses, tal y como se prevé en el apartado tercero del citado precepto.

3.5.2.3. Titulización

Esta modalidad, relativamente reciente pero notablemente utilizada ya en el sector hipotecario, de donde proviene, consiste en colocar en el mercado, a través de una entidad financiera, unos títulos que representan los ingresos que obtiene el concesionario por el cobro de tarifas para la explotación de la infraestructura, cediendo este derecho de percepción de las tarifas a lo largo de un plazo determinado o de todo el plazo de la concesión a favor de terceros, recuperando así el concesionario, con cierta celeridad, la inversión acometida.

Esta modalidad está certeramente regulada en el artículo 254 de la LCAP, que ha sido capaz de eliminar parcialmente el riesgo que supone para el tenedor de los títulos el que su derecho de crédito no esté avalado por la administración concedente en el caso de resolución del contrato de concesión mediante la situación del tenedor en el primer escalón de cobro de los acreedores, en posición de igualdad con los acreedores hipotecarios, con los que guarda cierta similitud en cuanto al derecho que ostenta y por la regulación que en los apartados 4 y 5 del citado precepto se efectúa. En estos apartados se regula la actuación que debe llevar a cabo la administración concedente en caso de resolución del contrato. Concretamente el apartado 5, que es el que regula la actuación de la administración en caso de resolución por causa no imputable al contratista, obliga a ésta a satisfacer parcialmente, no totalmente, la deuda con los acreedores del concesionario.

3.5.2.4. Créditos participativos

Esta modalidad consiste en el apoyo que varios prestamistas realizan para la financiación de la infraestructura con el objetivo de participar posterior-

⁴⁹ J.L.Villar Ezcurra, «La construcción y financiación...», *op. cit.*, p. 115.

mente en los resultados de la explotación. La regulación actual de esta modalidad se encuentra en el artículo 259 de la LCAP, que prevé la posibilidad de que la administración concedente sea uno de los prestamistas.

El órgano de contratación tiene que ser informado por el concesionario en caso de acudir a cualquiera de estas formas de financiación. Sin embargo, en el caso del préstamo hipotecario, el artículo 255.1 va más allá y exige que para la constitución del mismo el órgano de contratación de que se trate haya otorgado la oportuna autorización.

VI. LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA. LA REGULACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA EN NUESTRO PAÍS ⁵⁰

4.1. Los antecedentes históricos: regulación anterior a la Ley 13/2003

Como ocurre con la totalidad de las instituciones jurídicas, y este caso no es menos, sino más bien más, no es posible entender la regulación actual del contrato de concesión de obra pública sin revisar los antecedentes históricos. No tendría sentido, desde luego, analizar de manera detenida y prolija las regulaciones anteriores a la actual, pero sí es verdaderamente conveniente echar un vistazo a algunas de las normas que en materia de obras públicas y de contratación han regido en nuestro país. El problema actualmente, tras la regulación en mayo de 2003 de un nuevo contrato de concesión de obra pública está, en buena medida, en distinguir este tipo de contrato de otras figuras existentes previamente en nuestro ordenamiento y con las que presenta ciertas concomitancias. El objetivo, por consiguiente, debe ser la identificación del objeto del contrato de concesión de obra pública y su diferenciación con otros tipos de contratos administrativos típicos, como el contrato de obra y el contrato de gestión de servicios públicos ⁵¹.

Recordemos que el punto de partida hay que situarlo en la Instrucción de obras públicas de 10 de enero de 1845, que diferenciaba entre tres modalidades de construcción de las obras públicas, ya explicadas en otro apartado anterior de este trabajo: la contrata, la administración y la empresa. Ese esquema se mantuvo a grandes rasgos en la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877. Sólo quiebra cuando empiezan a aprobarse, ya en el siglo XX, distintas normas sectoriales reguladoras de las obras para la creación de diferentes infraestructuras (de ferrocarriles, de carreteras, etc.), las cuales

⁵⁰ Sobre el estudio completo de la regulación del contrato de concesión de obra introducido en la LCAP por la Ley 13/2003, de 13 de mayo, véase F. García Gómez de Mercado, «Contratos y concesiones de obra: la Ley 13/2003, de 13 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas», *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 16, mayo-agosto de 2003, pp. 11 a 56.

⁵¹ A la hora de diferenciar los diferentes tipos de contratos a los que se alude, no se puede dejar de consultar el trabajo del profesor G. Ariño Ortiz, «Contrato de obra, concesión de obra, concesión de servicio público: ¿son técnicas intercambiables?», *op. cit.*

prevén técnicas de construcción, financiación y gestión propias, de tal forma que el poderoso, en el origen de las obras públicas en el siglo XIX, contrato de concesión de obra pública va perdiendo fuerza poco a poco hasta su práctica desaparición. En sentido inverso, el contrato de gestión de servicios públicos se fue afianzando desde finales del siglo XIX como consecuencia de la cada vez mayor participación del sector público en la *procura existencial*, es decir, en la prestación de unos servicios necesarios para la sociedad y que son el fruto de los avances técnicos generados por la revolución industrial. Como pone de manifiesto el profesor Ariño Ortiz, la implantación de todos estos servicios requiere una obra, pero lo importante en todos ellos no es la obra, sino la organización y prestación del servicio, de tal forma que la concesión de obra queda desplazada por la concesión de servicio⁵². Este desplazamiento al que alude Ariño se hace patente en la legislación de mediados del siglo XX, en plena efervescencia del servicio público, en normas como el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 o la Ley de Contratos del Estado de 1965. El estado moribundo de nuestro contrato de concesión de obra se confirma con la aprobación en 1972 de la Ley de Auto-pistas, que le da la puntilla definitiva.

Por consiguiente, en la segunda mitad del siglo XX, el contrato de concesión de obras queda diluido en el contrato de gestión de servicios públicos, considerándose la obra lo accesorio y la prestación del servicio lo principal.

En 1995, el intento de resurrección del contrato de concesión de obra por la Ley 18/1995, de 13 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, es más simbólico que otra cosa, debido a la parquedad de la regulación que del mismo allí se hace, en un intento de sistematizar su régimen en tan sólo cuatro artículos (130 a 134 de dicha norma). No obstante, supuso un primer paso por recuperar esa figura, paso que se confirma posteriormente con la aprobación de la Ley 13/2003, de 13 de mayo, de Concesión de Obra Pública, que contiene una regulación completa de dicho contrato⁵³.

La regulación que de tal contrato se efectúa en dicha norma pretende ser tan completa que, inicialmente, iba a tener una sustantividad propia como tal. Sin embargo, el Consejo de Estado en su dictamen recomendó al Gobierno incluirla dentro del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, a la que se añadió finalmente como un nuevo Título V dentro del Libro II (arts. 220 a 266), uniéndose así la concesión de obra al club de los contratos administrativos típicos.

⁵² G. Ariño Ortiz, «Contrato de obra, concesión de obra, concesión de servicio público: ¿son técnicas intercambiables?», *op. cit.*, p. 65.

⁵³ Apunta el profesor Ariño que los motivos por los que se vuelve a regular con tanta intensidad este contrato es la necesidad, como se hizo en el siglo XIX, de acudir a la inversión y al ahorro privado para dotar a nuestro país de las infraestructuras que se necesitan. G. Ariño Ortiz, «Contrato de obra, ...», *op. cit.*, p. 66.

4.2. La Ley 13/2003, de 24 de mayo

4.2.1. Objeto del contrato de concesión de obra

Se regula en el artículo 220, según el cual su objeto es «la construcción y explotación, o solamente la explotación, de obras relacionadas en el artículo 120 o, en general, de aquellas que siendo susceptibles de explotación, sean necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general, reconociendo al concesionario el derecho a percibir una retribución consistente en la explotación de la propia obra, en dicho derecho acompañado del de percibir un precio o en cualquier otra modalidad establecida en este título».

Como vemos, el artículo regula de una manera deliberadamente amplia las posibles fórmulas de retribución del concesionario para que quepa la utilización por parte de la Administración contratante de todas las novedosas técnicas que ya hemos señalado.

Lo que se pone de manifiesto, con la definición del contrato que el artículo 220 efectúa, es la apuesta, como señala Ariño Ortiz, por el *outsourcing*, en el convencimiento de que el empresario particular es mucho más apto que la Administración para gerenciar una explotación económica⁵⁴. Sin embargo, como ya se ha apuntado en algún momento anterior de este trabajo, este convencimiento viene un poco forzado por las circunstancias internas y externas que rodean la inversión pública en la actualidad⁵⁵.

4.2.2. Riesgo y ventura del concesionario

Este secular principio de la contratación administrativa está regulado para el contrato de concesión de obra pública en el artículo 220.2 de la LCAP, que dice que «la construcción y explotación de las obras públicas objeto de concesión se efectuarán a riesgo y ventura del concesionario...».

Por tanto, el riesgo y ventura que el concesionario del contrato de concesión de obra asume alcanza tanto a la ejecución de la obra como a la posterior prestación del servicio público.

No obstante, este principio quiebra, como es regla general para los contratos administrativos, cuando se produce un supuesto de fuerza mayor. Así, el artículo 239 del mismo texto normativo afirma que «si la concurrencia de fuerza mayor implicase mayores costes para el concesionario a pesar de la prórroga que se le conceda, se procederá a ajustar el plan económico-finan-

⁵⁴ G. Ariño Ortiz, «Contrato de obra, ...», *op. cit.*, p. 67.

⁵⁵ El propio profesor Ariño así parece apuntarlo también, en una afirmación más cercana a la realidad que la anteriormente subrayada, cuando señala que «las concesiones encuentran sus épocas de esplendor en periodos históricos de penuria de la Hacienda Pública». G. Ariño Ortiz, «Contrato de obra, ...», *op. cit.*, p. 67.

ciero. Si la fuerza mayor impidiera por completo la realización de las obras se procederá a resolver el contrato, debiendo abonar el órgano de contratación al concesionario el importe total de las ejecutadas, así como los mayores costes en que hubiese incurrido como consecuencia del endeudamiento con terceros»⁵⁶.

4.2.3. *Mantenimiento del equilibrio económico del contrato*

Otro principio esencial de la contratación administrativa es el mantenimiento del equilibrio económico del contrato. Para el contrato de concesión de obra pública está regulado en el artículo 242.b) de la LCAP, que reconoce como uno de los derechos del contratista el «derecho al mantenimiento del equilibrio económico de la concesión, en la forma y con la extensión prevista en el artículo 248 de esta Ley». Y es que es ese precepto el encargado directamente de regular el principio en cuestión, diciendo que «el contrato de concesión de obras públicas deberá mantener su equilibrio económico en los términos que fueron considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario, de conformidad con lo dispuesto en el apartado siguiente». Y el apartado siguiente, es decir, el artículo 248.2 regula tres supuestos diferentes en los que se justifica la utilización de la técnica del mantenimiento del equilibrio económico del contrato, a saber: la utilización del *ius variandi* de la administración en materia contractual, la fuerza mayor y la revisión de las tarifas como consecuencia de las diferentes incidencias (incluida la inflación y demás aumento de costes) que puedan surgir durante el periodo de ejecución del contrato.

Como vemos, la regulación de este principio para el contrato de concesión de obra sigue la doctrina clásica de su puesta en funcionamiento ante cualquier acontecimiento que ponga en peligro la propia ejecución del contrato como consecuencia de una decisión directa de la administración o de un acontecimiento externo a la voluntad de las partes.

La técnica del mantenimiento del equilibrio económico, una vez producido el supuesto que la habilita, opera principalmente sobre las tarifas que percibe el concesionario, ya que es ésta la principal vía de retribución del mismo.

⁵⁶ Sobre el principio del riesgo y ventura en los contratos administrativos en general y en el de concesión de obra en particular, véase G. Ariño Ortiz, «Contrato de obra,...», *op. cit.*, pp. 71 a 74. Niega el profesor Ariño que sea el de riesgo y ventura un principio general de la contratación administrativa, diciendo que es más un mito que una realidad, ya que existen otros principios esenciales de la contratación administrativa por los que «a Dios gracias» se mitigan, en gran medida, los efectos del principio de riesgo y ventura. Así, la revisión de precios, el riesgo imprevisible, el mantenimiento del equilibrio económico del contrato o la técnica de los modificados, por lo que el único riesgo tangible que asume el contratista reside en que su oferta inicial sea demasiado baja. Concluye Ariño que, en consonancia con la Comunicación Interpretativa sobre concesiones 2000/C 121/02, hay que entender como riesgo y ventura el hecho de que el contratista no esté asegurado frente a todo tipo de riesgo, es decir, que no se consagre la doctrina del *gratis total* o de la *barra libre* para el contratista.

4.2.4. *Financiación de las obras públicas construidas mediante contrato de concesión*

Quizás sea una de las novedades más importantes. Sobre las posibilidades que ofrece actualmente la LCAP ya hemos hablado en un apartado anterior. Simplemente, se trata ahora de recordar las posibilidades de financiación externa que el concesionario de obra pública tiene en la actualidad para la ejecución de este contrato. El artículo 224 de la LCAP, que pretende ser el precepto base o matriz en esta cuestión, regula los sistemas clásicos en su seno (créditos de entidades financieras y aportaciones de la Administración justificadas por razones de interés público) y remite al Capítulo IV del Título V la regulación de los sistemas novedosos de financiación externa para el concesionario. En efecto, la LCAP dedica todo el Capítulo IV del Título V a este asunto (arts. 253 a 259), incluyendo cuatro técnicas de financiación, a saber: la emisión de bonos u obligaciones (art. 253), la hipoteca (arts. 255 a 258), la tuitización (art. 254) y los créditos participativos (art. 259).

4.2.5. *Retribución del concesionario*

Los sistemas de remuneración que prevé la LCAP para el concesionario de obra pública se recogen en el artículo 225, sin que se produzca aquí ninguna novedad digna de destacar. Este precepto que acabamos de citar señala como posibles fuentes de retribución del concesionario el precio o tarifa que abone el usuario del servicio, los rendimientos procedentes de la explotación de la zona comercial anexa a la infraestructura y, en su caso, las aportaciones procedentes de la Administración, con respeto, dice el precepto, al principio de riesgo y ventura del contratista. Nada nuevo bajo el sol. Resulta interesante la preocupación que se observa en el legislador en esa nueva llamada de atención acerca del respeto al principio de riesgo y ventura en la remuneración del concesionario. Parece obsesionado por evitar tentaciones por parte de algunas Administraciones públicas y por el respeto a la normativa comunitaria, muy preocupada recientemente por este aspecto, en consonancia con las restricciones al gasto público impuestas por el tantas veces citado Pacto de Estabilidad y Crecimiento.

4.2.6. *Zonas complementarias de explotación comercial*

El artículo 223 de la LCAP contiene una de las novedades más destacables en la regulación de este contrato de concesión de obra pública. Se trata de la posibilidad que se le ofrece al concesionario de poder explotar las zonas adyacentes a la obra principal, tales como establecimientos de hostelería, estaciones de servicio, zonas de ocio, estacionamientos, locales comerciales y otros susceptibles de explotación. Dicha explotación se hará de acuerdo con lo que establezcan para cada caso concreto los pliegos generales o particula-

res que rijan la concesión y, en su caso, con lo determinado en la legislación o el planeamiento urbanístico que resulte de aplicación, tal y como establece el apartado segundo del artículo 223.

El apartado 3 del citado artículo establece que «las correspondientes zonas o espacios quedarán sujetos al principio de unidad de gestión y control de la Administración pública concedente y serán explotados conjuntamente con la obra por el concesionario directamente o a través de terceros en los términos establecidos en el oportuno pliego de la concesión».

Por último, el apartado 4 regula el principio genéricamente establecido para toda concesión de reversión de los bienes a la Administración concedente a la finalización de la concesión.

La apuntada importancia de la regulación contenida en este precepto hace referencia a las mayores posibilidades que se le otorgan al contratista-concesionario de poder resarcirse de una forma más rápida y rentable de la inversión acometida para la ejecución de la obra y posterior prestación del servicio con la explotación de las zonas anexas a la obra, lo que hace más atractiva para el contratista este tipo de concesión. Esta posibilidad había sido largamente reclamada por una parte de nuestra doctrina jurídica, como se ha puesto de manifiesto a lo largo de este trabajo, que reclamaba una separación de la zona primaria de la obra y de las zonas secundarias o anexas, con posibilidad de que el concesionario pudiese explotar determinados servicios sobre éstas, y la no aplicación de la teoría del dominio público a la totalidad de la obra o servicio ⁵⁷.

Parece que, finalmente, este precepto acoge esta reivindicación doctrinal en aras a la atracción de inversiones privadas en la realización de obras públicas y prestación de servicios en las instalaciones de las mismas.

4.2.7. *Régimen económico-financiero de la concesión: aportaciones públicas a la construcción y explotación de la obra y régimen tarifario*

El régimen económico-financiero de la concesión se regula en los artículos 245 a 247 de la LCAP. En esos tres artículos se diferencian claramente tres tipos distintos de aportaciones a través de las cuales el concesionario se puede resarcir de su inversión. Son las siguientes: las aportaciones efectuadas por la Administración concedente para la ejecución de la obra (art. 245), las tarifas que pagan los usuarios por la utilización del servicio prestado por el concesionario (art. 246) y las aportaciones que haga la Administración para la explotación de la obra (art. 247).

Estas aportaciones de la Administración concedente pueden ser dinerarias o no dinerarias. Por lo que a las primeras se refiere, pueden entregarse al con-

⁵⁷ Recuérdese la nota explicativa número 29, contenida en la p. 12 de este trabajo, sobre el intento de superación de la teoría del dominio público clásica como forma de atracción de la inversión privada para la ejecución de infraestructuras públicas, cuyo máximo y no único representante es el profesor Ariño Ortiz.

tratista en tres momentos diferentes, en una regulación que se inspira, lógicamente, en el contrato de obra. En efecto, la Administración concedente podrá realizar aportaciones dinerarias al contratista durante la ejecución de la obra (mediante el pago de las certificaciones de obra), a la finalización de la misma o a la finalización de la concesión (estas dos posibilidades habilitan la utilización por parte de la Administración concedente de los sistemas denominados como llave en mano o sistema alemán o el sistema de peaje en la sombra o *shadow toll*). Las aportaciones dinerarias durante la explotación de la obra se realizan mediante subvenciones al precio, anticipos reintegrables o préstamos participativos, en los términos que se establezca en el pliego de la concesión.

En cuanto a las aportaciones no dinerarias, para la ejecución de la obra, pueden consistir en la entrega de bienes inmuebles, que revertirán a la finalización de la concesión.

Por lo que a las aportaciones no dinerarias en la fase de explotación de la obra se refiere, la letra b) del artículo 247 de la LCAP se limita a decir que consistirán en «ayudas en los casos excepcionales en que, por razones de interés público, resulte aconsejable la promoción de la utilización de la obra pública antes de que la explotación alcance el umbral mínimo de rentabilidad». Como vemos, caben aquí todas las fórmulas posibles para acudir en ayuda del concesionario en aras al mantenimiento del equilibrio económico del contrato con el objetivo de que éste siga prestando el servicio en términos razonables y satisfactorios para el interés público.

Sin duda, el punto más débil en la regulación de este régimen económico-financiero que efectúa la LCAP es el referente al régimen tarifario, ya que el artículo 246 ni se pronuncia acerca de la naturaleza jurídica que deben tener ni acerca de la composición que deban tener las mismas⁵⁸. Simplemente se limita a establecer que serán fijadas por el órgano de contratación con un carácter de máximos, pudiendo el concesionario rebajarlas. Asimismo, reconoce el derecho a su revisión en los términos establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

El parámetro más importante para la fijación de las tarifas y para su revisión es el plan económico-financiero, que será elaborado por el contratista y presentado en el procedimiento de contratación como uno de los documentos que tiene que acompañar su oferta. Igualmente, a la hora de la fijación de las tarifas se tiene en cuenta las posibilidades que tiene el concesionario de explotar las zonas complementarias de las infraestructuras, de tal forma que la ecuación es sencilla: a mayores posibilidades de explotación de recursos complementarios, tarifas más bajas.

⁵⁸ Sobre las críticas a este precepto, véase G. Ariño Ortiz, «Contrato de obra,...», *op. cit.*, pp. 82 y 83.

V. CONCLUSIONES

Del examen de la situación actual en torno a la creación y financiación de infraestructuras, queremos poner de manifiesto las siguientes conclusiones:

Primera. La primera reflexión que parece obligada formular es: ¿en qué medida los poderes públicos se han visto obligados por las circunstancias económicas y políticas o ha sido una decisión sentida y querida la de cambiar el *modus operandi* para la consecución de nuevas y costosas infraestructuras y prestación de servicios públicos? La conclusión, después de elaborar este trabajo, es que, en la mayoría de los casos, los gestores públicos se han visto avocados a la utilización de unas técnicas que no conocen y de las cuales la mayoría, desconfía. Nos encontramos, por lo tanto, con una manifestación más en este ámbito de la influencia de la Economía sobre el Derecho, ya que son realmente causas eminentemente económicas las que han operado esta profunda transformación.

Segunda. Es evidente que la utilización de estas novedosas, que no nuevas, técnicas para la financiación de infraestructuras costosas y la puesta en funcionamiento de servicios de interés económico general sofisticados ha vivido experiencias razonables en determinados proyectos, pero no es menos cierto que se han producido sonoros fracasos en otros. Por consiguiente, hay que ser muy cautelosos a la hora de acudir a estas formas de actuación porque no son siempre una panacea. En realidad, detrás de la utilización de ellas se esconden muchos intereses más particulares que generales. En efecto, los mercados de la contratación pública, principal vía de utilización y cauce formal de desarrollo de estas técnicas, son muy apetecibles al mover importantes cantidades de recursos que pueden ir a parar a manos poco deseables. Todas las grandes empresas constructoras y de servicios de los países europeos viven de los mercados de la contratación pública. Los intereses son muy fuertes en este sector y la Administración tiene primordialmente que asegurarse que sus compañeros de viaje en esta aventura son los más adecuados para llegar a buen puerto. Por ello, es esencial respetar los principios básicos de la contratación administrativa *a priori*, es decir, antes del acto de adjudicación del contrato y ser absolutamente escrupulosos, por tanto, con los principios de publicidad y libre concurrencia, tan invocados para tantas cosas y con tan rigurosa y loable exigencia por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

En definitiva, estas técnicas a través de las cuales se transfieren importantes potestades y posibilidades potenciales de generación de beneficios a los sujetos privados no pueden convertirse en formas de satisfacer a clientes poderosos, sino que tienen que ser utilizadas para la mejora de la gestión pública cuando se vea la oportunidad del ahorro de costes que en muchos casos significan. Sólo mediante el respeto a principios jurídicos mayores y a fuertes principios morales se estarán cumpliendo los objetivos para los que vieron la luz, que, en términos anglosajones, podríamos decir que es la defensa del dinero del contribuyente y, en términos comunitarios, la estabilidad económica para no incurrir en un déficit público exagerado y el favoreci-

miento del principio de la competencia entre las empresas europeas y la colaboración entre el sector público y el privado en la consecución de objetivos comunes. Todo ello con la vista puesta en la mejora en la prestación de los servicios al ciudadano.

Tercera. La regulación que de la utilización de estas novedosas técnicas de financiación de infraestructuras efectúa nuestro ordenamiento jurídico nos parece insuficiente. Si bien es cierto que la promulgación de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, es un paso muy importante en tanto en cuanto supone la posibilidad de dar cobijo jurídico a la utilización de las mismas, es necesario un desarrollo sectorial que contemple las especialidades de cada una de las infraestructuras y dé soluciones jurídicas a los problemas que la financiación de cada una de ellas presenta. La Ley 13/2003 integrada en la LCAP es un mínimo común denominador para poder empezar a tirar del hilo pero el hilo no es suficientemente largo ni tiene los estándares adecuados para cada tipo de tejido.

Otra solución sería la aprobación de una Ley General de Infraestructuras, que fuese posteriormente desarrollada a nivel sectorial en aspectos concretos para cada tipo de infraestructura y servicio de interés económico general. Se trataría de seguir la idea inicial del Gobierno Aznar de regular en un texto separado la utilización de estas técnicas en el que se contuviese hilo suficiente para formar varias madejas que posteriormente pudiesen crear distintos tejidos.

Cuarta. Para el funcionamiento adecuado de las novedosas técnicas de financiación de infraestructuras y de las que pudieran venir en el futuro, se necesita un marco legal estable, claro y favorable para hacer atractivas las inversiones de los sujetos privados sin renunciar al mismo tiempo la Administración a seguir asumiendo las riendas del proceso, desterrando así el peligro de dejar dicho proceso en manos de poderosos *lobbies*.

Quinta. La fuerza cíclica o pendular de la Historia es un hecho extraordinario y casi irrefutable. Etapas históricas de nula intervención pública en la vida económica y social han sido seguidas por otras de mucho mayor protagonismo público, con la máxima observable de que el péndulo siempre gira cuando llega a uno de los extremos. Ésa parece ser la situación actual, en la que un Estado del bienestar moribundo y en vías de extinción tiene que ceder su protagonismo casi absoluto a organizaciones privadas con un músculo financiero que ya no tienen las organizaciones públicas, consumidas en su propia vanidad forjada a través de años dorados en los que parecía que sus fuentes de financiación eran inagotables, pues podían seguir metiendo la mano en la caja a su antojo cuando lo creían oportuno. Pero meter la mano en la caja ya no es posible ni sale gratis y, así, las Administraciones públicas son incapaces de satisfacer todas las demandas que una Sociedad cómoda, timorata y cada vez más exigente y egoísta les plantea. El Estado del bienestar ha muerto: viva el Estado del bienestar.