

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

Las asociaciones público-privadas en la prestación de
servicios públicos y el principio de equidad en materia
financiera y tributaria. Un estudio de derecho comparado

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Fabián Alexander Andrade Narváez

DIRECTOR

José Manuel Almudí Cid

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Financiero y Tributario



TESIS DOCTORAL

**Las asociaciones público-privadas en la prestación de
servicios públicos y el principio de equidad en materia
financiera y tributaria**

UN ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO

Fabián Andrade Narváez

Memoria para optar por el grado de Doctor

**Dirección:
José Manuel Almudí Cid**

Madrid, 2021

Para doña Carmen.

*Anhelo que todo el tiempo y esfuerzo
dedicados a esta investigación honren
el afecto incondicional y la compañía
de una madre.*

RECONOCIMIENTOS

Al presentar en esta memoria de investigación algunos de los contenidos que han definido mi actividad académica, mi práctica profesional y, de muchas maneras, el sentido de cualquier esfuerzo personal en una comunidad, deseo agradecer al Profesor José Manuel Almudí Cid por su orientación, la confianza que me brindó al asumir la tarea de dirigir la investigación y, luego de un largo periodo de ausencia, hacerme sentir nuevamente bienvenido en casa, la Universidad Complutense de Madrid. Sin su enorme paciencia, aliento y generosidad no habría sido posible concluir esta tarea.

Deseo reconocer, a través de los profesores Miguel Ángel Martínez Lago y Adriano Di Pietro, la acogida y ayuda que me ofrecieron, en su momento, todos los docentes e investigadores del Departamento de Derecho Financiero y Tributario de la Complutense y del Dipartimento di Scienze Giuridiche «Antonio Cicu» de la Università degli Studi di Bologna.

En este largo recorrido, la guía de muchos colegas y amigos de varios países en Hispanoamérica ha sido fundamental. Siempre estuvieron disponibles para ofrecerme su apoyo y asesoría. Todos los debates en filosofía, economía y derecho fueron enriquecedores y algunas de sus ideas que desprendidamente compartieron conmigo se exponen en estas líneas. A todos ellos, gracias.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

Reconocimientos	vii
Índice de contenidos	ix
Abreviaturas	xvii
Términos definidos	xxi
Resumen	xxiii
Abstract	xxviii

INTRODUCCIÓN

A. CONCEPTOS PRELIMINARES	1
1. Las APP: algunas ideas iniciales	1
2. Inversión en infraestructura, crecimiento económico y desarrollo a escala humana	5
3. Luces y sombras en el uso de las APP	7
4. Principios constitucionales como límites y fines en las decisiones de la autoridad pública y su control	9
5. APP para la gente	10
B. OBJETIVOS PERSEGUIDOS EN ESTA INVESTIGACIÓN Y CONTENIDO	11
1. Objetivo general e hipótesis de trabajo	11
2. La definición y estructuración legal de una APP: problemas de Derecho administrativo	12
3. Problemas jurídicos en la estructuración financiera de una APP: el Derecho Tributario en la práctica	13
4. La adopción de decisiones en función de los límites y fines materiales constitucionalmente previstos para las finanzas públicas: problemas de Derecho Constitucional y de la Teoría del Derecho	15
5. Problemas sobre redistribución de la riqueza y sostenibilidad fiscal derivados de la modalidad de APP	16

CAPÍTULO I

CONCEPTUALIZACIÓN DE LAS APP COMO INSTRUMENTOS DE DELEGACIÓN DE LA GESTIÓN PÚBLICA

A. PLAN GENERAL DE LA PRIMERA PARTE: LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LAS APP PARA ASEGURAR SU VIABILIDAD COMERCIAL Y FINANCIERA	21
B. CONCEPTUALIZACIÓN DE LAS APP COMO MODALIDAD DE DELEGACIÓN DE LA GESTIÓN PÚBLICA	23

1.	Descripción preliminar del tipo de relación a la que se refiere una APP	23
2.	Nomenclatura en las APP	25
3.	Las APP desde la perspectiva internacional	26
4.	Aproximación a partir de definiciones legales de APP y tipos contractuales	33
C.	TRADICIÓN Y EVOLUCIÓN DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS QUE REGULAN LAS APP EN ESPAÑA E HISPANOAMÉRICA	37
1.	Antecedentes remotos de la delegación de la gestión pública a la empresa privada	37
2.	El private finance initiative (PFI) inglés: antecedente de la nueva ola	40
3.	La influencia de la Unión Europea en el desarrollo de las APP en España	42
4.	El sistema jurídico para las APP en España	51
5.	El desarrollo normativo de las APP en Hispanoamérica	55
D.	EL ROL DEL ESTADO Y LAS MODALIDADES DE GESTIÓN ADMINISTRATIVA	65
1.	El problema de las competencias atribuidas a la Administración pública	65
2.	El Estado garante y regulador	70
E.	ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS DE UNA APP EN EL MODELO INTERNACIONAL Y EN LOS SISTEMAS JURÍDICOS ESPAÑOL E HISPANOAMERICANOS	78
1.	Delegación autorizada de gestión de un proyecto público	78
2.	Existencia de un contrato que regula las relaciones entre el Estado y el gestor privado	81
3.	Las APP no son formalmente privatizaciones de la actividad pública, pero generan efectos prácticos similares	88
4.	Objeto de la delegación de gestión: la actividad pública referida a un proyecto público (usualmente de inversión)	90
5.	La función del gestor privado	92
6.	Reparto de riesgos del proyecto y los riesgos públicos generales	93
7.	La APP como modalidad de financiación público	94

CAPÍTULO II

RÉGIMEN JURÍDICO-ADMINISTRATIVO Y EL CICLO DEL PROYECTO DE APP

A.	PLANTEAMIENTO DEL TEMA	97
1.	Sistema de contratos en la implementación de un proyecto público y el contrato de APP	99
2.	El contrato de gestión delegada o contrato de APP	101
3.	Contrato de construcción	102
4.	Contrato de operación y mantenimiento	103
5.	Otros acuerdos del proyecto	104
B.	EL PROYECTO PÚBLICO	104
1.	Objeto y límites en el ámbito de aplicación de la modalidad APP: proyectos elegibles para una APP	104
2.	Los riesgos del proyecto, su distribución y gestión	119
C.	SUJETOS PARTICIPANTES EN EL PROYECTO DE APP	136

1.	Entidad delegante: aspectos generales	136
2.	Promotores privados y el gestor privado	144
3.	Destinatarios de los servicios derivados del proyecto APP. Especial referencia a los usuarios	152
4.	Otros participantes en el proyecto	153
D.	VIGENCIA DEL CONTRATO APP, TERMINACIÓN ANTICIPADA Y COMPENSACIONES	157
1.	Perspectiva desde el modelo internacional	157
2.	Plazo ordinario y terminación anticipada de un contrato de gestión delegada en Ecuador	161
3.	Terminación o extinción de los contratos de concesión en España	163
E.	RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS	169
1.	Ajuste de los sistemas jurídicos hispanoamericanos al modelo internacional	169
2.	Arbitraje internacional comercial y de inversiones: aspectos generales	170
3.	Régimen de resolución de controversias en España y las limitaciones al arbitraje	173
F.	PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y EL CICLO DEL PROYECTO DE APP	175
1.	Introducción	175
2.	Etapas de preparación o precontractual	177
3.	Etapas de contratación o instrumentación de la delegación	198
4.	Ejecución del contrato de APP	205
5.	Modificaciones y renegociación de los contratos APP	212
6.	Etapas de terminación de la relación jurídica	218

CAPÍTULO III

LA ESTRUCTURACIÓN FINANCIERA DE UN PROYECTO DE APP DESDE LA PERSPECTIVA JURÍDICA

A.	PLANTEAMIENTO	223
1.	Planteamiento general de la segunda parte: sobre la proposición de que las APP constituyen una «modalidad de financiación público»	223
2.	Las APP como alternativa de financiación en el contexto del sistema de la inversión y financiación público	226
3.	Modelo financiero o <i>financial case</i>	227
4.	Análisis de los ingresos y gastos del proyecto público en sus diversas fases	229
B.	INGRESOS DE UN PROYECTO APP	237
1.	Aproximación general a la tipología de ingresos del proyecto APP en los sistemas jurídicos positivos	237
2.	Ingresos del gestor privado originados en la contraprestación de los usuarios	239
3.	Aportaciones y pagos con recursos públicos para la financiación del proyecto público	243
C.	LOS EGRESOS DEL PROYECTO PÚBLICO	256
1.	Los egresos y el objeto del contrato	256

2. Rubros de mayor importancia por su importe	257
3. La relevancia de los aspectos tributarios en el análisis de los flujos operativos del proyecto	259
D. EQUILIBRIO ECONÓMICO-FINANCIERO DEL CONTRATO	261
1. Alcance del concepto: supuestos que lo justifican	261
2. Consideraciones prácticas sobre los términos agregados en los contratos APP	263
E. INSTRUMENTACIÓN DLA FINANCIACIÓN EN LA MODALIDAD DE <i>PROJECT FINANCE</i>	267
1. Aspectos generales del <i>project finance</i>	267
2. El contrato de crédito	272
3. El paquete de garantías	281

CAPÍTULO IV LA CONTRAPRESTACIÓN PAGADA POR UN SERVICIO PÚBLICO PROVISTO BAJO LA MODALIDAD DE APP

A. PLANTEAMIENTO DEL TEMA	287
1. Puntos de conexión para la determinación de la naturaleza jurídica de la contraprestación debida por la recepción de un servicio público	288
2. Importancia de la calificación de la naturaleza de las contraprestaciones pecuniarias que pagan los usuarios por servicios públicos y plan de trabajo	288
B. CALIFICACIÓN NORMATIVA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONTRAPRESTACIÓN DEBIDA POR LA PROVISIÓN DE UN SERVICIO PÚBLICO	290
1. La coactividad de la fuente formal de la obligación	290
2. Del régimen de autoimposición en el ámbito tributario a la regulación del ejercicio de la potestad tarifaria a cargo de la Administración	330
3. Variaciones del régimen aplicable a la prestación pecuniaria en función de la naturaleza del servicio suministrado	331
C. LA RELEVANCIA DEL SUMINISTRADOR DEL SERVICIO PÚBLICO PARA LA CALIFICACIÓN DE LA CONTRAPRESTACIÓN	344

CAPÍTULO V ESPECIALIDADES DEL RÉGIMEN TRIBUTARIO APLICABLES A PROYECTOS DE APP

A. PLANTEAMIENTO DEL TEMA	351
1. Impacto material del sistema tributario derivado de la modalidad de APP	351
2. Diversas posiciones de los participantes del proyecto en relación con el tratamiento tributario: consideraciones preliminares	353
B. IMPUESTOS SOBRE LA RENTA Y EL PATRIMONIO	355
1. Tratamiento de los proyectos de APP en la contabilidad del gestor privado desde la perspectiva internacional: base común para los regímenes en materia del impuesto a la renta	355

2.	La tributación sobre la renta en España	360
3.	Impuesto sobre el Patrimonio	363
4.	La imposición sobre la renta en Hispanoamérica y las APP	364
C.	IMPUESTOS GENERALES AL CONSUMO (BIENES Y SERVICIOS) Y LAS APP	368
1.	El Impuesto sobre el Valor Añadido y su aplicación a las operaciones desarrolladas en el contexto del desarrollo de un proyecto en APP	368
2.	El Impuesto a las Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados español y la adjudicación de un contrato APP	385
D.	LOS TRIBUTOS LOCALES Y LAS APP	396
1.	Impuesto a los Bienes Inmuebles	396
2.	Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras	399
3.	Impuesto a las Actividades Económicas	402
E.	REGÍMENES DE INCENTIVOS TRIBUTARIOS PARA ATRAER INVERSIONES Y REDUCIR COSTES DE PROYECTOS APP: EL CASO DE ECUADOR	403
1.	El gestor privado como obligado tributario y el régimen de beneficios tributarios	403
2.	Beneficios fiscales para promover la inversión privada en el Ecuador	404
3.	Reglas específicas sobre beneficios tributarios para proyectos de infraestructura bajo la modalidad de APP	406

CAPÍTULO VI

LA EQUIDAD Y EL DEBER DE CONTRIBUIR AL SOSTENIMIENTO DE LOS GASTOS PÚBLICOS: EFECTOS DERIVADOS DE LA MODALIDAD DE GESTIÓN ELEGIDA PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

A.	INTRODUCCIÓN	413
1.	Plan general de la tercera parte: la elección de la modalidad de gestión y financiación de los servicios públicos como un problema de derechos y deberes fundamentales	413
2.	Planteamiento del capítulo: evaluación de la modalidad de gestión desde la perspectiva de la equidad aplicable al sistema tributario	416
B.	LA IDEA DE EQUIDAD Y LOS DERECHOS Y DEBERES FUNDAMENTALES: PREMISAS GENERALES	417
1.	La justificación de las decisiones públicas de carácter normativo	418
2.	Una definición de equidad como objetivo de la actividad pública	429
3.	Los derechos fundamentales como fines en el sistema jurídico	440
C.	CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL DEBER DE CONTRIBUIR AL SOSTENIMIENTO DE LOS GASTOS PÚBLICOS	452
1.	El sentido funcional del sistema tributario con respecto a los fines previstos en el sistema jurídico	452
2.	¿El deber de contribuir a la financiación del gasto público se desarrolla únicamente a través del sistema tributario?	460
3.	La igualdad como límite en el ejercicio de la libertad de configuración jurídica del legislador y los criterios de comparación entre las personas llamadas a contribuir al sostenimiento de los gastos públicos	465

D. LA IGUALDAD Y EL PRINCIPIO DE CAPACIDAD ECONÓMICA EN MATERIA TRIBUTARIA	468
1. Las aplicaciones del principio de capacidad económica	468
2. Capacidad económica como criterio de comparación en el juicio de igualdad formal en el ámbito tributario	480
3. La influencia de la doctrina clásica sobre el principio de capacidad económica en Hispanoamérica	485
E. LA IGUALDAD Y EL PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA EN MATERIA TRIBUTARIA	488
1. Principios de justicia en prestaciones tributarias de tipo conmutativo	488
2. Igualdad formal y equidad en prestaciones tributarias de tipo conmutativo	491
F. CAPACIDAD ECONÓMICA COMO CRITERIO DE COMPARACIÓN EN EL ANÁLISIS DE EQUIDAD EN LA DISTRIBUCIÓN DE LAS CARGAS PÚBLICAS QUE SE ORIGINAN EN EL SISTEMA FINANCIERO PÚBLICO Y SU IMPORTANCIA EN RELACIÓN CON LAS PRESTACIONES PATRIMONIALES NO TRIBUTARIAS	493
1. La capacidad económica como criterio de equilibrio entre derechos fundamentales y deberes interdependientes	493
2. Mínimo esencial desde el punto de vista tributario y su aplicación extendida en el ámbito de la financiación de la actividad pública que depende de prestaciones coactivas no tributarias	504
G. EL SISTEMA TRIBUTARIO Y EFECTOS DERIVADOS DE LAS APP COMO MODALIDAD DE FINANCIACIÓN DE LA ACTIVIDAD PÚBLICA	516
1. Sustitución del principio de solidaridad para la financiación del gasto público por el criterio de conmutatividad: el cambio el carácter de la contraprestación y de la naturaleza del servicio a ser provisto	517
2. La afectación a la renta disponible por el efecto de sobre coste vinculado a la modalidad de gestión del servicio y la aplicación del sistema tributario	519
3. Prelación de los tipos de proyecto a ser gestionados a través de una APP en función del criterio de equidad	521

CAPÍTULO VII

LA DISTRIBUCIÓN EQUITATIVA DEL GASTO PÚBLICO: EFECTOS DERIVADOS DE LA MODALIDAD DE GESTIÓN ELEGIDA PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

A. GASTO PÚBLICO Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE LO ORIENTAN	523
1. Una perspectiva amplia de la actividad financiera del Estado y el Derecho Financiero Público	523
2. El principio de equidad como criterio de distribución del gasto público en los textos constitucionales	525
3. Dimensiones material, territorial y temporal de la equidad en la distribución del gasto público: introducción	529
4. Eficiencia en la distribución del gasto público	531
5. Tensión entre los principios de eficiencia y equidad	532
B. FINANCIACIÓN PRESUPUESTARIA Y EXTRAPRESUPUESTARIA: PLANTEAMIENTO	537

1.	Financiación presupuestaria	537
2.	Diferimiento de pagos en la financiación de proyectos públicos sin distribución de riesgos	538
3.	¿Las APP son una modalidad de financiación extrapresupuestaria?	542
4.	Compromisos firmes y contingentes de la Administración en el contexto de un proyecto de APP	544
C.	DIMENSIÓN MATERIAL DE LA EQUIDAD EN EL GASTO PÚBLICO: FINANCIAR OBJETIVOS REFERIDOS A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	545
1.	Composición del gasto público: introducción	545
2.	Democracia, sistema jurídico y políticas públicas: ¿hacia dónde deben fluir los recursos públicos?	546
3.	El problema de la priorización de la actividad pública dirigida a satisfacer derechos y la disponibilidad de recursos financieros	550
4.	La planificación material y financiera del Estado	553
5.	Introducción al régimen que regula el ciclo presupuestario en España	558
6.	Inversiones públicas e integración con la planificación financiera en Hispanoamérica: casos seleccionados	559
7.	Progresividad, no regresividad y recursos escasos	561
8.	Análisis de equidad y la capacidad económica como capacidad de pago	570
9.	Cómo medir derechos fundamentales: cuantificación de una canasta de derechos	571
10.	APP que sirven para satisfacer derechos fundamentales	579
D.	DIMENSIÓN TERRITORIAL DE LA DISTRIBUCIÓN EQUITATIVA DEL GASTO PÚBLICO	584
2.	Autonomía y solidaridad: equidad en el balance fiscal	586
3.	Distribución equitativa del gasto público en el territorio español	587
4.	Modelo de Equidad Territorial en el Ecuador	591
5.	Incremento del gasto público y efecto expansivo de los tributos: pagos diferidos y otras aportaciones públicas	594
6.	Captura de ingresos públicos de los presupuestos de los gobiernos subnacionales: inequidad en la dimensión territorial en la distribución del gasto público	597
E.	DIMENSIÓN TEMPORAL DE LA DISTRIBUCIÓN EQUITATIVA DEL GASTO PÚBLICO	603
1.	Planteamiento	603
2.	Traslado de cargas a las generaciones futuras	604
3.	Sostenibilidad fiscal	605
4.	Contabilidad pública y transparencia: compromisos firmes y contingentes	615
	EPÍLOGO: CONCLUSIONES GENERALES	631
	BIBLIOGRAFÍA	661

ABREVIATURAS

ACNUDH	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
ALC	América Latina y el Caribe
APP	Asociación público-privada
BAD	Banco Asiático de Desarrollo
BEI	Banco Europeo de Inversiones
BID	Banco Interamericano de Desarrollo
BM	Banco Mundial
BOE	[España] Boletín Oficial del Estado
CAF	Corporación Andina de Fomento
CDH	Comité de Derechos Humanos
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
COA	[Ecuador] Código Orgánico Administrativo, publicado en el Registro Oficial (Suplemento) 31, de 7 de julio de 2017.
COMYF	[Ecuador] Código Orgánico Monetario y Financiero.
COOTAD	[Ecuador] Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, publicado en el Registro Oficial (Suplemento) 303, de 19 de octubre de 2010.
COPCI	[Ecuador] Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones
COPCI	[Ecuador] Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, publicado en el Registro Oficial (Suplemento) 351, de 29 de diciembre de 2010.
DESC	Derechos económicos, sociales y culturales
DGT	[España] Dirección General de Tributos
DOF	[México] Diario Oficial de la Federación
Eurostat	[UE] Oficina Estadística de la Unión Europea
FMI	Fondo Monetario Internacional
GAD	[Ecuador] Gobierno Autónomo Descentralizado. Se refiere a las Administraciones territoriales autónomas (Gobiernos regionales, provinciales municipales y parroquiales).
IBI	[España] Impuesto sobre Bienes Inmuebles
ICIO	[España] Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras
IP	[España] Impuesto sobre el Patrimonio
IRNR	[España] Impuesto sobre la Renta de no Residentes

IRPF	[España] Impuesto sobre la Renta de Personas Físicas
IS	Impuesto sobre Sociedades
ITP y AJD	[España] Impuesto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados.
IVA	Impuesto al valor agregado o impuesto sobre el valor añadido
LCSP	[España] Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, BOE núm. 272, de 9 de noviembre de 2017.
LIAPP	[Ecuador] Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera, publicada en el Registro Oficial (Suplemento) 652, de 18 de diciembre de 2015.
LIP	[España] Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, publicada en el BOE núm. 136, de 7 de junio de 1991.
LIRNR	[España] Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, publicado en el BOE núm. 62, de 12 de marzo de 2004.
LIRPF	[España] Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, publicada en el BOE núm. 285, de 29 de noviembre de 2006.
LRHL	[España] Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, publicada en el BOE núm. 59, de 9 de marzo de 2004.
LIS	[España] Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, publicada en el BOE núm. 288, de 28 de noviembre de 2014.
LITPyAJD	[España] Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, publicado en el BOE de 20 de octubre de 1993
LIVA	[España] Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, publicada en el BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 1992.
LME	[Ecuador] Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Delegación a la Iniciativa Privada
LOFP	[Ecuador] Ley Orgánica de para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo y Estabilidad y Equilibrio Fiscal, publicada en el Registro Oficial (Suplemento) 309, de 21 de agosto de 2018. En el Registro Oficial (Suplemento) 321, de 6 de septiembre del 2018, se publicó una fe de erratas.
LOSNC	[Ecuador] Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el Registro Oficial (Suplemento) 395, de 4 de agosto de 2008.
LRTI	[Ecuador] Ley de Régimen Tributario Interno (codificación), publicada en el Registro Oficial (Suplemento) 463, de 17 de noviembre de 2004
NICSP	Normas Internacionales de Contabilidad del Sector Público.
ONU	Organización de las Naciones Unidas.
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.
ODS	Objetivos de Desarrollo Sostenible.
ONE	[España] Oficina Nacional de Evaluación. Es un órgano integrado a la Oficina

	Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación.
PAI	[Ecuador] Plan Anual de Inversiones.
PFI	<i>Private Finance Initiative</i>
PGE	[Ecuador] Presupuesto General del Estado
PIDCYP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.
PPIAF	<i>Public-Private Infrastructure Advisory Facility</i>
SCC	[Ecuador] Sentencia de la Corte Constitucional
SEC	[UE] Sistema Europeo de Cuentas
SIG	[UE] Servicios de interés general
SRI	[Ecuador] Servicio de Rentas Internas.
STC	[España] Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	[España] Sentencia del Tribunal Supremo
TJUE	[UE] Tribunal de Justicia de la Unión Europea
UE	Unión Europea
UNECE	United Nations Economic Commission for Europe
USRF	[Ecuador] Unidad de Sostenibilidad y Riesgos Fiscales.
VPE	Vehículo de propósito especial — <i>Special Purpose Vehicle</i> (SPV)

TÉRMINOS DEFINIDOS

«Reglamento de la LIAPP»	[Ecuador] Reglamento de Asociaciones Público Privadas, expedido mediante Decreto Ejecutivo núm. 1190, publicado en el Registro Oficial (Suplemento) 333, de 19 de noviembre de 2020.
«Ley APP»	De acuerdo con el gentilicio que acompaña a la expresión es la ley que regula las APP en cada uno de los países hispanoamericanos a los que se hace referencia.
«Reglamento de la Ley APP»	De acuerdo con el gentilicio que acompaña a la expresión es el cuerpo normativo secundario que desarrolla una Ley APP en cada uno de los países hispanoamericanos a los que se hace referencia. La lista de reglamentos analizados consta en el apartado de «Plexo normativo» que se incorpora al final de este documento.
«Corte IDH»	Corte Interamericana de Derechos Humanos
«Modelo internacional»	Conjunto de prácticas y estándares promovidos por organismos multilaterales de financiación y organizaciones internacionales no financieras para la preparación, implementación y evaluación de APP.
«Planificación material»	Proceso ordenado de toma de decisiones para lograr un objetivo determinado que, en la actividad pública, viene definido por el sistema jurídico y, como parte de su aplicación, por las políticas públicas establecidas por los órganos administrativos. La expresión se la emplea para contrastar el propósito de este planeamiento con el que le corresponde a la planificación financiera.
«Planificación financiera»	Proceso ordenado para estimar flujos de ingresos y establecer sus usos, en función de los objetivos fijados en la planificación material.
«Balance iusfundamental»	Representación conceptual del equilibrio entre los derechos fundamentales y los deberes correlativos, especialmente el de autosatisfacción y el de contribución para atender los derechos de los demás en el marco de la acción colectiva institucional.
«Balance técnico»	Es la cuantificación del balance iusfundamental.
«Análisis de equidad»	Es el procedimiento técnico que permite determinar si una decisión normativa —general o particular— promueve, restringe o es neutral respecto del acceso a las prestaciones con las que se

	satisfacen los contenidos esenciales de los derechos fundamentales.
«Comité APP»	Es el Comité Interinstitucional de Asociaciones Público-Privadas, órgano colegiado creado en la LIAPP.
«Programa de Proyectos APP»	Es el instrumento técnico con el que el Comité APP en Ecuador determina la política pública de la Administración Pública Central en materia de APP, especifica los proyectos aprobados y prioriza los sectores en los que se emplea la modalidad.
«Sistemas jurídicos de referencia»	Corresponde a los sistemas jurídicos de España y Ecuador. Además, la expresión se refiere a los sistemas jurídicos hispanoamericanos según el contexto en que se la emplea.
«Registro APP»	En Ecuador es el Registro Nacional de Asociaciones Público-Privada, un instrumento de gestión transparente de los procesos de preparación, implementación y evaluación de los proyectos de APP.
ISO 31000	Organización Internacional de Normalización. ISO 31000:2009 - <i>Risk management – Principles and guideline</i> .
Decreto de Desinversión	Se refiere al Decreto Ejecutivo No. 1174, de 23 de agosto de 2016, publicado en el Registro Oficial (Suplemento) 831, de 1 de septiembre de 2016, con el que en Ecuador se regula la monetización de activos públicos.

RESUMEN

La asociación público-privada en la prestación de servicios públicos y el principio de equidad en materia financiera y tributaria

La organización y provisión de ciertos bienes y servicios de competencia de la Administración pública por parte de gestores privados no son asuntos nuevos en los sistemas jurídicos de tradición romano-germánica ni en la doctrina que explica el régimen aplicable. No obstante, impulsadas por las prácticas especialmente desarrolladas desde los requerimientos del mercado financiero internacional, en la última década, se han concretado reformas legislativas para introducir, con la denominación de «asociaciones público privadas» (las «APP»), los estándares de un modelo internacional que se muestra como paradigma de eficiencia en la preparación e implementación de proyectos de infraestructura y servicios públicos con participación privada.

Las APP son un instrumento de gestión y también de financiación de la actividad pública cuya relevancia se ha acrecentado en circunstancias en las que, por una parte, los presupuestos públicos sufren importantes restricciones y, por otra, las demandas sociales se incrementan en relación con la provisión de servicios que se estiman básicos e imprescindibles y, además, no ha variado la necesidad de cubrir la brecha de inversión en infraestructura de calidad por su correlación con el crecimiento económico y el bienestar de la comunidad. A partir de ello, sostengo que el Derecho Financiero Público tiene un ámbito mucho mayor al del estudio del régimen aplicable a los ingresos y gastos públicos, porque es posible observar subsistemas jurídicos destinados a disciplinar otras fórmulas de financiación de la actividad pública que rebasan los límites del presupuesto público como instrumento central de la actividad financiera del Estado.

En teoría, un proyecto de APP debe ser estructurado de tal modo que, encargando a la empresa privada los componentes integrados del proyecto (*bundling*) y transfiriéndole ciertos riesgos que está en capacidad de gestionar eficientemente, es posible alcanzar en beneficio de la sociedad mayor «valor por dinero». Como instrumento de financiación de las actividades encomendadas a la Administración, las APP han sido empleadas para mantener el programa de inversión pública sin emplear recursos públicos o difiriendo el gasto. Los efectos de los compromisos firmes y contingentes asumidos a través de los respectivos contratos de APP o concesiones no se reflejan en las cuentas públicas bajo ciertas condiciones.

Por el origen del modelo internacional y con la identificación de los objetivos coyunturales de las autoridades responsables, es posible explicar el hecho de que, sin

perjuicio de las diferencias específicas entre los sistemas jurídicos, en esencia las previsiones normativas se ajustan a un patrón que busca que los proyectos de APP sean comercialmente viables y financiables.

Con un método comparativo, en la primera parte de esta investigación, me propuse caracterizar a las APP en España y, en el contexto hispanoamericano, en el Ecuador y, de este modo, contrastar las soluciones normativas con las pautas del modelo internacional. Los sistemas jurídicos de referencia están perfilados hacia la satisfacción del principio de eficiencia y todos ellos propician una mayor participación del Estado en la asunción de riesgos en el desarrollo de proyecto de APP, principalmente financieros. Además, es posible observar marcos de actuación rígidos, cuando los derechos y obligaciones de los partícipes en una APP se derivan principalmente de la ley o reglas secundarias, y esquemas con mayor flexibilidad, en los que los derechos y obligaciones de las partes se diseñan junto con la preparación misma del proyecto público a ser acometido y aparecen directamente en los actos convencionales con los que se instrumentan las relaciones entre los participantes. Así, más allá de las soluciones específicas elegidas en múltiples materias, las diferencias generales en las regulaciones de los países de referencia se encuentran en el nivel de discreción que el sistema jurídico otorga a la autoridad competente para adoptar decisiones en la preparación e implementación de una APP, en sus diversos aspectos. Sin perjuicio de las particularidades de cada sistema, al observar el modelo internacional y el que corresponde a los países de referencia, podemos confirmar que no se han alterado sustancialmente las bases de las instituciones tradicionales con las que el Estado delega a la empresa privada la provisión de bienes y servicios bajo su competencia. Los principales cambios están vinculados con la integración de los proyectos de APP a la planificación material y financiera del Estado y las medidas de control (*gateways*) que se agregan en el procedimiento administrativo y el ciclo del proyecto de APP en sintonía con las reglas de sostenibilidad y manejo de riesgo fiscal.

El estudio analítico y comparado de los sistemas jurídicos dirigidos a regular las APP me ha permitido acometer una tarea diversa en la tercera parte de esta investigación. Busco pasar del modelo de APP inicial, en el que es el proyecto específico y aislado el que define el interés del observador ávido de eficiencia en la gestión pública, hacia la perspectiva de las «APP para la gente», donde el proyecto público que requiere ser delegado debe ser analizado en clave de los derechos fundamentales. Las modalidades de gestión y financiación de las actividades públicas son medios o herramientas para alcanzar los fines de la comunidad objetivados en los sistemas jurídicos: hacer efectivos los derechos fundamentales y, en este cometido, atender como paso intermedio las exigencias de un sistema financiero público sujeto a criterios de justicia normativamente impuestos. En un estudio del sistema en su conjunto, y ya no solamente analítico, la equidad aparece como una norma de derecho positivo que ordena las decisiones públicas y, en particular las vinculadas con los ingresos y los gastos públicos hacia la protección y promoción de los derechos fundamentales reconocidos en el sistema jurídico.

En las constituciones de España y de los países hispanoamericanos —en particular del Ecuador—, el principio, implícito o explícito, según el cual las finanzas públicas han de ser manejadas bajo criterios de equidad es también común. La cuestión relevante ha sido siempre la determinación del alcance o contenido del principio como referente material en la adopción de las decisiones normativas, generales o particulares.

En esta investigación se pone en relación las APP con los enunciados constitucionales sobre la equidad con el objetivo de evaluar sus vínculos en términos funcionales o de medio-fin: ¿de qué modo la elección de la modalidad de APP para la gestión y financiación de un proyecto público satisface el criterio de equidad que se

impone en el desarrollo de las actividades públicas y, en particular, en la gestión de las finanzas públicas?

Para contestar la cuestión planteada se aborda el concepto de equidad en clave de derechos fundamentales. Se afirma que el reconocimiento de un derecho fundamental refleja un «estado de cosas», calificado como valioso para la comunidad a través del sistema jurídico, al que cada persona puede acceder con el concurso de su esfuerzo propio y el colectivo, con independencia de sus circunstancias particulares de partida. De modo que, las decisiones públicas que de algún modo introducen límites o impedimentos para que las personas puedan transitar desde su situación actual al estado que legítimamente pueden pretender por encontrarse reconocido en el sistema jurídico a través de un derecho fundamental, son decisiones inequitativas.

Con este antecedente, la hipótesis de trabajo parte de la intuición de que las APP son tendencialmente inequitativas cuando se las aplica a la provisión de servicios públicos vinculados a derechos fundamentales. En la medida en que las prestaciones, originalmente de responsabilidad del Estado, son provistas por la empresa privada a cambio de un precio incrementado por los tributos indirectos previstos en los sistemas jurídicos, se habría introducido una barrera económica para el acceso al bien o servicio del que se trate. Con las APP se convierte un bien público en privado porque es posible excluir de su consumo a quien no paga por él. Si el bien o servicio está vinculado a la satisfacción de un derecho fundamental, la elección de la modalidad de APP para gestionar y financiar estas prestaciones implica una decisión pública en dirección contraria a la equidad.

La idea de tránsito desde una situación de partida a aquella reconocida en el sistema jurídico como la situación «debida», muestra el sentido del principio de progresividad en el desarrollo de los derechos fundamentales, empleando el máximo de los recursos disponibles. Lo que no está permitido en los sistemas jurídicos son decisiones con efectos regresivos. Por ello, se revierte la carga de la prueba en contra de la Administración para justificar su decisión. En este ámbito, la aplicación de las herramientas conceptuales que se plantean en esta investigación es útil. El balance iusfundamental y su específica cuantificación a través del balance técnico permiten, por una parte, comprender la responsabilidad individual y colectiva en la realización de los derechos fundamentales propios y los de los otros integrantes de la comunidad y, por otra, el modo de medir la equidad como resultado de todo un sistema normativo poniendo como centro un concepto de capacidad económica que no se limita a fijar las cualidades esperadas del sistema tributario, sino como la referencia necesaria para distribuir las cargas y los beneficios de la acción colectiva institucional.

La adopción de decisiones públicas tradicionalmente estuvo marcada por el concepto de soberanía, primero subjetiva como capacidad atribuida a una figura personificada —el rey, la corona, el pueblo, la nación, etc.— y, luego, como una cualidad del sistema jurídico, desde enfoques como el iusnaturalista o el positivista, con todas sus variantes. En el discurso jurídico contemporáneo, definido desde la teoría de la argumentación jurídica, hacer referencia a los límites materiales constitucionalmente establecidos y los criterios de control, es tratar con un específico tipo de normas jurídicas que permiten la elección y la evaluación de varias soluciones jurídicamente posibles en situaciones concretas, con independencia de la metodología empleada, *v. gr.*, la ponderación y balance de los principios en disputa o la introducción de una decisión normativa en el espacio de discrecionalidad de la autoridad dentro del marco de posibilidades que el sistema positivo ofrece. En lo fundamental, estas normas que se califican como fines de la actuación pública requieren un desarrollo ulterior que pone en disputa los argumentos provistos por el órgano de decisión original con aquellos

presentados por otro órgano en el procedimiento de control de dicha decisión, para cerrar el debate dentro del mismo sistema. En principio, hasta que no se contrastan los argumentos en conflicto y se remueva la duda según los mecanismos jerarquizados en el sistema jurídico (metanormas), no estamos frente a un asunto de validez o invalidez de la decisión, sino ante soluciones jurídicamente posibles y tendencialmente mejores o peores con respecto al sistema jurídico considerado como un todo. Desde un punto de vista integral, el sistema jurídico que es un sistema complejo, admite la incorporación de nuevos elementos fundados en argumentos normativos, morales y fácticos a través del componente humano que se pone en relación directa con el entorno del sistema para extraer conclusiones provisionales de los debates que se desarrollan en esa sede y agregarlas en el sistema jurídico mediante las decisiones con relevancia jurídica.

Este modo de proceder y entender el sistema jurídico me permite demostrar que, en cuanto decisión de autoridad pública, la elección de la modalidad de APP:

Primero, requiere estar justificada a través de los diversos tipos de argumentos observados, de los que resalta el argumento fáctico que se concreta en el análisis de equidad en la etapa de preparación del proyecto y selección de la modalidad de gestión. Los sistemas jurídicos de referencia incorporan un procedimiento administrativo que inicia con la preparación del proyecto del que depende las acciones destinadas a alcanzar los objetivos de la planificación material y financiera pública. En este contexto, se evalúa su viabilidad jurídica, económica-financiera, técnica, ambiental y social. Esta es la fase más relevante para establecer la eficiencia y equidad en el empleo de la modalidad de implementación del proyecto. En esta etapa se construye el argumento fáctico que justifica la decisión y puede ser objeto de control.

Segundo, su incorporación al sistema jurídico produce efectos tendencialmente inequitativos si se considera que el fin esencial de la actividad pública, de acuerdo a las previsiones del mismo sistema, es proteger y promover el goce y ejercicio pleno de los derechos fundamentales reconocidos, y el uso de la modalidad de APP implica, en la mayor parte de casos, la redistribución de las cargas públicas a través del sistema financiero público y una ruptura en el balance técnico con el que es posible cuantificar el balance iusfundamental, esto es, el equilibrio entre los derechos fundamentales reconocidos en el sistema jurídico y los deberes que los hacen posibles. Un ahorro de solidaridad, con la vista en la protección y promoción de los derechos fundamentales, no siempre es posible. El empleo de la modalidad de APP para la provisión de un servicio público modifica el régimen aplicable en la organización y prestación del servicio. El cambio de la naturaleza de la contraprestación económica por la provisión del servicio atrae necesariamente un incremento de las cargas económicas para el usuario final y provoca una barrera económica para el acceso a las prestaciones que se requieren para satisfacer el derecho fundamental asociado al proyecto. Por otra parte, desde la perspectiva del gasto público se produce un efecto similar al que ocurre con respecto a las rentas disponibles de los individuos y su capacidad económica, cuando la Administración es la proveedora de los ingresos del proyecto; esto provoca una redefinición de la planificación material y financiera del Estado. Hay algunos proyectos que por ser cofinanciados generan restricciones en el presupuesto en el largo plazo, aunque los compromisos firmes o contingentes sean irrelevantes para la medida del gasto, el déficit y el endeudamiento, sus efectos son similares en el largo plazo; en este sentido, las APP generan los mismos problemas que la deuda pública en materia de la sostenibilidad fiscal y, por ello, los efectos inequitativos que se pueden producir frente a los derechos fundamentales de generaciones futuras son similares a las del endeudamiento público. Además, en el caso de los proyectos promovidos desde los gobiernos subnacionales, en razón de que se produce una redistribución de los ingresos públicos entre los presupuestos de los diversos niveles de gobierno y estos están

destinados a la realización de objetivos referidos a prestaciones básicas, se puede considerar que hay cierto desvío en el principio de distribución equitativa del gasto público también desde la dimensión territorial de la equidad y no solamente en la material y temporal.

Tercero, no es una decisión inválida *per se* porque la inequidad es un efecto del funcionamiento del sistema en su conjunto y, por tanto, en la estructuración del proyecto es posible adoptar medidas de restablecimiento del equilibrio esperado en los balances afectados y mitigar los efectos inequitativos.

Cuarto, es una decisión excepcional por su efectos, con independencia de las previsiones explícitas que sobre esta materia se pueden encontrar en los sistemas jurídicos y, por ello, los supuestos en los que las APP son útiles muestran cierta prelación. Así, son viables desde la perspectiva de la equidad, los proyectos productivos autosostenibles que introducen un elemento más en la estructura de los costes de los bienes y servicios liberados al mercado. La viabilidad desde la perspectiva del análisis de equidad de un proyecto de APP autosostenible que tiene como algún objeto alguna prestación vinculada con derechos fundamentales está condicionada a la introducción de mecanismos de compensación destinados a los usuarios finales con capacidad económica limitada, de modo que sea posible personalizar las cargas públicas derivadas del cambio de modalidad de gestión de la actividad pública. Entre estos extremos las posibilidades de estructuración de una APP son muchas, pero la metodología sigue siendo la misma.

PALABRAS CLAVE: Asociación público-privada | equidad | balance iusfundamental | capacidad económica | gasto público | derechos fundamentales

ABSTRACT

The public-private partnership in the provision of public services and the principle of equity in financial and tax matters

The organization and provision of certain goods and services under the jurisdiction of the Public Administration by private managers are not new issues in the legal systems of the Roman-Germanic tradition or in the doctrine that explains the applicable regime. However, driven by practices especially developed from the requirements of the international financial market, in the last decade, legislative reforms have been implemented to introduce, under the name of «public-private associations» (the «PPPs»), the standards of an international model that is shown as a paradigm of efficiency in the preparation and implementation of infrastructure projects and public services with private participation.

PPPs are an instrument for managing and also financing public activity whose relevance has increased in circumstances in which, on the one hand, public budgets suffer significant restrictions and, on the other, social demands increase in relation to the provision of services that are considered basic and essential and, in addition, the need to cover the investment gap in quality infrastructure has not changed due to its correlation with economic growth and the well-being of the community. Based on this, I argue that Public Financial Law has a much greater scope than the study of the regime applicable to public income and expenditures, because it is possible to observe legal subsystems intended to discipline other financing formulas for public activity that exceed the limits of the public budget as the central instrument of the financial activity of the State.

In theory, a PPP project should be structured in such a way that, by entrusting the integrated components of the project (bundling) to the private company and transferring certain risks that it is able to manage efficiently, it is possible to achieve for the benefit of the larger society «value for money». As a financing instrument for activities entrusted to the Administration, PPPs have been used to maintain the public investment program without using public resources or deferring spending. The effects of the firm and contingent commitments assumed through the respective PPP contracts or concessions are not reflected in the public accounts under certain conditions.

Due to the origin of the international model and with the identification of the conjunctural objectives of the responsible authorities, it is possible to explain the fact that, without prejudice to the specific differences between legal systems, in essence the normative provisions conform to a pattern that seeks that PPP projects are commercially viable and «bankable».

Using a comparative method, in the first part of this research, I set out to characterize PPPs in Spain and, in the Spanish-American context, in Ecuador and, in

this way, contrast the normative solutions with the matrix of the international model. The legal systems of reference are shaped towards the satisfaction of the principle of efficiency and all of them favor a greater participation of the State in the assumption of risks in the development of PPP projects, mainly financial. In addition, it is possible to observe rigid frameworks of action, when the rights and obligations of the participants in a PPP are derived mainly from the law or secondary rules, and schemes with greater flexibility, in which the rights and obligations of the parties are designed together with the very preparation of the public project to be undertaken and appear directly in the conventional acts with which the relationships between the participants are instrumented. Thus, beyond the specific solutions chosen in multiple matters, the general differences in the regulations of the reference countries are found in the level of discretion that the legal system grants to the competent authority to adopt decisions in the preparation and implementation of an APP, in its various aspects. Notwithstanding the particularities of each system, when observing the international model and the one corresponding to the reference countries, we can confirm that the foundations of the traditional institutions with which the State delegates the provision of services to private companies have not been substantially altered. goods and services under its jurisdiction. The main changes are linked to the integration of PPP projects into the material and financial planning of the State and the control measures (gateways) that are added in the administrative procedure and the PPP project cycle in line with the sustainability rules. and fiscal risk management.

The analytical and comparative study of the legal systems aimed at regulating PPPs has allowed me to undertake a diverse task in the second and third parts of this research. I seek to move from the initial PPP model, in which it is the specific and isolated project that defines the interest of the observer eager for efficiency in public management, towards the perspective of “PPPs for the people”, where the public project that requires Being a delegate must be analyzed in terms of fundamental rights. The modalities of management and financing of public activities are means or tools to achieve the objectives of the community objectified in legal systems: to make fundamental rights effective and, in this task, to attend as an intermediate step the requirements of a subject public financial system to normatively imposed criteria of justice. In a study of the system as a whole and no longer analytical, equity appears as a rule of positive law that orders public decisions and, in particular, those related to public income and spending towards the protection and promotion of recognized fundamental rights in the legal system.

In the constitutions of Spain and the Spanish-American countries - particularly Ecuador - the principle, implicit or explicit, according to which public finances must be managed under criteria of equity is also common. The relevant issue has always been the determination of the scope or content of the principle as a material limit in the adoption of general or particular normative decisions.

In this research, PPPs are related to constitutional statements on equity with the aim of evaluating their links in functional or means-end terms: how does the choice of the PPP modality for the management and financing of a Does the public project satisfy the criterion of equity that is imposed in the development of public activities and, in particular, in the management of public finances?

To answer the question posed, the concept of equity is addressed in terms of fundamental rights. It is stated that the recognition of a fundamental right reflects a «state», qualified as valuable to the community through the legal system, to which each person can access with the aid of their own and collective efforts, regardless of their particular starting circumstances. Thus, public decisions that somehow introduce limits

or impediments so that people can move from their current situation to the state that they can legitimately claim because they are recognized in the legal system, are inequitable decisions.

With this background, the working hypothesis starts from the intuition that PPPs are tendentially inequitable. To the extent that the benefits, originally the responsibility of the State, are provided by the private company in exchange for a price increased by the indirect taxes established in the legal systems, an economic barrier would have been introduced for access to the good or service of the in question. With PPPs, a public good becomes private because it is possible to exclude from its consumption those who do not pay for it. If the good or service is linked to the satisfaction of a fundamental right, the choice of the PPP modality to manage and finance these benefits implies a public decision contrary to equity.

The idea of transition from a starting situation to that recognized in the legal system as the «due» situation, shows the sense of the principle of progressiveness in the development of fundamental rights, using the maximum of available resources. What is not allowed in legal systems are decisions with regressive effects. Therefore, the burden of proof is reversed against the Administration to justify its decision. In this area, the application of the conceptual tools proposed in this research are useful. The fundamental balance and its specific quantification through the technical balance allow, on the one hand, to understand the individual and collective responsibility in the realization of one's own fundamental rights and those of the other members of the community and, on the other, the way to measure equity as a result of an entire regulatory system, placing as its center a concept of economic capacity that is not limited to setting the expected qualities of the tax system, but as the necessary reference to distribute the burdens and benefits of institutional collective action.

Public decision-making was traditionally marked by the concept of sovereignty, first subjective as an ability attributed to a personified figure —the king, the crown, the people, the nation, etc.— and, later, as a quality of the legal system, from approaches such as natural law or positivism, with all its variants. In contemporary legal discourse, defined from the theory of legal argumentation, referring to constitutionally established material limits and control criteria is dealing with a specific type of legal norms that allow the choice and evaluation of various legally possible solutions. In specific situations, regardless of the methodology used, *v. gr.*, the weighting and balance of the principles in dispute or the introduction of a normative decision in the space of discretion of the authority within the framework of possibilities that the positive system offers. Basically, these rules, which qualify as public action purposes, require further development that challenges the arguments provided by the original decision-making body with those presented by another body in the control procedure for said decision, in order to close the debate within the same system. In principle, until the conflicting arguments are contrasted and the doubt is removed according to the hierarchical mechanisms in the legal system (meta-norms), we are not facing a matter of validity or invalidity of the decision, but rather legally possible and tendential solutions. better or worse with respect to the legal system considered as a whole. From an integral point of view, the legal system, which is a complex system, admits the incorporation of new elements based on normative, moral and factual arguments through the human component that is put in direct relation with the environment of the system to draw provisional conclusions. of the debates that take place in that headquarters and add them in the legal system through decisions with legal relevance.

This way of proceeding and understanding the legal system allows me to demonstrate that, as a public authority decision, the choice of the PPP modality:

First, it needs to be justified through the various types of arguments observed, of which the factual argument that is specified in the equity analysis in the project preparation stage and selection of the management modality stands out. The legal systems of reference incorporate an administrative procedure that begins with the preparation of the project on which the actions destined to achieve the objectives of material and public financial planning depend. In this context, its legal, economic-financial, technical, environmental and social viability is evaluated. This is the most relevant phase to establish the efficiency and equity in the use of the project implementation modality. At this stage, the factual argument is built that justifies the decision and can be subject to control.

Second, its incorporation into the legal system produces tendigbly inequitable effects if it is considered that the essential purpose of public activity, according to the provisions of the same system, is to protect and promote the full enjoyment and exercise of recognized fundamental rights, and the use of the PPP modality implies, in most cases, the redistribution of public charges through the public financial system and a break in the technical balance with which it is possible to quantify the fundamental ius balance, that is, the balance between rights recognized fundamentals in the legal system and the correlative duties that make them possible. A saving of solidarity, with a view to the protection and promotion of fundamental rights, is not always possible. The use of the PPP modality for the provision of a public service modifies the applicable regime in the organization and provision of the service. The change in the nature of the economic consideration for the provision of the service necessarily attracts an increase in economic burdens for the end user and causes an economic barrier to access the services required to satisfy the fundamental right associated with the project. On the other hand, from the perspective of public spending, there is an effect similar to that which occurs with respect to the disposable income of individuals and their economic capacity, when the Administration is the provider of the project's income. This causes a redefinition of the material and financial planning of the State. There are some projects that, because they are co-financed, generate budget restrictions in the long term, although firm or contingent commitments are irrelevant for the measurement of spending, the deficit and the indebtedness, their effects are similar in the long term; In this sense, PPPs generate the same problems as public debt in terms of fiscal sustainability and, therefore, the inequitable effects that can occur against the fundamental rights of future generations are similar to those of public debt. In addition, in the case of projects promoted by subnational governments, due to the fact that there is a redistribution of public income between the budgets of the various levels of government and these are intended to achieve objectives related to basic benefits, It may consider that there is a certain deviation in the principle of equitable distribution of public spending also from the territorial dimension of equity and not only in the material and temporal.

Third, it is not an invalid decision *per se* because inequity is an effect of the functioning of the system as a whole and, therefore, in the structuring of the project it is possible to adopt measures to restore the expected balance in the affected balances and mitigate the inequitable effects.

Fourth, it is an exceptional decision due to its effects, regardless of the explicit provisions that can be found on this matter in legal systems and, therefore, the cases in which PPPs are useful show a certain priority. Thus, from the perspective of equity, sustainable productive projects that introduce one more element in the cost structure of goods and services released to the market are viable. The viability from the perspective of the equity analysis of a self-sustaining PPP project that has as an object some provision related to fundamental rights is conditioned to the introduction of

compensation mechanisms aimed at end users with limited economic capacity, so that it is possible to personalize the public charges derived from the change in the management modality of public activity. Between these extremes, the possibilities of structuring a PPP are many, but the methodology remains the same.

KEY WORDS: Public Private Partnership | inequity | fundamental balance
economic capacity | public spending | human rights

INTRODUCCIÓN

A. CONCEPTOS PRELIMINARES

1. Las APP: algunas ideas iniciales

La denominación de «Asociación público-privada» («APP») corresponde a la traducción literal de la expresión «public-private partnership» («PPP»). El sintagma fue empleado por primera vez en países con tradición del *common law* y, desde allí, se extendió al ámbito internacional para hacer referencia a ciertas políticas o programas cuya implementación se basa, de modo general, en alguna forma de colaboración entre el sector público y el privado.¹

Su uso original no tuvo ninguna connotación jurídica específica. La idea de que existe cierto tipo de colaboración entre el sector público y privado en muchos ámbitos de la actividad pública y que, en tal sentido, se trata de una «noción ambigua carente de una definición unitaria y perfilada»² es justificada en contextos espaciales específicos: aunque es posible afirmarlo en España porque allí se emplean las figuras de la concesión de obras y la concesión de servicios, resulta muy difícil sostenerlo en la mayor parte de los países hispanoamericanos, en los que se han expedido un conjunto de normas en las que específicamente se regula una institución bajo la nomenclatura de APP.

Sin embargo, aunque la expresión sigue siendo empleada también en su acepción general, actualmente y en sentido estricto, se la emplea para identificar una modalidad de gestión y de financiación de un proyecto público alternativa a aquella que

¹ Para algunos, el uso inicial de expresión corresponde a los Estados Unidos de América, en el siglo pasado, durante la década de los cincuenta. Allí y en ese entonces, con esta nomenclatura se describió la participación privada en la financiación de ciertos programas educativos, acuerdos conjuntos entre el sector público y el privado para promover rehabilitaciones urbanas, la ejecución de proyectos de investigación y desarrollo por parte del sector privado con aportes públicos, entre otros. Cfr. E. R. Yescomb. *Public-Private Partnerships: Principle of Policy and Finance*. Oxford: Butterworth-Heinemann, 2007, p. 2. Por otra parte, Vasallo e Izquierdo estiman que el término PPP fue acuñado en el Reino Unido. Cfr. J. M. Vasallo y R. Izquierdo. *Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España*. Bogotá: CAF, 2010, p. 102.

² M. Hernando Rydings. *La colaboración público privada. Fórmulas contractuales*. Madrid: Civitas, 2012, p. 36.

ordinariamente utiliza el Estado —gestión directa— para suministrar a la comunidad, bajo su entera responsabilidad y con cargo al presupuesto público, ciertos bienes o servicios que son de su competencia. En esta modalidad alternativa interviene la empresa privada con variadas fórmulas de participación, que últimamente han venido siendo caracterizadas desde la práctica internacional, y en la que resalta principalmente el cofinanciación privada y el manejo integrado (*bundling*) de varios componentes del proyecto público respecto de los que la empresa privada asume los riesgos principales, con sus correlativos derechos y obligaciones.

Para describir esta modalidad se suelen emplear también, con algunas variaciones determinadas por el contexto territorial de su uso o el énfasis en el tipo de participación del gestor privado, expresiones tales como «*Private Participation in Infrastructure* (PPI)», «*Private-Sector Participation* (PSP)», «P3», «*Privately-Financed Projects* (PFP)», «*Private Finance Initiative* (PFI)», «Participación Público-Privada (PPP)» o «Colaboración Público-Privada (CPP)».

En este estudio, he preferido emplear la expresión «asociación público-privado» o sus siglas «APP» para referirme a la figura en el modelo internacional, en el sistema jurídico ecuatoriano o en el de cualquier otro país hispanoamericano. En el caso de España, empleo el término de «concesión» para indicar el régimen que les corresponde a las APP. Debo aclarar, no obstante, que el término «concesión» todavía es empleado en el contexto hispanoamericano y en el modelo internacional. En Chile es la fórmula de APP por antonomasia. En otros países se la emplea para hacer referencia a una de las modalidades de APP³ y, en ocasiones, para diferenciar el régimen específico que resulta aplicable a la variante, como en el caso de Argentina.

Las APP irrumpen en las últimas décadas enarbolando ciertas prácticas que se dicen nuevas, mejores y exitosamente probadas, fundamentalmente diseñadas desde las técnicas jurídicas e instrumentos del *common law* y aquellos propios de las disciplinas económico-financieras. A este conjunto de instrumentos y técnicas, que se han convertido en estándares internacionales, criterios comúnmente aceptados entre los participantes del mercado financiero y el específico de infraestructuras y servicios públicos delegables, los denomino el «modelo internacional».

El modelo internacional ha sido construido desde dos vertientes preponderantes: (i) los criterios de organismos multilaterales de financiación —BM, BID, CAF, BAD, BEI, por ejemplo— y (ii) aquellos correspondientes a organizaciones internacionales no financieras (UN, OCDE, por ejemplo). Poco a poco se han ido integrando los estándares propuestos por los organismos multilaterales de financiación.

Por otra parte, en una buena parte de los países con tradición romano-germánica, la gestión por parte del sector privado de actividades de competencia del Estado ha sido regulada desde antiguo, particularmente, a través de instituciones⁴ como la «concesión».

³ Se trata de proyectos integrales que dependen de los ingresos derivados del pago que realizan los usuarios. No hay contribuciones públicas de ningún tipo.

⁴ En este contexto entendemos por «institución» al conjunto orgánico de reglas de juego o rutinas de comportamiento respecto de un asunto que se mantienen por prolongados periodos en la historia. Cfr. J. J. Romero. *La democracia y sus instituciones*. México: Instituto Federal Electoral, 1998, pp. 31 y 32. [Colección Temas de la Democracia, Serie Ensayos, n. 5]. Es jurídica, la institución que se refieren al derecho.

Estos hechos generan tensión en los sistemas jurídicos de los países que buscan adaptar sus instituciones tradicionales⁵ al modelo internacional para satisfacer las crecientes necesidades de sus respectivas comunidades en un contexto en que los recursos y las capacidades públicos se encuentran progresivamente más limitados.

Parece que los Estados se ven avocados a integrar en sus legislaciones elementos del modelo internacional por razones puramente pragmáticas: alcanzar los estándares que les permita acceder a la financiación privada. Las «recomendaciones» de reforma y adaptación al modelo internacional son usualmente impulsadas activamente por las entidades financieras internacionales o multilaterales. De su intervención en un proyecto público en buena parte depende su ejecución, sea como financiadores directos, sea por el ejercicio de un particular liderazgo sobre las demás entidades financieras eventualmente participantes en la financiación. Asimismo, el flujo de la inversión privada —el de los promotores privados— hacia los proyectos promovidos por los Estados, indefectiblemente, requieren la evaluación de las entidades financieras que lleguen a proveer parte —usualmente la que es mayor— de los recursos financieros necesarios para la ejecución del proyecto. Estas circunstancias se suelen identificar como la *bankability* de un proyecto; es decir, para que un proyecto pueda llegar a ser financiado, se requiere ajustarlo a las necesidades e intereses de las entidades financieras y su mercado, luego de que pase el sondeo de mercado y su viabilidad comercial.

Desde otra perspectiva, la nomenclatura del modelo internacional ayuda, en ciertos casos, particularmente en Hispanoamérica, a distanciarse de concepciones ideológicas en el contexto de cuyos discursos se enfatizó el uso de las concesiones: la ola privatizadora de la década de los noventa.

En el caso particular de España, a la problemática se une el hecho de su situación como Estado Miembro de la UE, en cuyo seno se discute un entendimiento común de las APP por sus efectos en el derecho comunitario relacionado, principalmente, con la contratación pública y las obligaciones asumidas con respecto a la política económica en general y el déficit público en particular.

Como queda señalado, en España y una buena parte de Hispanoamérica se han venido introduciendo reformas institucionales, en especial, al régimen de contratación pública, para acoger estas «nuevas»⁶ prácticas internacionales. No obstante, no existe un criterio común con el que se defina una APP en los sistemas jurídicos en los que se ha incluido la figura. De hecho, en algunos casos no existe tal definición legal, sino —como se ha anotado ya— la incorporación de algunas de las novedades técnicas e instrumentales en sus sistemas o en las figuras contractuales típicas.

En el modelo internacional, el Banco Mundial («BM»), el Banco Interamericano de Desarrollo («BID») y el Banco Asiático de Desarrollo («BAD») definen una APP como «un contrato a largo plazo entre una parte privada y una entidad pública, para

⁵ Por ejemplo, en Italia, en donde no se admite la institución del contrato administrativo, se introdujo un esquema similar de participación privada en la actividad pública (el *partenariato pubblico privato*) con método y efectos similares a cualquier APP. Ver [Italia] Dipartimento per gli Affari regionali, le Autonomie e lo Sport [Presidenza del Consiglio dei Ministri], *Linee Guida «Il Partenariato pubblico Privato: normativa, implementazione metodologica e buone prassi nel mercato italiano»* [en línea], [consulta: 25/07/2015]. Disponible: <http://www.affariregionali.it/media/169645/epas_-studio-ppp_def090315.pdf>.

⁶ Como lo veremos las innovaciones no atañen a los elementos jurídicos esenciales de la figura tradicional de la concesión, arraigada en nuestra cultura jurídica.

brindar un activo o servicio público, en el que la parte privada asume un riesgo importante y la responsabilidad de la gestión, y la remuneración está vinculada al desempeño».⁷ En el propósito de construir el modelo internacional, otros organismos internacionales, han acogido conceptos muy similares, al tiempo que reconocen la dificultad de establecer, por ahora, una sola definición. En general, las definiciones de APP, en el modelo internacional, han puesto énfasis en algunos de los elementos que estiman son relevantes y caracterizan a la figura:

- La existencia de un contrato que regula la relación que vincula al Estado y el gestor privado.
- El objeto de la APP que está referido a una obra de infraestructura y/o a los servicios vinculados a ella, ordinariamente a cargo del Estado o reservados legalmente a su favor. A lo largo de este estudio, al referirnos al objeto de una APP empleamos el término «proyecto» para agrupar en esta expresión a cualquier obra nueva; la rehabilitación, extensión o mejora de una obra existente; el equipamiento requerido; los servicios a ser provistos, sean estos calificados como públicos —según el régimen de cada país— o aquellos que, bajo el criterio de que son de interés general o público, su suministro es de competencia de la Administración pública. En la terminología empleada no se distingue tampoco el sector, pero conviene señalar que, en la mayor parte de los regímenes estudiados, el ordenamiento jurídico establece reglas específicas para determinados sectores tales como el de electricidad, telecomunicaciones, petróleo o minas, entre otros. En la literatura se emplean términos tales como «activos»,⁸ «infraestructura»,⁹ «infrastructure services»,¹⁰ entre otros, para hacer referencia al objeto de una APP. Cada uno de estos enunciados relleva algún aspecto de la actividad pública que se encarga al gestor privado o se emplean desde el marco conceptual desde el que se trata el tema. Así, por ejemplo, si desde la perspectiva del Derecho toda obra infraestructura finalmente se concibe como un bien (inmueble), desde las Ciencias Contables se trata de un activo (fijo).
- La distribución de los riesgos entre los participantes de la APP.

⁷ Cfr. BM, BAD y BID, *Asociaciones Público-Privadas: Guía de Referencia*, versión 2.0. Washington: BM, 2014, p. 14. En el año 2017 se publicó la versión 3 de la guía de referencia con la participación de Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD), Global Infrastructure Hub (GI Hub), Banco Islámico de Desarrollo (IsDB), Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas (CEPE) y la Comisión Económica y Social para Asia y el Pacífico de las Naciones Unidas (UNESCAP). En la definición de APP ofrecida por BM no consta la referencia al modo de definir la retribución del gestor privado: Ver BM. *Public-Private Partnerships: Reference Guide*. Washington: World Bank Institute – PPIAF, 2012, p. 11.

⁸ «9. m. Econ. Conjunto de todos los bienes y derechos con valor monetario que son propiedad de una empresa, institución o individuo, y que se reflejan en su contabilidad». *Diccionario de la lengua española* [en línea], 22.^a ed., s. v. «activo, va.», <www.rae.es>, [consulta: 23/07/2015].

⁹ «2. Conjunto de elementos o servicios que se consideran necesarios para la creación y funcionamiento de una organización cualquiera». *Ibid.*, s. v. «infraestructura».

¹⁰ El término se refiere a los servicios relacionados con una obra y su equipamiento.

- La relevancia del rol del gestor privado en la financiación y en el manejo integral del proyecto, principalmente en lo que respecta a la operación y mantenimiento de la obra de infraestructura.¹¹
- El mecanismo y criterio de medida de la retribución del gestor privado. En este aspecto, se pone énfasis en que es necesario, en ocasiones, asegurar que el mismo Estado, a través de sus presupuestos, provea los ingresos del proyecto a través de inversión directa o mediante pagos diferidos vinculados a un criterio variable de demanda o disponibilidad.
- El largo plazo de la relación.

Para señalar al Estado como participante del proyecto de APP y, en particular, a la Administración pública titular de la competencia relacionada con el proyecto al que se refiere la APP, se emplean términos tales como «agencia gubernamental», «gobierno», «entidad pública», «sector público», la «Administración», «Administración delegante», entre otros. Asimismo, en relación con la parte privada de una APP, he elegido emplear las expresiones «gestor privado», «empresa privada» o «concesionario» según el contexto lo reclame. El término incluye, cuando no se hace una diferenciación explícita al promotor privado que, en realidad, es titular del gestor privado que actúa como contraparte de la Administración.

La primera parte de este estudio está dedicada al análisis de las características de las APP. Para este propósito se emplea los criterios fijados por el modelo internacional y con estas pautas, de modo comparado, las soluciones normativas incluidas en los sistemas jurídicos de España y el Ecuador. Se emplean referencias de los sistemas jurídicos de otros países de Hispanoamérica para subrayar la manera en que se ha ajustado la legislación al modelo internacional y a sus objetivos.

2. Inversión en infraestructura, crecimiento económico y desarrollo a escala humana

El pobre crecimiento económico y productividad en América Latina y el Caribe («ALC») obedece a varios factores (ver al respecto la Tabla 0.1, «Tipología de barreras potenciales al crecimiento») entre los que se encuentra la denominada «brecha de inversión» en infraestructura.¹² Se entiende como «brecha de inversión» la diferencia entre las inversiones realizadas y la necesarias para alcanzar alguna meta de crecimiento o provisión de referencia.¹³ El crecimiento económico y su impacto en la pobreza —entendida como carencia material— tiene también algunas correlaciones fuertes. En esta dirección se sostiene, desde la economía, que se requieren importantes niveles de inversión sostenida, no solo para «garantizar la prestación de servicios básicos y mejorar

¹¹ Cfr. J. M. Vasallo y R. Izquierdo. *Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España*. Bogotá: CAF, 2010, p. 98.

¹² En un estudio realizado por el BID, se ha determinado que el 84 % de 19 países, objeto de la investigación, una de las principales barreras para el crecimiento económico es precisamente la falta de infraestructura. Cfr. E. Cavallo y A. Powell (coord.) *La hora del crecimiento. Informe macroeconómico de América Latina y el Caribe 2018*. Washington: BID, 2018, pp. 28 y 29.

¹³ Cfr. D. Perrotti y R. Sánchez. *La brecha de infraestructura en América Latina y el Caribe*. Santiago: CEPAL, 2011, [Serie Recursos Naturales e Infraestructura núm. 153], p. 31.

la calidad de vida de la población sino también para evitar una posible restricción al crecimiento debido a las brechas de infraestructura».¹⁴

La vinculación entre la inversión en infraestructura y el desarrollo sostenible muestra, pues, la necesidad de implementar estrategias para mantenerla en niveles óptimos y, en tal contexto, mejorar aquellas herramientas que se han venido empleando para gestionar los proyectos de inversión pública.

En general, la inversión total en ALC es relativamente escasa; más aún, la referida a infraestructura. Se puede observar que en la década de los ochenta el promedio de inversión con respecto al PIB fue de 3,6 %; en los noventa, 2,2 %; en la primera década de los años dos mil, 1,9 %; y, entre los años 2011 y 2016, 1,8 %. Hay picos importantes —del 4,1 % en los ochenta y del 2,3 % en la primera década—, pero en ningún caso han llegado a los niveles mínimos y constantes necesarios para cubrir la brecha. Otro de los datos que describen la realidad en el que se desarrollan estas ideas es que la inversión privada tuvo en promedio una participación del 39,7 % del total invertido en el periodo 1980-2015, con variaciones entre el 42,3 % y el 59,8 % entre quinquenios.

En 2011, en un estudio sobre brecha de inversión, se señaló que para cubrir la brecha se requerían niveles de inversión del 5,2 % del PIB anual en ALC para el periodo 2006-2020; y, luego, en el año 2014, los niveles de inversión requerida, teniendo en cuenta similares referencias de objetivos y metas, había crecido al 6,2 % del PIB anual para el periodo 2012-2020.¹⁵ En el año 2017, por otra parte, se determinó que las necesidades de inversión alcanzarían el 7,4 % del PIB anual en ALC para alcanzar la cobertura universal de los servicios básicos para el periodo 2016-2030,¹⁶ considerando el crecimiento poblacional, y para atender los requerimientos de infraestructura como factor de producción para alcanzar un nivel de crecimiento económico proyectado en cuatro escenarios.¹⁷

En suma, la inversión en infraestructura disminuye a tasas crecientes en ALC y la brecha crece, de modo que los efectos correlativos de esta situación tienden a profundizarse, lo que se refleja en un menor crecimiento económico y serias barreras para superar el estado de pobreza e inequidad en la región. Todo ello resulta de asumir la vinculación —no necesariamente de causa-efecto— entre magnitudes e indicadores económicos y la información estadística obtenida en estudios empíricos metajurídicos. Por último, de cuanto se ha anotado, es también fundamental enfatizar que la participación privada como fuente de financiación de proyectos públicos en ALC ha

¹⁴ R. Sánchez y J. Lardé. «Las Asociaciones Público Privadas bajo la mirada de “Primero las personas”», en *Facilitación, Comercio y Logística en América Latina y el Caribe*, [boletín 383], núm. 7, 2020, pp. 1-15.

¹⁵ Cfr. J. Lardé y R. Sánchez. «La brecha de infraestructura económica y las inversiones en América Latina», en *Facilitación, Comercio y Logística en América Latina y el Caribe*, [Boletín FAL núm. 332], núm. 4, 2014, p. 7 [pp. 1-9].

¹⁶ Es muy notorio el hecho de que en estos estudios la determinación de lo que se considera servicio básico o no es una elección discrecional. Por ejemplo, en el caso que se expone se califican como servicios básicos la electricidad, telecomunicaciones y agua y saneamiento. En el caso de la infraestructura económica se hace referencia especialmente a carreteras y líneas férreas. Cfr. R. Sánchez, J. Lardé P. Chauvet y A. Jaimurzina. *Inversiones en infraestructura en América Latina. Tendencias, brechas y oportunidades*. Santiago: CEPAL, 2017, [Serie Recursos Naturales e Infraestructura núm. 187], *passim*.

¹⁷ Cfr. R. Sánchez, J. Lardé P. Chauvet y A. Jaimurzina. *Inversiones en infraestructura en América Latina. Tendencias, brechas y oportunidades*. Santiago: CEPAL, 2017, [Serie Recursos Naturales e Infraestructura núm. 187], p. 31.

representado casi el cincuenta por ciento del total en los 20 años considerados. Se trata de proyectos de APP y, en particular, de concesiones.¹⁸

Tabla 0.1: Tipología de barreras potenciales al crecimiento

PAÍS	BARRERAS POTENCIALES AL CRECIMIENTO					
Argentina	Mercados financieros (*)	Infraestructura (*)	Innovación e integración	Fortalecimiento institucional	—	—
Bolivia	Educación	Mercados financieros	Salud	Infraestructura	Innovación e integración	Fortalecimiento institucional
Chile	Mercados financieros	Salud	Infraestructura	Innovación e integración	Fortalecimiento institucional	—
Colombia	Infraestructura	Educación	Mercados financieros	Fortalecimiento institucional	—	—
Costa Rica	Mercados financieros (*)	Infraestructura (*)	—	—	—	—
Ecuador	Innovación e integración (*)	Mercados financieros	Fortalecimiento institucional	—	—	—
Honduras	Educación (*)	Salud	Infraestructura	Fortalecimiento institucional	—	—
Nicaragua	Educación	Infraestructura	Innovación e integración	Fortalecimiento institucional	—	—
Paraguay	Innovación e integración (*)	Educación	Mercados financieros	Infraestructura	Fortalecimiento institucional	—
Perú	Mercados financieros	Infraestructura	—	—	—	—
República Dominicana	Mercados financieros (*)	Educación	Infraestructura	Fortalecimiento institucional	—	—
Uruguay	Mercados financieros (*)	Infraestructura (*)	—	—	—	—

Nota:

Las metodologías empleadas para determinar las barreras potenciales al crecimiento son: (i) diagnóstico del crecimiento, (ii) brechas de desarrollo y (iii) prioridades para la productividad y el ingreso. Los factores marcados con (*) resultan coincidentes cuando se aplican las tres metodologías señaladas.

Fuente: R. E. Cavallo y A. Powell (coord.). *La hora del crecimiento. Informe macroeconómico de América Latina y el Caribe 2018*. Washington: BID, 2018, pp. 28 y 29.

3. Luces y sombras en el uso de las APP

(a) Aspectos positivos

El discurso común es que las APP, como modalidad de gestión de la actividad pública, es más eficaz y eficiente que la gestión directa de la Administración cuando se trata de proyectos de inversión en infraestructura.¹⁹

¹⁸ Cfr. R. Sánchez y J. Lardé. «Las Asociaciones Público Privadas bajo la mirada de “Primero las personas”», en *Facilitación, Comercio y Logística en América Latina y el Caribe*, [boletín 383], núm. 7, 2020, pp. 1-15.

¹⁹ Conclusión que no se ha podido demostrar en la práctica de manera generalizada. Acerca de los problemas de eficiencia de los proyectos APP en Europa y su origen, ver [UE] Tribunal de Cuentas

Estas cualidades se han medido en términos de menores sobrecostos y retrasos, mejor calidad y mayores beneficios a los usuarios. Se sostiene, además, que la modalidad de gestión acoge fórmulas alternativas de financiación de los proyectos públicos, facilita la innovación y permite la transferencia del *know-how*, en forma de mejores prácticas y avances tecnológicos.

En lo que corresponde a los sobrecostos, tomando como base de estudio 500 proyectos ejecutados por gestión directa y 500 a través de APP, se ha acusado que, en la contratación tradicional de obras, el 85 % muestra variaciones en el presupuesto original que van desde el 40 % al 150 %, mientras que en el caso de los proyectos APP, el 21 % de ellos produce sobrecostos de hasta un 18 %. En lo que corresponde a los retrasos, en la contratación tradicional se observa que ocurre en el 92 %, en tanto que, en los proyectos gestionados como APP, el retraso llega al 26 %.²⁰

Las mejoras de calidad de la infraestructura se vinculan al traslado de los riesgos al gestor privado cuyos flujos dependen de dar el mantenimiento adecuado a la infraestructura. En el caso del sector público, las labores de mantenimiento dependen enteramente de la disponibilidad presupuestaria que está sometida a variaciones periódicas y a las necesidades de priorizar coyunturalmente unos gastos frente a otros.²¹

(b) Los problemas de la relación entre la eficiencia obtenida con la gestión privada y la equidad

Además de la incidencia de la renegociación de los contratos de gestión delegada —al que nos referimos en el siguiente apartado—, la evidencia empírica ha mostrado que, aunque las APP puedan producir ahorros vinculados con la eficiencia, estos ahorros no influyen en la situación de los usuarios del servicio público asociado a la infraestructura, sino exclusivamente en el incremento de la rentabilidad esperada en beneficio de los promotores privados.²²

La relación entre las mejoras en la gestión del proyecto y su nulo efecto financiero en la sociedad justifica las voces críticas sobre la «injusticia» que se deriva de la selección de la modalidad para gestionar los intereses generales que, al final, termina en tarifas altas —cuando en origen existía una prestación en forma de tributo o precio público— y pérdida de empleo, por efecto del traslado de la actividad desde el ámbito público.

La potencialidad de las ventajas que una APP podría traer desde la perspectiva de un negocio empresarial —especialmente cuando se refiere a actividades sujetas a

Europeo. *Asociaciones público-privadas en la UE: Deficiencias generalizadas y beneficios limitados*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones, 2018. Disponible: eca.europa.eu.

²⁰ Cfr. J. L. Guach. «Procurement and renegotiation of Public Private Partnerships in infrastructure. Evidence, typology and tendencies», en G. Piga y T. Tatrai. *Law and Economics of Public Procurement Reforms*, Londres: Routledge, Taylor & Francis Group, 2018, pp. 199-223.

²¹ Cfr. Cfr. J. L. Guach. «Procurement and renegotiation of Public Private Partnerships in infrastructure. Evidence, typology and tendencies», en G. Piga y T. Tatrai. *Law and Economics of Public Procurement Reforms*, Londres: Routledge, Taylor & Francis Group, 2018, pp. 199-223.

²² Ver D. Hall. *¿Por qué las asociaciones público-privadas (APPs) no funcionan?. Las numerosas ventajas de la alternativa pública*. Ferney-Voltaire: PSI, 2015.

monopolio público— coadyuva en la percepción de que esta modalidad de gestión usualmente esté acompañada de procesos poco transparentes y actos de corrupción.²³

4. Principios constitucionales como límites y fines en las decisiones de la autoridad pública y su control

La adopción de decisiones públicas tradicionalmente estuvo marcada por el concepto de soberanía, primero subjetiva como capacidad atribuida a una figura personificada —el rey, la corona, el pueblo, la nación, etc.— y, luego, como una cualidad del sistema jurídico, desde enfoques como el iusnaturalista o el positivista, con todas sus variantes.

En el discurso jurídico contemporáneo, definido desde la teoría de la argumentación jurídica, hacer referencia a los límites materiales constitucionalmente establecidos y los criterios de control, es tratar con un específico tipo de normas jurídicas que permiten la elección y la evaluación de varias soluciones jurídicamente posibles en situaciones concretas, con independencia de la metodología empleada, *v. gr.*, la ponderación y balance de los principios en disputa o la introducción de una decisión normativa en el espacio de discrecionalidad de la autoridad dentro del marco de posibilidades que el sistema positivo ofrece.

En las constituciones de España y de los países hispanoamericanos —en particular del Ecuador—, el principio, implícito o explícito, según el cual las finanzas públicas han de ser manejadas bajo criterios de equidad es también común. La cuestión relevante ha sido siempre la determinación del alcance o contenido del principio como límite material en la adopción de las decisiones normativas, generales o particulares. No obstante, es posible aproximarse a las normas que introducen un criterio de corrección como la equidad, ya no como límite, sino como objetivo a ser satisfecho. En tal caso, el problema ya no es establecer si se ha desbordado la actuación de la frontera de lo jurídicamente posible, sino, por el contrario, establecer si los medios diseñados en el mismo sistema jurídico se dirigen a satisfacer los fines previstos en él mismo.

De modo que, identificados los criterios materiales de corrección previstos en las Constituciones en materia de las finanzas públicas, corresponde entender cómo se definen los casos en los que las autoridades podrían considerar la modalidad ejecución de un proyecto público con participación privada, atendiendo los fines de la actividad pública, los efectos jurídicos de su decisión en los subsistemas que regulan los ingresos y gastos públicos y, en general, las variaciones sistemáticas que operan en la organización y prestación del servicio en razón del modo en que se gestiona. En suma, la idea es que la decisión no sobrepase los límites impuestos, pero fundamentalmente que se construya para alcanzar los propósitos de la comunidad objetivados a través del mismo sistema jurídico. En otros términos, más que el límite, resulta más importante el fin de la actuación pública.

La visión imperante en el modelo internacional es utilizar criterios de pura eficiencia para dar respuesta a estas cuestiones. El problema desde las instituciones tradicionales en España e Hispanoamérica se ha reducido a la descripción del régimen

²³ Cfr. J. L. Guasch y S. Straub. «Corruption and concession renegotiations.:Evidence from the water and transport sectors in Latin America», en *Utilities Policy*, vol. 17, núm. 2, 2009, pp. 185-190.

aplicable, una vez adoptada la decisión de acometer una delegación de gestión de un proyecto público a la empresa privada.

En oposición a estos planteamientos, es posible aproximarse al problema desde una perspectiva distinta: le corresponde a la comunidad la determinación de aquello que debe ser considerado justo, en cada momento y lugar y, con base en ello, está definida la dirección hacia la que deben apuntar las decisiones normativas y administrativas a cargo de la autoridad.

A disposición de la comunidad se encuentran herramientas de control formalmente institucionalizadas en los sistemas jurídicos. En algunos casos se depende de la decisión de otras autoridades que con sus argumentos morales, fácticos o puramente normativos agregan al sistema jurídico una regla de conducta general o particular. En otros casos, hay instrumentos de participación directa en la formación de las políticas públicas y otras formas de control de la comunidad que son propias de la democracia deliberativa. Al final, en cualquier circunstancia, aquello que no ha podido ser controlado con instrumentos institucionalizados y es intolerable para la conciencia de lo jurídico en una comunidad, se ajusta desde el entorno del sistema jurídico mediante controles difusos y la acción colectiva no institucionalizada.

5. APP para la gente

La falta de inversión en infraestructura integra el conjunto de problemas estructurales que limitan el desarrollo sostenible en ALC.²⁴ Se ha reportado que en los países de ALC, desde la década los ochenta, la participación privada en la inversión en infraestructura ha llegado a casi la mitad en forma de APP.²⁵

Es una cuestión de hecho que las APP son relevantes en el mundo y la región, tanto en la provisión de servicios públicos, como en la financiación de la actividad pública. No obstante, la evaluación acerca de su éxito como modalidad de gestión y financiación está en entredicho.²⁶

La importancia que han tomado las APP y sus resultados, no siempre plausibles, exigen atender los problemas que se han venido planteando para proveer soluciones alineadas a los beneficios que potencialmente se pueden derivar de esta herramienta, sin perder de vista que su uso depende de la idoneidad que tiene la modalidad de gestión de las actividades para atender las necesidades colectivas que se encomiendan en los sistemas jurídicos a los órganos estatales. Esto significa que, aunque en razón de su empleo se organizan «mercados de infraestructuras», las APP son una herramienta al

²⁴ Cfr. R. Sánchez y J. Lardé. «Las Asociaciones Público Privadas bajo la mirada de “Primero las personas”», en *Facilitación, Comercio y Logística en América Latina y el Caribe*, [boletín 383], núm. 7, 2020, pp. 1-15.

²⁵ La inversión privada en infraestructura tiene una participación promedio del 39,7% para el periodo 1980-2015, con variaciones que oscilan entre el 42,3 % y el 59,8% entre quinquenios. que conforman el periodo completo. La importancia que tiene el sector de transporte se refleja en que los recursos privados destinados a él ha variado entre el 33% al 45,5 % entre quinquenios. Cfr. R. Sánchez y J. Lardé. «Las Asociaciones Público Privadas bajo la mirada de “Primero las personas”», en *Facilitación, Comercio y Logística en América Latina y el Caribe*, [boletín 383], núm. 7, 2020, pp. 1-15.

²⁶ R. Sánchez y J. Lardé. «Las Asociaciones Público Privadas bajo la mirada de “Primero las personas”», en *Facilitación, Comercio y Logística en América Latina y el Caribe*, [boletín 383], núm. 7, 2020, pp. 1-15.

servicio de las personas y, por tal razón, ninguna otra justificación (*v. gr.*, los problemas del déficit público) tiene sentido cuando se trata de elegir la modalidad de gestión de lo que es jurídicamente «público».

Es posible evaluar un proyecto de APP poniendo en una posición central a las personas, si se relacionan los ODS y las técnicas de estructuración de las APP.²⁷ Este modo de aproximación es el que se ha llamado «enfoque de “Primero las Personas”» promovido desde los órganos de las Naciones Unidas.²⁸ Es aún mejor evaluar las APP como herramienta al servicio de las personas, si se emplea directamente indicadores y medios de verificación concernientes a los derechos fundamentales, sin necesidad de pasar por una agenda de actuación que refleja únicamente cierta determinación de prioridades en política pública.

B. OBJETIVOS PERSEGUIDOS EN ESTA INVESTIGACIÓN Y CONTENIDO

1. Objetivo general e hipótesis de trabajo

El objetivo general de esta investigación es llegar a establecer el modo en que las APP, como modalidad de gestión y financiación de los servicios públicos —*i. e.*, actividades prestacionales que el sistema jurídico ha encomendado a la Administración— pueden servir para satisfacer el deber fundamental del Estado de proteger y promover los derechos fundamentales que se han reconocido en el mismo sistema jurídico.

Las consideraciones que se presentan en esta investigación se limitan a los efectos que las APP como modalidad de gestión y financiación tienen, desde la perspectiva de la equidad y los derechos fundamentales, para el régimen de las finanzas públicas.

La organización del subsistema de ingresos públicos y, en especial, el tributario está sujeto al principio de equidad, representado en el concepto de la «capacidad económica» de los sujetos llamados a contribuir al sostenimiento de los gastos públicos. De igual modo, el gasto público, que solo es posible con el concurso de los integrantes de la comunidad para su financiación, también debe distribuirse con criterio de equidad. En este caso es posible concebir una distribución equitativa de los recursos públicos desde tres dimensiones: material, territorial y temporal. Los dos subsistemas enlazados por el principio de equidad, sirven a un bien superior: el acceso a los medios para satisfacer los derechos fundamentales de las personas. El acceso a estos bienes tutelados también puede ser descrito en términos de equidad; es decir, todos los integrantes de la comunidad, cualquiera sea su situación natural o social de partida, deben participar de la misma manera, en términos de igualdad, en los beneficios

²⁷ R. Sánchez y J. Lardé. «Las Asociaciones Público Privadas bajo la mirada de “Primero las personas”», en *Facilitación, Comercio y Logística en América Latina y el Caribe*, [boletín 383], núm. 7, 2020, pp. 1-15.

²⁸ Ver, entre otros, Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa, UNECE. «UNECE people first PPP impact assessment tool», draft v1.0, People-first PPP Impact Assessment Tool Project Team, WP PPP/IAT/01, (12/06/2020); «Introducción a las Asociaciones Público-Privadas en apoyo a los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas», ECE/CECI/2019/6, (21/01/2019); «Principios rectores Asociaciones Público-Privadas “Primero las personas” en apoyo de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas», ECE/CECI/2019/5, (21/01/2019).

colectivos representados por unos contenidos mínimos de lo que la sociedad reconoce como derechos fundamentales.

En el marco de este objetivo general, partimos de la hipótesis de trabajo de que la modalidad de APP, para gestionar y financiar servicios públicos, es tendencialmente inequitativa.

Por ello, sin que pueda considerarse la elección de la modalidad como algo ilícito *per se*, el uso de la APP para gestionar lo público requiere, no solo un análisis de eficiencia promovido desde el modelo internacional y absorbido en las reformas de los sistemas jurídicos, sino fundamentalmente uno de equidad. Con este tipo de evaluación se debe procurar que en la estructuración de los proyectos de APP se instrumenten los medios para alcanzar un reparto equilibrado de las cargas públicas y una distribución adecuada de los beneficios de la vida colectiva, generando las compensaciones que resulten necesarias para asegurar cierta neutralidad de naturaleza económica en una decisión acerca de la modalidad de gestión y financiación de un proyecto público. En definitiva, la elección de la modalidad de gestión de un proyecto público no puede tener como efecto la limitación para que las personas puedan acceder a lo que el sistema jurídico reconoce como derechos fundamentales.

Las cargas y beneficios públicos encuentran equilibrio en lo que podríamos llamar un balance técnico que pone en relación cuantitativa la capacidad económica de las personas, como renta disponible a través del esfuerzo personal y el solidario, frente a los costes de los derechos fundamentales.²⁹ La idea parte de que no es posible hablar de derechos fundamentales sin considerar que también existe un balance definido normativamente con los deberes que resultan complementarios y también fundamentales. Acceder a los derechos fundamentales implica satisfacer los deberes de autosatisfacción a través del esfuerzo propio y de contribución a la financiación del gasto público en función de la capacidad económica.

De este modo, la capacidad económica no solo es un principio explícito de justicia material con respecto al sistema tributario en su conjunto, con reflejos en la estructuración de los tributos (especialmente los impuestos), sino el criterio de comparación entre individuos para establecer la distribución equitativa de las cargas y los beneficios públicos de naturaleza económica, con independencia de las técnicas y herramientas que se empleen para determinar esta capacidad.

2. La definición y estructuración legal de una APP: problemas de Derecho Administrativo

Para abordar la relación entre una específica modalidad de gestión y financiación de la actividad pública y la equidad como principio al que se ordena esta actividad, específicamente con respecto a las finanzas públicas, se requiere alcanzar ciertos objetivos parciales.

Requerimos determinar, en primer lugar, los elementos que caracterizan las APP desde los sistemas jurídicos, en este caso, español y ecuatoriano. Además, se observan

²⁹ Ver, S. Holmes y C. Sunstein. *El coste de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011.

algunas de las soluciones normativas avanzadas en los sistemas jurídicos de los países hispanoamericanos que corresponden al contexto regional del Ecuador.

Para conseguir este objetivo, se contrastan los sistemas jurídicos de referencia con el que he llamado modelo internacional. Utilizamos la matriz del modelo internacional para explicar analíticamente los contenidos de los sistemas jurídicos que usamos de referencia. La razón de abordar estos asuntos con esta perspectiva está en que, pese a que los subsistemas jurídicos destinados a regular la participación privada en la gestión y financiación de las actividades públicas se basan en una tradición jurídica específica (*civil law*), la necesidad de acceder a los mercados internacionales de financiación ha propiciado reformas para asegurar que los proyectos de APP se ajusten a los requerimientos de viabilidad comercial y financiera. Esta situación ha provocado que los sistemas jurídicos que atienden la modalidad de APP, incluso conservando las instituciones tradicionales como la concesión, se aproximen cada vez más alineándose a prácticas y experiencias del mundo angloamericano en materia financiera. Esta tendencia no incluye ningún tipo de consideración con respecto a los efectos en materia de equidad, aplicada a los derechos fundamentales y al sistema financiero público.

Presentar los elementos comunes de los modelos comparados y proveer con esta base las pautas de interpretación que las autoridades y los participantes de una APP requieren conocer es importante para promover las reformas que se estimen pertinentes y reevaluar en clave de derechos fundamentales un modelo que empieza a uniformar prácticas que se alejan de los principales fines impuestos al Estado en el desarrollo de sus actividades.

Conviene señalar que la aproximación analítica y comparada que se requiere efectuar para acometer las tareas dirigidas a cumplir este objetivo suelen estar referidas a problemas del Derecho Administrativo, como disciplina especializada en materia de contratación pública. No obstante, conviene apuntar que los planteamientos que se realizan en esta investigación no se refieren estrictamente al análisis del régimen aplicable a la instrumentación de la relación entre el Estado y el gestor privado para que este último, asumiendo riesgos, derechos y obligaciones, implemente un proyecto público que se prepara en un procedimiento administrativo específico. Lo que en realidad me interesa, y por ello se sacrifican aspectos analíticos muy importantes desde la perspectiva del Derecho Administrativo, es el modo en que estas particularidades del subsistema se conectan con otros componentes (ingresos y gastos públicos) y se integran en un sistema mayor del que se debe desprender equidad como valor de salida, o lo que es lo mismo, el acceso a los medios para satisfacer derechos fundamentales. El análisis sistemático propuesto es el que marca las restricciones en el alcance de las reflexiones que se realizan en función de este objetivo específico.

3. Problemas jurídicos en la estructuración financiera de una APP: el Derecho Tributario en la práctica

La decisión de acometer un proyecto público bajo la modalidad de APP supone un cambio en los puntos de conexión con otros subsistemas que en razón de su diseño original generan efectos con respecto a los fines generales del sistema jurídico en su conjunto. Por ejemplo, la decisión de requerir la participación del sector privado en la provisión del servicio público significa que la contraprestación que el destinatario del servicio satisfará es, en principio, un precio privado. La operación ordinaria, entonces, atrae el régimen de imposición indirecta y tendrá que aplicarse el IVA. Considere la diferencia de este efecto si la provisión del servicio público lo realiza la Administración

de manera gratuita o causando el pago de una tasa, específicamente en España.³⁰ En este caso, ordinariamente, el IVA afectará la renta disponible de la persona que requiere acceder a los medios para satisfacer su derecho fundamental, mientras que el presupuesto público incrementa el flujo de ingresos.

Con esto en mente, nos interesa conocer los efectos que produce el cambio de modalidad de gestión y financiación de un proyecto público al que se vinculan servicios necesarios para satisfacer derechos fundamentales, teniendo como base las reglas que se aplican desde los subsistemas de ingresos y gastos públicos.

Para guiar el cumplimiento de este objetivo, nos hemos planteado preguntas tales como:

- ¿Cómo se estructura un proyecto de APP desde la perspectiva de su financiación y qué relevancia tiene esta metodología en el acceso a derechos fundamentales?
- ¿Qué efecto tiene el sistema tributario vigente en la modalidad elegida de financiación del proyecto de APP?
- ¿Qué existe en los sistemas jurídicos de los países de referencia para neutralizar los efectos materiales que se derivan de la aplicación ordinaria de los sistemas tributarios?

Con relación a la primera cuestión nos interesa específicamente confrontar la proposición —que tiene origen en el modelo internacional— de que las APP son un instrumento que permite generar ahorros para la sociedad a partir de un adecuado reparto de riesgos derivados de la implementación del proyecto. Es un hecho muy notorio que, en la estructuración financiera de un proyecto de APP, el reparto de riesgos no es el teóricamente adecuado, sino el posible para asegurar que el proyecto sea comercial y financieramente viable. No hay APP si el financiador externo percibe un riesgo relevante de que no pueda recuperar el importe financiado. Tampoco la hay, si el promotor privado encuentra que el proyecto no le genera una rentabilidad adecuada o que el riesgo que se traslada a la parte privada pone en riesgo su inversión.

Con respecto a la segunda pregunta, nos interesa describir el cambio que se produce en la naturaleza jurídica de la contraprestación económica que paga el usuario que recibe por el servicio público gestionado a través de la intervención del sector privado y las variaciones en el *quantum* de las contraprestaciones derivadas de la aplicación del régimen jurídico aplicable a la estructuración financiera del proyecto de APP. En este último caso, debíamos concentrar el esfuerzo en una muestra para evitar trasladar a esta memoria el sistema tributario de cada país de referencia. Tomamos el caso de España, bajo el entendido de que un análisis similar es posible en cualquier otro país de referencia y que para propósitos del objetivo planteado es suficiente entender el mecanismo expansivo que tienen los tributos en los costes y gastos de un proyecto APP y cómo este hecho genera un efecto relevante en el *quantum* de las contraprestaciones por los servicios públicos implicados, sea para la Administración, sea para el usuario final.

Siguiendo la misma metodología, para contestar la tercera pregunta y constatar la preocupación del legislador para alcanzar medios que neutralicen las nuevas cargas derivadas del cambio de modalidad de gestión de la actividad prestacional del Estado, hemos concentrado la atención en el caso ecuatoriano que introdujo variaciones en el

³⁰ [España] LIVA, art. 7.8.

sistema tributario para aligerar los costes del proyectos de APP, de modo que no se trasladen a la comunidad, sin renunciar a hacer referencias útiles a la experiencia comparada en Hispanoamérica.

4. La adopción de decisiones en función de los límites y fines materiales constitucionalmente previstos para las finanzas públicas: problemas de Derecho Constitucional y de la Teoría del Derecho

Conocidos los efectos materiales de naturaleza económica que se desprenden de la elección de la modalidad de APP para la implementación de un proyecto público, corresponde evaluarla desde las normas que incorporan los criterios de justicia en el sistema jurídico. Para proceder con esta evaluación requerimos conocer:

- ¿Cómo se trasladan los efectos observados y que dependen del funcionamiento del sistema jurídico al proceso de toma de decisiones públicas en el sistema jurídico?
- ¿Cuál es la situación de las personas como titulares de derechos y deberes con respecto a los principios que regulan la distribución de las cargas públicas cuando se ha cambiado la modalidad de financiación de la actividad pública a través de una APP?

Cuando nos preguntamos sobre el modo en que se adoptan decisiones con relevancia en el sistema jurídico, nos empeñamos en determinar si existe una única respuesta correcta, como lo plantean quienes encuentran que existen razones morales que pueden ser objetivas o, por el contrario, las decisiones se adoptan en el marco de las posibilidades que ofrece la amplitud del contenido de los referentes normativos. En otros términos, asumiendo que toda decisión pública debe estar justificada, buscamos la relevancia que tiene el argumento fáctico, frente a los argumentos morales (neoconstitucionalismo) y normativo (neopositivismo) en la fundamentación de la adopción de una decisión pública.

En lo que respecta a la situación de los individuos con relación a la decisión de gestionar el servicio público en la modalidad de APP, nos interesa su condición de titulares de derechos fundamentales, pero también como titulares de deberes fundamentales que hacen posible la satisfacción de tales derechos. En esta materia, el punto central está en el rol que juega la capacidad económica como criterio de comparación de la igualdad entre los integrantes de la comunidad, tanto con relación a las cargas, como con respecto a los beneficios económicos de la convivencia social. La importancia que tiene el principio de capacidad económica en la construcción del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos no es un asunto nuevo. Pero me parece que se requiere dar un paso más para hacer operativo el principio cuando se requiere contrastar no solo el subsistema tributario en su conjunto, sino los efectos de las decisiones de contenido financiero a cargo de los órganos del Estado. En este aspecto, es necesario fijar herramientas conceptuales que puedan ser útiles para reconfigurar el alcance del referido principio y hacerlo además operativo. Como un adelanto a la explicación que haré, dejo planteados en estas líneas, al menos, tres conceptos:

- No todas las prestaciones para satisfacer necesidades cubiertas por el reconocimiento de un derecho fundamental dependen de la acción colectiva institucionalizada, sino que es necesaria la corresponsabilidad del titular del derecho. En este sentido es posible acompañar al deber de contribuir al

sostenimiento de los gastos públicos, uno que exige la autosatisfacción de las necesidades personales y familiares a través del propio esfuerzo, en los dos casos según la capacidad económica. Esto se podría llamar el «balance iusfundamental».

- El equilibrio que se busca reflejar a través del concepto del balance iusfundamental, se puede cuantificar en un balance técnico que pone en relación la capacidad económica, como renta disponible, con el coste de una canasta de satisfactores definidos por el contenido mínimo de cada derecho fundamental reconocido. Esta relación cuantificada tiene variaciones en los dos lados de la ecuación en razón de las prestaciones financiadas colectivamente a través del presupuesto público y las transferencias de un sector a otro, sin intervención presupuestaria. En teoría la conformación de la canasta de derechos fundamentales es un asunto metajurídico que se ha de basar en el progreso que en la materia se ha tenido desde el sistema jurídico. De hecho, las ciencias estadísticas se han ocupado ya de establecer metas, indicadores y medios de verificación para construir una canasta similar a la propuesta, por lo que pensar en ello no es irreal. Una «APP para la gente» puede ser estructurada ajustando las decisiones públicas a un argumento fáctico con el que se demuestre que el equilibrio teórico en los balances enunciados se mantiene.
- La demostración de que las decisiones adoptadas —en este caso con respecto a la modalidad de gestión de un proyecto público y su estructuración— mantienen el equilibrio de los balances sería una carga de la autoridad que hace la elección. En efecto, si se demuestra que las APP tienen efectos tendencialmente inequitativos, en razón de la proscripción en la regresividad de los derechos y en aplicación del principio de desarrollo progresivo de los derechos con el máximo de los recursos disponibles, es posible afirmar que la carga de la prueba se revierte. Así, quien adopta la decisión de emplear la modalidad de APP debe acreditar que, en el procedimiento de preparación del proyecto, luego del análisis de equidad, al menos, ha alcanzado a mantener el equilibrio de tales balances sin introducir una barrera de acceso a los medios para satisfacer derechos fundamentales, a través de cualquier instrumento jurídico o de política pública.

5. Problemas sobre redistribución de la riqueza y sostenibilidad fiscal derivados de la modalidad de APP

Si un proyecto de APP es una modalidad de financiación de la actividad pública y la gestión de las finanzas públicas está sujeta a reglas que la disciplinan, conviene conocer los efectos que la decisión de materializar la actividad pública con la participación del sector privado tiene con respecto al sistema de gastos públicos. Así que nos preguntamos: ¿qué efectos tiene el cambio de modalidad en el presupuesto público y el criterio de distribución del gasto público por la materia, el territorio y el tiempo?

En este objetivo están presentes las mismas ideas señaladas en el apartado precedente, pero observadas desde la perspectiva del gasto público. En efecto, el modo en que se sostiene el equilibrio de los balances enunciados depende de la contribución al sostenimiento de los gastos públicos que realizan los integrantes de la comunidad y la manera en que, a través del presupuesto público, se redistribuye esta contribución desde los balances superavitarios hacia los deficitarios.

La redistribución se ha de organizar, por mandato constitucional, con criterios de eficiencia, pero fundamentalmente de manera equitativa. En este orden de ideas, distribuir el gasto público de manera equitativa implica hacerlo para que las personas puedan acceder a las prestaciones que se requieren para el disfrute de los derechos fundamentales que se reconocen en el sistema jurídico.³¹ En este sentido, la dimensión material de la distribución del gasto público viene determinada por los objetivos de la actuación pública que, como hemos dicho, el más relevante tiene directa relación con los derechos fundamentales. De este modo se conecta la planificación material y la financiera del Estado. Las APP no son más que una modalidad de gestión de las metas, indicadores y medios de verificación de la planificación de la actividad pública que, si se espera se ajuste al criterio de equidad, debe dirigirse a la realización de los derechos fundamentales en sus contenidos esenciales.

Ahora bien, el modo de hacer operativo el destino de los recursos públicos a estos fines esenciales de la actividad pública incluye una distribución de trabajo en el territorio entre los órganos del Estado. De ahí que es necesario considerar que la distribución equitativa del gasto público también implica una dimensión territorial cuando observamos que en la estructura de los Estados hay órganos territoriales responsables de distintas prestaciones vinculadas con la satisfacción de derechos fundamentales. La relación de los presupuestos públicos y la modalidad de gestión de la actividad asignada a cada entidad pública emerge como un aspecto importante a ser considerado. Adelantándome a cuanto se explica en esta memoria de investigación, la selección de la modalidad de APP suscita no solo un problema en el presupuesto público —cuando el proyecto es cofinanciado— similar al que debe enfrentar el individuo respecto de sus rentas disponibles —cuando se le traslada la carga de autofinanciar la prestación necesaria para el disfrute de su derecho—, sino traslados de recursos de un presupuesto público a otro por efecto del sistema tributario en los casos en que la entidad actúa como consumidor final.

Finalmente, la equidad en la distribución del gasto público podría tener una dimensión temporal. Con esto buscamos mostrar que la preocupación por la sostenibilidad del gasto público, bien llevada, se refiere a la equidad intergeneracional.

³¹ Sobre el necesario alineamiento del gasto público y la satisfacción de los derechos fundamentales, véase de H. Corti. *Derecho Constitucional Presupuestario*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007 [pp. 693 y ss.]; H. Corti. «Los principios comunes del derecho constitucional presupuestario, el gasto público justo y la Teoría General de la Constitución Financiera», en *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Tributario*, núm. 78, 2018, pp. 393-421; H. Corti. «Los principios materiales de justicia del gasto público», en R. Asorey, C. Billardi, J. Casás, A. Torrealba y M. Plazas Vega (dir.). *Derecho Tributario: Reflexiones. Estudios en homenaje a Víctor Uckmar*. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 2018, pp. 17-36; H. Corti. «Plurales procesos históricos y un problema global: Ley de Presupuesto y Derechos Humanos», en *Revista Institucional de la Defensa Pública de la CABA*, núm. 11, 2017; H. Corti. «La decisión presupuestaria y los derechos humanos en el sistema constitucional argentino», en C. Grosman (dir.). *Hacia una armonización del derecho de familia en el MERCOSUR y Países Asociados*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007, pp. 426-440; H. Corti. «Derechos Fundamentales y Presupuesto Público: Una renovada relación en el marco del neoconstitucionalismo periférico», en J. M. Conti y F. Facury Scaff (coord.). *Orcamentos Públicos e Direito Financeiro*. San Pablo: Revista Dos Tribunais, 2011, pp. 127-186; H. Corti. «Hacienda Pública y Derecho Constitucional», en *Boletín de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales*, 1998, s/p.; H. Corti. «Crítica y defensa de la supremacía de la Constitución», en *La Ley*, s/n, 1997, p. 1033; H. Corti. «Constitucionalización del gasto público», en *Lecciones y Ensayos*, núm. 64/65, 1995, pp. 33-91.

No es exclusivamente, como parece promoverse, un problema de solvencia del Estado y acceso a los mercados financieros, *i. e.*, la tutela del acreedor. Cuidar que las decisiones actuales no afecten el acceso a los derechos fundamentales de las generaciones futuras es un asunto que requiere analizarse desde la perspectiva de la equidad. Por esta razón, suponer que los compromisos firmes o contingentes que asume el Estado con ocasión de un contrato de APP no deben ser tratados con la misma prudencia que se espera con respecto al endeudamiento público, no solo representa un error frente al alcance de la regla de transparencia que se exige a cualquier órgano a cargo de intereses colectivos, sino también una vulneración directa a la equidad que impone una distribución del gasto público con perspectiva intertemporal.

Primera parte

LAS APP COMO MODALIDAD DE GESTIÓN DE LAS ACTIVIDADES DE COMPETENCIA PÚBLICA

CAPÍTULO I

CONCEPTUALIZACIÓN DE LAS APP COMO INSTRUMENTOS DE DELEGACIÓN DE LA GESTIÓN PÚBLICA

A. PLAN GENERAL DE LA PRIMERA PARTE: LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LAS APP PARA ASEGURAR SU VIABILIDAD COMERCIAL Y FINANCIERA

Es posible constatar que España y los países hispanoamericanos, y entre ellos el Ecuador, desde hace muchos años, optaron por autorizar a la Administración pública a trasladar hacia la empresa privada actividades reconocidas jurídicamente como públicas; hecho que, con el tiempo, ha sido objeto de regulación cada vez más intensa, en el contexto del subsistema jurídico que rige la organización y la actividad administrativa, del Derecho administrativo.

La precedencia histórica de las normas que rigen la actividad privada define en muchos aspectos el contenido de las instituciones del Derecho administrativo; no obstante, estas han ido adquiriendo, a partir de excepciones y especializaciones, contornos propios al grado en que, en la actualidad, el régimen que regula la actividad a cargo de la Administración pública puede ser sistematizado, en la mayor parte de materias, sin necesidad de recurrir a categorías y conceptos del Derecho privado, aunque estos sigan siendo empleados por remisión del subsistema especializado o de manera supletoria.

Esta afirmación, que siempre alienta el debate entre los extremos de quienes pregonan autonomía en su oficio de «ius administrativistas» y de los que, por el contrario, reprochan un continuo distanciamiento institucional de la tradición civilista, se debilita cuando se observan los modelos de organización y regulación imperantes en materia de APP. Esto se debe a que, en la práctica, la relación jurídica entre la Administración pública y la empresa privada está determinada por estipulaciones contenidas en actos convencionales que, en una buena parte de los casos, colocan al Estado, al gestor privado, a los promotores y financiadores externos en una situación muy similar a la que ocupan las partes de un contrato comercial, especialmente cuando por vía de arbitraje internacional se trata de resolver los conflictos que se pueden derivar de la ejecución de los contratos. Y esto con independencia de las doctrinas que buscan explicar desde una perspectiva jurídica el fundamento conforme al cual es posible que la Administración pública se llega a vincular con la empresa privada para el desarrollo de un proyecto bajo la competencia de la primera.

Nos proponemos revisar panorámicamente los regímenes vigentes en materia de las APP en España y Ecuador, con el objetivo de definir lo que es una APP dentro de la tradición jurídica que les corresponde y los modelos de organización y regulación, para ser contrastados con la visión internacional en estas materias.

En lo que respecta a la conceptualización de una APP, conviene señalar desde el inicio que, el tipo de relación jurídica que se entabla en una APP no se reduce a la provisión de medios por parte del contratista a la Administración, no es un contrato de prestación de servicios con un tipo diferenciado de retribución debida por la Administración a favor del proveedor. En una APP, hay fundamentalmente el traslado temporal (y sin cambio de titularidad) de una competencia pública que reconfigura el papel del Estado en la satisfacción de los derechos de las personas, con implicaciones de variado tipo en los componentes del sistema jurídico. De las que importan en este estudio, hay que resaltar el efecto del cambio de modalidad de gestión en el sistema financiero público sometido al principio de equidad en su configuración, tanto en lo que respecta a los ingresos, como en lo que se refiere al gasto. A partir de ello, su efecto trasciende hacia el régimen aplicable a la protección y promoción de los derechos fundamentales reconocidos en los sistemas jurídicos.

Desde la perspectiva de la organización pública, es posible identificar modelos en función del nivel de concentración de competencias normativas, de aprobación y control de proyectos públicos y contratos con participación de la empresa privada. Existen desde aquellos concentrados (como es el caso de Chile) a aquellos completamente desconcentrados (como el modelo español), pasando por modelos semiconcentrados, ajustados a aquel internacional, en el que se promueven unidades especializadas para las APP que organizan los programas de APP.

En relación con los modelos de regulación es posible observar aquellos que incluyen la mayor parte de las reglas de vinculación entre la Administración pública y la empresa privada en normas de rango legal o reglamentario, tal como en España, dejando únicamente ciertos aspectos técnicos y económicos del proyecto a la regulación convencional, hasta otros en que las normas jurídicas buscan habilitar la mayor flexibilidad en la definición del tipo de relación entre los participantes del proyecto público a nivel contractual, como en Ecuador. Hay, por supuesto, grados intermedios.

Como tendremos la oportunidad de justificar, ni en el ordenamiento jurídico español ni en Hispanoamérica, los elementos con relevancia jurídica a los que se refiere el modelo internacional como característicos de una APP son novedosos. Esta idea es importante, pues, nuestro propósito es evitar que quien tiene otorgada la autoridad de adoptar una decisión en la materia pueda afincarla, sin justificación, en novedades inexistentes (nuevas instituciones o especialidades) que le autoricen desatender los fines de la actividad que le está encomendada o trascender los límites materiales y formales fijados en un subsistema jurídico, históricamente contruidos para ajustarse consistentemente con los restantes elementos del sistema. A estos fines y límites están sujetas las decisiones públicas en materias tales como el servicio público, el gasto público o la prestación patrimonial coactiva, cuando se trata de acometer una APP.

En la materia que analizamos es cierto que los contornos de las competencias asignadas a la autoridad son lo suficientemente abiertos, a tal punto que, una decisión de control sobre la invalidez de la actuación pública relevante, resulta en la práctica remota; y, por tal razón, hemos preferido ocuparnos de la eficacia del modelo de gestión con respecto a la realización de los fines objetivados en el sistema jurídico (sea con relación a los principios de justicia del sistema financiero o la satisfacción de derechos fundamentales). Pero el sentido del discurso de la novedad trae consigo el desvío en la aplicación de instituciones comprometidas con otra serie de elecciones socialmente

relevantes. En nuestro caso, nos importa resaltar la proposición de que la modalidad de gestión delegada a través de un contrato de APP es en línea tendencial contrario al principio de equidad que rige el reconocimiento, protección y promoción de los derechos fundamentales y el sistema financiero público, tanto desde la perspectiva de los ingresos como desde aquella de los gastos.

Para ello, presentamos una primera proposición que guía el contenido de los capítulos de esta primera parte: el sistema jurídico aplicable a las APP se ha modificado, bajo la influencia del modelo internacional, principalmente para asegurar la viabilidad comercial y financiera de un proyecto público a ser delegado al sector privado, más que para asegurar la protección y promoción de los derechos fundamentales a cargo de la Administración pública, prescindiendo de los efectos relevantes en los componentes que integran el subsistema que regula la financiación pública. Conviene señalar, no obstante, que la única variación que se ha introducido en los últimos años en los sistemas jurídicos de referencia que se ajusta a los fines determinados en el mismo sistema es la integración de los proyectos de APP en la planificación material y financiera del Estado. Ello puede ser una oportunidad de mejora en clave de derechos fundamentales y equidad.

B. CONCEPTUALIZACIÓN DE LAS APP COMO MODALIDAD DE DELEGACIÓN DE LA GESTIÓN PÚBLICA

1. Descripción preliminar del tipo de relación a la que se refiere una APP

Conviene aproximarse a las APP a partir de la descripción del tipo de relaciones jurídicas a las que le asignamos este término. Entendemos que la APP, cualquiera sea la nomenclatura empleada o el alcance del objeto específico, es una modalidad de gestión y financiación de actividades atribuidas en el sistema jurídico a los órganos del Estado, que comporta una decisión de carácter público con la cual se encomienda temporalmente a un gestor privado la implementación de un proyecto público vinculado a la provisión de un servicio público; el gestor privado asume ciertos riesgos del proyecto a cambio de una retribución variable por su inversión, riesgo y trabajo que depende de la demanda o indicadores referidos al nivel de servicio o disponibilidad de los medios para la provisión del servicio. La relación principal entre la Administración pública y el gestor privado usualmente se instrumenta a través de un contrato de carácter público que se integra en un sistema de contratos con los que se regulan las relaciones entre los diferentes participantes en la implementación del proyecto.

En esta aproximación ponemos acento en los siguientes elementos comunes en los sistemas jurídicos de referencia:

Primero, la conversión de competencias públicas en derechos y obligaciones del gestor privado para la provisión de servicios públicos. En este sentido nos referimos a este proceso como delegación de la competencia de gestión.

Segundo, el carácter temporal del encargo de gestión. Este caso no podría ser considerado jurídicamente una privatización en estricto sentido, aunque algunos se

refieren a ello como «privatización funcional».¹ Esto se debe a que la titularidad de las competencias que son objeto de una APP se mantiene en la Administración pública y con ello todas las potestades públicas para asegurarse que el servicio público sea provisto de acuerdo con el régimen que se determina para él. El gestor privado, dentro del marco de regulación vigente para la provisión del servicio y los términos contractuales de la relación, está habilitado a organizar la provisión del servicio público de acuerdo a las reglas de Derecho privado, es decir, puede hacer todo lo que no se encuentra prohibido.

Tercero, la naturaleza del proyecto que se busca implementar. En este sentido, la actividad pública que debe ser gestionada por la empresa privada se integra a los instrumentos de planificación pública y, así, el procedimiento administrativo para la preparación y evaluación del proyecto permanece enteramente en el ámbito del Derecho público.

Cuarto, la relación que existe entre el encargo de gestión a la empresa privada y la naturaleza de la prestación. El servicio público asociado con la implementación del proyecto es la referencia general sobre el resultado esperado. Aunque el proyecto público incluya el diseño y construcción de una obra pública, la infraestructura está asociada siempre a la actividad prestacional a cargo del Estado. En ciertos sistemas jurídicos —como el español— se marca una diferencia en el desarrollo del régimen aplicable cuando se trata de proyectos dirigidos a la construcción de obras con proyectos que se refieren exclusivamente a servicios. Esta diferencia, no obstante, no modifica el concepto general de lo que entendemos por servicio público en esta investigación. Por otra parte, aunque la técnica de la APP modifica el carácter público de la prestación para introducir elementos de «bien privado» y con ello se autoriza la exclusión de usuarios en razón del pago de un precio, la naturaleza del servicio público no cambia y, por esta razón, se requiere mantener un régimen protección a las personas, especialmente cuando el servicio público se refiere a los medios necesarios para satisfacer derechos fundamentales.

Finalmente, la idea del riesgo transferido al gestor privado. Este aspecto, en ocasiones sobrevalorado, tiene importancia desde la perspectiva jurídica por la modalidad de retribución que corresponde a esta forma de gestión y financiación de la actividad pública. En efecto, la retribución al gestor privado supone que esta depende de circunstancias de mercado del servicio del que se trate o de indicadores sobre el desempeño del gestor privado, cuando se pone atención en los niveles de servicio o disponibilidad de los medios para su provisión. Debe notarse que, en razón del aseguramiento de los flujos de explotación, el mejor proyecto de APP desde la perspectiva de su viabilidad comercial y financiera es el que corresponde a los monopolios públicos y, por esta misma razón, estos son los casos en los que los derechos fundamentales de las personas pueden verse más afectados.

En los siguientes apartados desarrollo estos conceptos y reflexiones.

¹ Cfr. S. González-Varas Ibáñez. «El concepto y las formas de privatización», en *Revista Española de Control Externo*, vol. 3, núm. 7, 2001, pp. 77-102.

2. Nomenclatura en las APP

Los términos para designar a una APP son variados en el mundo. En semiótica, se emplean las nociones de «significado» y «significante» para expresar el concepto y la forma material del signo. En los sistemas jurídicos de los países de referencia se suele utilizar la nomenclatura (el signo) como indicador, punto de conexión, del régimen aplicable a la institución de la que se trate.² No obstante, esta aproximación no suele conducir a resultados satisfactorios. Un interesante ejemplo de cómo en ocasiones el significante y el significado pueden generar un conflicto en la aplicación del régimen jurídico en materia de APP se puede apreciar en materia del tratamiento tributario en España. Como tendré oportunidad de detallar,³ el ITP español está vinculado «al concepto “fiscal” de concesión»⁴ que, con independencia del *nomen iuris* —el significante— que se emplee en el mecanismo, implica la transferencia del ejercicio de una actuación originalmente reservada al Estado que no en todos los casos provoca un desplazamiento patrimonial a favor de la empresa privada.

Las implicaciones de la nomenclatura en el modelo internacional y la tradición del *common law* no resultan tangenciales. En sus prácticas, hay que atenerse principalmente al contenido de las estipulaciones contractuales y se requiere extremada exactitud para su adecuada interpretación.⁵ Se espera que el contrato sea autosuficiente para regular la relación de las partes. En su contexto normativo basta una norma jurídica habilitante, que bien puede consistir en una autorización parlamentaria para la actuación, como ocurrió en el PFI inglés. Su implementación queda a la discreción de la Administración. Este criterio prima en los modelos regulatorios flexibles, como en el caso del Ecuador, donde las regulaciones sobre el contenido del contrato son escasas y se realiza un reenvío a los que se denomina las «mejores prácticas internacionales».

En contraste, los sistemas del *civil law* tienden a reducir los espacios de discreción en la adopción de decisiones de la Administración con abundantes reglas expedidas para abordar el mayor número de casos. El efecto en sistemas jurídicos como los

² Por ejemplo, cuando se considera la figura de las «prestaciones patrimoniales coactivas» y se consulta sobre el régimen constitucional que les aplica en España, es muy probable que el consultado considere iniciar su discurso con la reserva de ley prevista en el art. 31.3 de la Constitución española y, luego, exponga los casos y evolución del significado del sintagma a partir de la doctrina del Tribunal Constitucional. En Hispanoamérica, al hablar de derechos humanos, no nos hace falta mucho más que hacer una referencia al «control de convencionalidad» para enfocarnos en la Convención de San José, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

³ Ver *infra* capítulo V: Especialidades del régimen tributario aplicables a proyectos de APP

⁴ R. Falcón y Tella. *Régimen fiscal de la concesión de obra pública (IVA, ITPAJD, ICIO e IBI)*. Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 17 y 23. El cambio del alcance conceptual de ciertos términos, de acuerdo con el sistema normativo en el que se emplean, supone la aplicación de cierta autonomía de calificación. En el ámbito tributario es un asunto de intenso tratamiento. Ver, por ejemplo, C. García Novoa. «Las potestades de calificación y recalificación como mecanismos antielusorios en el Derecho español», en *Themis: Revista de Derecho*, núm. 51, pp. 159-169; R. Navas Vázquez. «Interpretación y calificación en Derecho Tributario», en *Comentarios a la Ley General Tributaria y Líneas para su Reforma. Homenaje a Sáinz de Bujaña*, vol. I. Madrid: IEF, 1991, pp. 396-397.

⁵ Es usual observar en los contratos basados en las prácticas angloamericanas, por ejemplo, extensas estipulaciones sobre la interpretación que las partes deben dar a términos contenidos en los contratos, en las que de modo explícito se restan efectos a los significantes y se asignan significados particulares a aquellos términos específicamente definidos en una suerte de diccionarios.

hispanoamericanos ha sido, en la práctica, que frente a la ausencia de una específica regla de conducta —pese a la existencia de una habilitación suficiente—, la autoridad evita adoptar cualquier decisión en un mal entendimiento del principio de legalidad administrativa.

Los países de tradición angloamericana suelen preferir nominar a sus contratos de APP en función del rol que asignan al gestor privado y una combinación de otros criterios, tales como, el énfasis dado a alguno de los componentes del proyecto o la secuencia de las actividades en su desarrollo. De esta práctica surgen, por ejemplo, denominaciones tales como «BOT» que describe las principales obligaciones del contratista: construcción, operación y transferencia.⁶

En los países con sistemas fundados en la tradición romano-germánica, la nomenclatura que se emplea para identificar los actos o contratos de los que se desprende una APP corresponden a la empleada en el sistema jurídico que los tipifica o los habilita, según el nivel de regulación en cada caso. España, por ejemplo, entre los tipos de contratos de los que se puede servir la Administración pública para la ejecución de proyectos destinados a la construcción de obras consta el denominado «contrato de concesión de obras públicas». Junto a este contrato, en España se incluye, bajo el régimen concesional, el contrato de concesión de servicios y, hasta el año 2017, por separado y siguiendo el leguaje originado en la Unión Europea, el «contrato de colaboración público-privada»; cada uno de ellos, un contrato administrativo y típico. En Chile y Costa Rica se mantuvo el lenguaje de su sistema tradicional, aunque se han producido varias reformas en su régimen de concesiones alineadas con las tendencias de regulación de las APP. A excepción de estos países, en la mayor parte de Hispanoamérica se ha preferido mudar la nomenclatura y, con nuevo ropaje, ajustarse al modelo internacional con el que —se promete— es posible alcanzar proyectos exitosos.⁷

3. Las APP desde la perspectiva internacional

No existe un consenso internacional sobre la definición de APP;⁸ pero más importante aún es que no hay un punto de vista unitario acerca de la naturaleza jurídica de la relación que se origina a través de una APP.

⁶ También están: DBFOM (diseño, construcción, financiación, operación y mantenimiento), DBFO (diseño, construcción, financiación y operación), DCMF (diseño, construcción, gestión y financiación), O&M (operación y mantenimiento), BOOT (construcción, propiedad, operación y transferencia), BOT (construcción, propiedad y transferencia), BOO (construcción, propiedad y transferencia) BTO (construcción, transferencia y operación), ROT (rehabilitación, operación y transferencia), RLT (rehabilitación, renta y transferencia), BROT (construcción, rehabilitación, operación y transferencia) o BLT (construcción, renta y transferencia).

⁷ Se debe señalar, no obstante, que las variaciones en la nomenclatura también ha sido objeto de disputas. En Argentina y Ecuador, por ejemplo, se mantiene junto con las nuevas regulaciones para APP, como contrato típico la tradicional concesión. Esta diferenciación terminológica, en Ecuador ha sido útil para que órganos públicos busquen distanciarse de reglas de control específicas aplicables a todo tipo de relación jurídica que suponga la gestión indirecta de un servicio público.

⁸ Sobre la relevancia de las definiciones jurídicas y la teoría subyacente, ver H. Rickert, *Teoría de la definición* [trad. L. Villoro], México, UNAM, 1960.

Esta situación está vinculada también con el hecho de que las APP son, en la actualidad, un espacio de intersección entre las distintas tradiciones jurídicas occidentales (*common law* y el *civil law*) y, por supuesto, incluso desde la misma línea romano-germánica, las familias de sistemas jurídicos inspirados en la doctrina francesa y aquellas que encuentran sus raíces en los planteamientos alemanes, tienen aproximaciones distintas al problema.

El modelo internacional reconoce esta situación de obscuridad. Así, por ejemplo, la expresión empleada en el ámbito de la UE para referirse a este objeto institucional es «colaboración público-privada». Al tiempo en que afirman, como en casi toda la literatura sobre el tema, que la figura no tiene una definición común, con la expresión se busca hacer referencia a «las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio».⁹

Casi todas las aproximaciones que buscan definir positivamente una APP, en realidad, únicamente presentan ciertos elementos o notas característicos de varios casos estudiados que son presentados ahora como integrantes de un conjunto homogéneo denominado APP. Los casos calificados de exitosos proveen las pautas de identificación de las mejores prácticas en materia de APP que construyen el modelo internacional.

Otro método que se ha empleado para alcanzar una definición de APP ha sido mediante la diferenciación de lo que se estima —previamente— como APP con otras figuras jurídicas que, de algún modo, presentan características similares o que la Administración las utiliza con el mismo propósito que una APP: se trata de una aproximación por exclusión.

Así, por ejemplo, el BM, el BID y BAD pese a que también consideran que «[n]o existe una única definición aceptada internacionalmente de «Asociación Público-Privada»,¹⁰ estiman, por ejemplo, que los contratos de gestión, los de diseño y construcción y los de arrendamiento financiero, aunque tienen en común con una APP ciertas características, no pueden ser considerados en su ámbito.¹¹ Desde la perspectiva internacional, no corresponde a contratos APP, pese a que comparten algunas de las notas características de la definición propuesta en este modelo, al menos, los siguientes:

- Los contratos de gestión, aunque incluyan indicadores de desempeño y requisitos similares a las APP, cuando son de corto plazo, la retribución del gestor privado no depende de tales indicadores, sino de multas, o no involucran inversiones de capital.¹²

⁹ [UE] Libro verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones, COM(2004) 327 [30.4.2004].

¹⁰ BM, BAD y BID. *Asociaciones Público-Privadas: Guía de Referencia*, versión 2.0. Washington: BM, 2014, p. 24.

¹¹ BM, BAD y BID. *Asociaciones Público-Privadas: Guía de Referencia*, versión 2.0. Washington: BM, 2014, p. 24.

¹² E. Groom, J. Halpern y D. Ehrhardt. *Explanatory Notes on Key Topics in the Regulation of Water and Sanitation Services*, BM: Washington, 2006, pp. 36-42. [Documento de debate del comité del sector de suministro y saneamiento de agua, núm. 6].

- Los contratos denominados «llave en mano» (EPC) porque, aunque estén sujetos a indicadores, los riesgos transferidos al gestor son los usuales de cualquier otra obra, excepto por el diseño incorporado a las prestaciones debidas.
- Lo mismo ocurre en el caso de los contratos de arrendamiento financiero que, aunque involucren un traslado de cierto riesgo en materia financiera, ninguna relación tienen con los riesgos propios de su operación.

Hay muchas formas de colaboración entre los sectores público y privados que no corresponden a la noción de APP, porque en ninguna de ellas hay una delegación de gestión, como competencia de la Administración. Las actividades voluntarias de colaboración con las políticas públicas emprendidas en sectores, tales como salud o educación; la financiación de actividades públicas con sentido filantrópico; ejecución de proyectos conjuntos de investigación e innovación; la intervención pública para el desarrollo de actividades propias del sector privado, son todos casos que se señalan como colaboraciones público-privadas que no caen dentro de una APP.

Ninguno de estos factores tiene relevancia para calificar la naturaleza jurídica de la institución.

Como se puede apreciar, pese a que se admite que es difícil hallar una calificación unitaria para las relaciones de APP, el modelo internacional no evita presentar cierta generalización para calificar o excluir determinada forma de colaboración público-privada dentro del conjunto de las APP.

Desde la perspectiva de lo que denominamos el modelo internacional, hemos señalado ya que una APP es «[u]n contrato a largo plazo entre una parte privada y una entidad pública, para brindar un activo o servicio público, en el que la parte privada asume un riesgo importante y la responsabilidad de la gestión, y la remuneración está vinculada al desempeño».¹³ Este criterio es empleado por el BM, el BID y el BAD.

Esta definición caracteriza el negocio jurídico con el que se instrumenta la relación entre la Administración y el gestor privado, el objeto del proyecto público (la generación de un activo y/o la prestación de un servicio), el marco de la relación en la distribución de riesgos, la trascendencia del tiempo en la modalidad de gestión (es una relación de largo plazo) y la fórmula de retribución vinculada con factores variables atribuibles a la manera en que se desarrolla la gestión encomendada al empresario privado (remuneración en función del desempeño).

La definición no excluye y no dificulta que sean concebidos en su extensión, especificaciones, tales como, la posibilidad de que los activos sean nuevos o antiguos, la retribución variable pueda provenir del usuario de los servicios vinculados con los activos o de la Administración, o que los riesgos trasladados al sector privado estén vinculados con los componentes integrados del proyecto, tales como, el diseño, financiación y construcción, operación y mantenimiento. Aunque parece que la banca multilateral condiciona la existencia de una APP en que estén involucrados «activos de larga duración que coincidan con el largo plazo del contrato de APP».¹⁴ Es decir, bajo esta consideración, no sería APP la concesión de servicios públicos en el esquema español.

¹³ BM, BAD y BID. *Asociaciones Público-Privadas. Guía de Referencia*, v. 2.0, Washington: BM, 2004, p. 14

¹⁴ BM, BAD y BID. *Asociaciones Público-Privadas. Guía de Referencia*, v. 2.0, Washington: BM, 2004, p. 14

La ONU señala que el objetivo de una APP es la financiación, diseño, implementación y operación de facilidades y servicios públicos, donde los principales elementos que las caracterizan son: (a) la provisión de servicios de largo plazo; (b) la transferencia de riesgos al sector privado; y, (c) la forma contractual de la relación entre el socio privado y el sector público.¹⁵ Observan que la participación del sector privado consiste precisamente en que de él se obtiene el capital (aspecto financiero) y las habilidades para llevar adelante un proyecto dentro del tiempo y el presupuesto considerado (eficiencia). El sector público, por su parte, retiene la obligación de garantizar la provisión del servicio al público, dentro de los objetivos de mejorar la calidad de vida y las condiciones de desarrollo de la comunidad.¹⁶

Para la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), las APP «son acuerdos contractuales a largo plazo entre el gobierno y un socio privado mediante el cual este último presta y financia servicios públicos utilizando un activo de capital, compartiendo los riesgos asociados».¹⁷ En este tipo de acuerdos los objetivos públicos (en relación con la prestación de los servicios) se tienen que alinear con aquellos que corresponden al interés privado, lo que se alcanza con la distribución adecuada de los riesgos del proyecto. La Administración determina la calidad y cantidad del servicio y al gestor privado le corresponde diseñar, construir, financiar, operar y administrar la infraestructura destinada a la provisión del servicio, ya proveyendo la facilidad al servicio de la misma Administración o del público de manera directa. La agrupación o integración de los componentes del proyecto (construcción, operación y mantenimiento) es fundamental en una APP. Desde la perspectiva de los flujos del proyecto, estos pueden provenir de la misma Administración o de los usuarios del servicio asociado a la infraestructural una combinación de estos esquemas.

De la caracterización ofrecida por la OCDE se excluyen otras específicas fórmulas de colaboración entre los sectores público y privado para alcanzar objetivos de contenido público. Aunque incorpora el concepto de concesión, no corresponde al caso de una APP las denominadas concesiones demaniales o licencias de uso de bienes públicos. Por ejemplo, las concesiones mineras. No están en el ámbito de las APP, los contratos de obra pública tradicional, aunque sea el sector público el pagador, porque la contraprestación ha de depender de los niveles de servicio o la disponibilidad de la infraestructura, medidos a través de especificaciones de calidad y cantidad establecidas contractualmente. El mismo criterio puede ser empleado cuando las APP se financian con cargos a los usuarios. Las APP suelen emplear un instrumento empresarial a cargo del proyecto (vehículo de propósito especial —«VPE»—) que actúa como la contraparte del sector privado.

Las APP, desde la perspectiva pública, en ocasiones generan efectos presupuestarios y en otras no. Si el VPE es de propiedad pública y por esta razón se le

¹⁵ Cfr. [ONU] Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa. *Guidebook on Promoting Good Governance in Public-Private Partnerships*. Ginebra: United Nations Publications, 2008, p. 1.

¹⁶ Cfr. [ONU] Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa. *Guidebook on Promoting Good Governance in Public-Private Partnerships*. Ginebra: United Nations Publications, 2008, p. 1.

¹⁷ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). *Recommendation of the Council on Principles for Public Governance of Public-Private Partnerships*, París: OCDE Publishing, 2012 [s/p]. Un desarrollo previo en el mismo sentido ver, Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). *OECD Principles for Private Sector Participation in Infrastructure*, París: OCDE Publishing, 2007.

atribuye la calificación de integrante del sector público (o, en ciertos casos, una Administración pública), el proyecto tiene impacto en las cuentas públicas. Como uno de los objetivos de emplear la modalidad de APP en la gestión de un proyecto es sacarlo del presupuesto público, los VPE se crean y organizan para este propósito, «poniendo en peligro el control y la supervisión fiscal».¹⁸

La OCDE también pone acento en la mayor eficiencia que se puede alcanzar en la prestación del servicio a través del uso del *know-how* del sector privado en una APP, frente a las formas tradicionales de gestión y contracción de medios para su provisión.

El FMI¹⁹ se refiere a las APP como la «transferencia al sector privado de proyectos de inversión que tradicionalmente eran ejecutados o financiados por el sector público», de donde se extrae que una APP se caracteriza: (a) la existencia de un proyecto de inversión; (b) la titularidad de la actividad a cargo de la Administración; y, (c) su transferencia al sector privado. No obstante, esta aproximación es todavía parcial. En su marco, se trata de fórmulas utilizadas para reorientar el papel del sector público en la economía. Se caracterizan por su enfoque en el resultado o «output» del servicio público y no en el «input» o activo específico.²⁰

La expresión empleada en el ámbito de la UE es «colaboración público-privada». Se reconoce que la figura tampoco tiene una definición uniforme, aunque con ella se busca hacer referencia a «las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio».²¹

En la UE se caracteriza a las APP del siguiente modo:²²

- Duración relativamente larga.
- El modo de financiación: el sector privado —mediante una estructuración compleja— lo garantiza, aunque el sector público puede intervenir y de manera significativa.
- El gestor privado participa de manera esencial en la ejecución del proyecto en todas sus etapas (integración o *bundling*)²³ y el la Administración le corresponde determinar los objetivos alineados al interés público y asegurar la calidad del servicio y establecer la política de precios.

¹⁸ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). *Recommendation of the Council on Principles for Public Governance of Public-Private Partnerships*, París: OCDE Publishing, 2012 [s/p].

¹⁹ Fondo Monetario Internacional. *Public-private Partnerships, Government guarantees and fiscal risk*, Nueva York: FMI, 2016.

²⁰ P. Leahy. «Lessons from the Private Finance Initiative in the United Kingdom», [Papeles de trabajo núm. 2], BEI, 2005.

²¹ [UE] Libro verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones, COM(2004)327 [30.4.2004], p. 3

²² [UE] Libro verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones, COM(2004)327 [30.4.2004], p. 3.

²³ Con el mismo concepto: M. Cañas, A. Sánchez, J. Vassallo y A. Castromán. «Modernización y conservación de carreteras mediante concesiones de peaje sombra», en *Estudios de Construcción y Transportes*, núm. 104, 2006, p. 87-101. Ver también M. Dewatripont y P. Legros. «Public-private partnerships: contract design and risk transfer», en *EIB Papers*, núm. 10 (1), 2005, pp. 120-145.

- Se reparten los riesgos²⁴ entre los participantes público y privado —en función de su capacidad para administrarlos— aunque ello no supone que «el socio privado asuma todos los riesgos derivados de la operación, ni siquiera la mayor parte de ellos».²⁵

La Comisión explica que el uso de la modalidad se ha intensificado como medio para recibir financiación privada, frente a las restricciones presupuestarias que, de hecho, o de Derecho, deben soportar los Estados miembros. A este factor se agrega la intención de obtener el *know-how* del sector privado (conocimientos y método de funcionamiento) para aplicarlo a la gestión de actividades públicas.²⁶

En el ámbito de la UE, se ha considerado a esta modalidad de gestión como una manifestación del cambio del rol del Estado en el ámbito económico: pasa de un gestor a un organizador, regulador y controlador.²⁷ Este es un aspecto ideológico que orienta las decisiones de política pública en la UE.

La resolución de Eurostat de 2004²⁸ agregó el componente más útil para los Estados Miembros que han visto en la fórmula un mecanismo para sacar de sus cuentas el coste de proyectos públicos: para que la inversión sea tratada como inversión privada y no una operación de financiación público para propósitos de las cuentas públicas, se necesita que al gestor privado se le transfiera el riesgo de la construcción y, al menos uno, de los riesgos operativos: el riesgo de demanda o el riesgo de disponibilidad del servicio.

El rol de la Administración sería únicamente la definición de objetivos de interés público y la supervisión del cumplimiento de los niveles de calidad y eficiencia exigidos.²⁹

Finalmente, en el modelo internacional se puede apreciar cierta confusión en el concepto de concesión,³⁰ en ocasiones para diferenciarlo de las APP y, en otras, para caracterizarlo como un tipo de APP.

Así, por ejemplo, la ONU³¹ considera que la concesión es una fórmula de APP, calificada por el hecho de que usualmente le corresponde al usuario el pago de la

²⁴ Cfr. M. Dewatripont y P. Legros. «Public-private partnerships: contract design and risk transfer», en *EIB Papers*, núm. 10 (1), 2005, pp. 120-145.

²⁵ [UE] Libro verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones, COM(2004)327 [30.4.2004], p. 3.

²⁶ [UE] Libro verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones, COM(2004)327 [30.4.2004], p. 3.

²⁷ [UE] Libro verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones, COM(2004)327 [30.4.2004], p. 3.

²⁸ [UE] Eurostat. *Resolución sobre déficit y deuda pública: Tratamiento de las PPPs*. Luxemburgo, 2004.

²⁹ Cfr. E. Yescombe. *Public Private Partnerships. Principles of Policy and Finance*. Oxford: Elsevier, 2007.

³⁰ Cfr. BM-PIAFF, *Participation in Infrastructure Projects Database* [en línea], [consulta: 08/08/2015]. Disponible: <http://ppi.worldbank.org>

³¹ Cfr. [ONU] Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa, *Guidebook on Promoting Good Governance in Public-Private Partnerships*, Ginebra: United Nations Publications, 2008, p. 1. Se sostiene que «[l]as concesiones, que tienen la historia más larga de financiación público-privado, están más asociadas con las APP. Al incorporar la gestión del sector privado, la financiación privada y los conocimientos del sector privado al sector público, las concesiones se han convertido en la forma más establecida de este tipo de financiación. Son acuerdos contractuales mediante los cuales el ente público otorga una instalación al sector privado, que luego opera la APP durante un cierto período de tiempo. A menudo, esto también significa construir y diseñar las instalaciones».

contraprestación por el servicio suministrado a través de la modalidad o, como lo ha explicado el BM, la concesión presupone la existencia de una infraestructura.³² A las concesiones les corresponden los contratos que integran la mayor parte de las funciones trasladadas al sector privado respecto de las infraestructura y el servicio asociado (diseño, financiación, construcción, operación y mantenimiento). El término «concesión», desde esta perspectiva, se emplea para diferenciar la fórmula contractual conforme a la cual le corresponde a la Administración pública el pago al gestor privado; el esquema típico sería el empleado en el Reino Unido, *i. e.*, aquel desarrollado dentro de la *Private Finance Initiative* (PFI).³³ Esta visión no corresponde a los regímenes que conservan la figura tradicional en el ámbito hispano, como España y Chile, donde las concesiones no están limitadas a la idea de que sea el usuario el único que genere los ingresos del proyecto o que se refiera a una obra preexistente.

Desde una caracterización de aquello que ordinariamente se califica como APP en el modelo internacional nos preguntamos,³⁴ en suma, ¿hay algo esencial que nos permita apartarnos de la tradición jurídica para afirmar una verdadera innovación institucional en España o Hispanoamérica? Así, intentamos examinar la realidad tomando como punto de partida los casos y notas características que se nos presentan como nuevas y definitorias en una APP, para ponerlos a prueba frente a nuestras instituciones tradicionales.

³² J. Delmon. *Understanding Options for Private-Partnership Partnerships in Infrastructure*. Washington: BM, 2010, p. 9.

³³ «Otro modelo se basa en la Iniciativa de Financiación Privada (PFI) del Reino Unido, que se desarrolló en el Reino Unido en 1992. Ahora ha sido adoptada por partes de Canadá, Francia, Países Bajos, Portugal, Irlanda, Noruega, Finlandia, Australia, Japón, Malasia, Estados Unidos y Singapur (entre otros) como parte de un programa de reforma más amplio para la prestación de servicios públicos. En contraste con el modelo de concesión, los esquemas de financiación están estructurados de manera diferente. Según los esquemas de PFI, los contratos financiados de forma privada para instalaciones públicas y obras públicas cubren los mismos elementos, pero en general son pagados, por razones prácticas, por una autoridad pública y no por usuarios privados (alumbrado público, hospitales, escuelas, carreteras con peajes en sombra, es decir, pagos basados en el volumen de tráfico, pagados por el gobierno en lugar de peajes). [...] Estos proyectos son otorgados por el gobierno central en forma de lo que se conoce como “créditos” de PFI. PFI no es solo una forma diferente de pedir dinero prestado; los préstamos son reembolsados durante el período del esquema PFI por el proveedor de servicios que está en riesgo si el servicio no se entrega de manera estándar. Luego, la autoridad local contrata a un socio para llevar a cabo el esquema y transfiere el control detallado, y en teoría el riesgo, en el proyecto al socio. Como resultado, el coste de este endeudamiento es más alto que el endeudamiento gubernamental normal (pero más barato cuando se tiene en cuenta una mejor gestión de los riesgos y la eficiencia de la prestación de servicios). Actualmente, no siempre aparece como endeudamiento en cuentas públicas; aunque la forma en que aparece en las cuentas públicas también puede estar cambiando». Cfr. [ONU] Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa, *Guidebook on Promoting Good Governance in Public-Private Partnerships*, Ginebra: United Nations Publications, 2008, p. 2.

³⁴ Hay cierta asunción de una postura deconstructivista del discurso de novedad y sofisticación que impera en el ámbito internacional, en el planteamiento que hacemos. «El deconstructivismo, que exige lecturas subversivas y no dogmáticas de los textos (de todo tipo), es un acto de descentralización, una disolución radical de todos los reclamos de “verdad” absoluta, homogénea y hegemónica». P. Krieger, «La deconstrucción de Jacques Derrida (1930-2004)», en *Anales del Instituto de Investigaciones Estéticas*, UNAM, v. XXVI, núm. 84, 2004, p. 182.

4. Aproximación a partir de definiciones legales de APP y tipos contractuales

(a) El contrato de concesión de obras y el contrato de concesión de servicios en España

Con la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, se incorporó al sistema jurídico español el contenido de las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y la adjudicación de contratos de concesión.³⁵

El art. 14 de la LCSP define el contrato de concesión de obras como un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de alguna obra —con el alcance determinado en el art. 13 *ibidem*— «incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos contruidos, y en el que la contraprestación a favor de aquel consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra en el sentido del apartado cuarto siguiente, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio».

El contrato de concesión de servicios se reincorporó en la legislación española a través de la LCSP, en lugar del contrato de gestión de servicio público en sus distintas modalidades.³⁶

El criterio delimitador entre un contrato de concesión de servicios y un contrato de servicios está en la determinación de quien asume el riesgo operacional en la provisión del servicio. Si es la Administración pública, se trata de un contrato de servicios, si lo es el gestor privado, se trata de un contrato de concesión de servicios. Por esta razón, se mantiene un régimen común para la prestación del servicio, particularmente, cuando el contrato de servicios se «refiera a un servicio público que presta directamente el empresario al usuario del servicio». Este régimen está previsto en el artículo 312 de la LCSP. En la medida en que, en el género de los contratos de servicios, los casos pueden ser muchos. Cuando se trata de «contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos», la norma referida dispone especialmente lo siguiente:

³⁵ [España] Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, BOE núm. 272, de 9 de noviembre de 2017.

³⁶ El contrato de gestión de servicios públicos era un contrato por el que la Administración encomienda la gestión de un servicio de su competencia a un empresario. Este contrato no era útil para efectuar los arreglos institucionales para la encomienda de gestión desde una Administración a otra entidad pública o a una empresa de titularidad pública. El contrato de gestión de servicios públicos era un caso de gestión indirecta del servicio público. Como la Administración le encomendaba al contratista que gestione un determinado servicio público, el caso implicaba la generación de una relación entre el empresario y el usuario por la utilización del servicios, que debía estar regulada por una norma específica del servicio; y, por otra, una relación entre la Administración y el empresario, regulada por el contrato de gestión de servicios públicos. Las modalidades del contrato de gestión de servicio público previstas en el art. 277 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, eran la concesión, la gestión interesada, el concierto y la sociedad de economía mixta.

- Se requiere, antes de proceder con la contratación, que la regulación del servicio que declare que la actividad es de titularidad de la Administración (*publicatio*), se fije el alcance del servicio a ser provisto y demás aspectos jurídicos, económicos y administrativos relativos a la prestación del servicio.
- El gestor privado queda sujeto a prestar el servicio de acuerdo con el régimen establecido y garantizar el buen orden, continuidad y calidad acordadas, el derecho a su acceso a cambio de la contraprestación fijada, a indemnizar por los daños causados a terceros y a entregar las obras e instalaciones a que esté obligado en adecuado estado de conservación y funcionamiento.
- Los bienes afectos a los servicios no podrán ser objeto de embargo.
- La Administración puede resolver el secuestro o intervención del contrato, si el gestor hubiese incumplido el contrato por «perturbación grave y no reparable por otros medios», sin perjuicio de su obligación de reparar los daños ocasionados.
- La Administración está habilitada a ejercer sus poderes de policía para asegurar la buena marcha de los servicios.
- En principio, la provisión del servicio por parte del gestor debe efectuarse en instalaciones distintas de los que son de la Administración, y cuando esto no sea posible, se buscará evitar la confusión del personal bajo dependencia del gestor y sus medios, respecto del de la Administración.
- Además de las causas generales de resolución del contrato,³⁷ también lo son³⁸ el embargo de los bienes afectos al servicio, el rescate del servicio, su supresión o el secuestro o intervención por un plazo superior a tres años.³⁹

En los dos casos, además de la encomienda de la obra o del servicio público en sí mismo al contratista, lo que resalta de los contratos de concesión españoles es el modo de configurar la retribución de concesionario: el traslado de uno de los riesgos operacionales, acompañado o no de un precio a cargo de la Administración.

(b) Tratamiento conceptual en los sistemas jurídicos hispanoamericanos

Según se ha señalado previamente, no existe un criterio común con el que se defina una APP en los ordenamientos jurídicos de Hispanoamérica⁴⁰. De hecho, en

³⁷ Las causales generales de resolución del contrato de servicios están previstas en [España] LCSP, art. 313.1 («a) El desistimiento antes de iniciar la prestación del servicio o la suspensión por causa imputable al órgano de contratación de la iniciación del contrato por plazo superior a cuatro meses a partir de la fecha señalada en el mismo para su comienzo, salvo que en el pliego se señale otro menor.- b) El desistimiento una vez iniciada la prestación del servicio o la suspensión del contrato por plazo superior a ocho meses acordada por el órgano de contratación, salvo que en el pliego se señale otro menor.- c) Los contratos complementarios quedarán resueltos, en todo caso, cuando se resuelva el contrato principal»). Además de las específicas previstas para los contratos de servicios, las comunes para todo contrato administrativo están previstas en el art. 211 *ibidem*.

³⁸ [España] LCSP, art. 294, causales c), d) y f).

³⁹ [España] LCSP, art. 263.3.

algunos casos no existe tal definición legal, sino la incorporación de algunas de las novedades técnicas e instrumentales en sus sistemas jurídicos o en las figuras contractuales típicas y tradicionales como la concesión.

En el Salvador, por ejemplo, se define al «contrato de asocio público privado» como el «acuerdo suscrito entre una o más instituciones contratantes del Estado y el participante privado, que tiene por objeto [...] la provisión de infraestructura y la prestación eficiente de servicios públicos, de interés general, y otros de carácter privado complementarios a éstos».⁴¹

Uruguay define, a los que denomina «contratos de participación público-privada», como «aquellos en que una Administración Pública encarga a una persona de Derecho privado, por un período determinado, el diseño, la construcción y la operación de infraestructura o alguna de dichas prestaciones, además de la financiación».⁴²

México, por su parte, define a las APP como «proyectos» y son aquellos que se realizan con cualquier esquema para establecer una relación contractual de largo plazo, entre instancias del sector público y del sector privado, para la prestación de servicios al sector público, mayoristas, intermedios o al usuario final y en los que se utilice infraestructura provista total o parcialmente por el sector privado con objetivos que aumenten el bienestar social y los niveles de inversión en el País».⁴³

En estos ejemplos se puede apreciar (a) la producción de una relación jurídica entre la Administración y el gestor privado; (b) el propósito de esta relación: la implementación de un proyecto que es de interés público; (c) el modo de instrumentar la relación: un contrato; y, (d) la idea de que se está efectuando un encargo de actividad pública.

En el Ecuador se ha incorporado recientemente en el ordenamiento jurídico una definición normativa, con ocasión de la introducción de ciertos incentivos de carácter institucional, especialmente tributario, para promover la participación privada en la ejecución de proyectos públicos bajo la modalidad de una APP:

Se define por asociación público-privada la modalidad de gestión delegada por la que el Gobierno Central o los GAD encomiendan al gestor privado, la ejecución de un proyecto público específico y su financiación total o parcial, para la provisión de bienes, obras o servicios a cambio de una contraprestación por su inversión, riesgo y trabajo, de

⁴⁰ [El Salvador] Ley Especial de Asocios Público Privados 379, de 23 de mayo de 2013, Diario Oficial 102, de 5 de junio de 2013.

⁴¹ Chile ha mantenido su régimen de concesiones vigente desde 1964 (Ley 15840 [Aprueba organización y funciones del Ministerio de Obras Públicas], de 2 de noviembre de 1964, publicada en el Diario Oficial de 9 de noviembre de 1964), aunque, naturalmente, ha efectuado las reformas que ha estimado convenientes para adaptar su sistema a las necesidades de cada momento. El Decreto 900 [Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL MOP 164, de 1991 Ley de Concesiones de Obras Públicas], de 31 de octubre de 1996, publicado en el Diario Oficial de 18 de diciembre de 1996, ha sido reformado en los años 2010, 2011, 2012 y 2014, fundamentalmente, para introducir en el proceso la evaluación sobre rentabilidad social, redefinir factores de adjudicación, fortalecer la capacidad de dirección contractual del Estado, regular la renegociación de los contratos, organizar la resolución de controversias e introducir del Consejo de Concesiones.

⁴² [Uruguay] Ley 18786, art. 2.

⁴³ [México] Ley de Asociaciones Público Privadas, de 15 de enero de 2012, DOF de 16 de enero de 2012.

conformidad con los términos, condiciones, límites y más estipulaciones previstas en el contrato de gestión delegada⁴⁴.

Las APP en el Ecuador, por tanto, implican la concurrencia de los siguientes elementos definitorios:

- Se trata de una forma contractual de delegación a la empresa privada de una competencia pública de gestión. El criterio es consistente con las previsiones del art. 76 del COA.
- Se refiere a un proyecto público específico, de modo que lo que se delega es un conjunto de actividades referidas un proyecto de interés público y no la potestad de gestión en sí misma. En el mismo sentido consta la regla del art. 75 del COA.
- El proyecto público se refiere a la provisión de bienes, obras o servicios a cargo de la entidad delegante. Se presupone que la competencia material está asignada al órgano o entidad como competencia exclusiva o concurrente.
- La participación de la empresa privada incluye necesariamente la financiación, total o parcial, del proyecto cuya ejecución se delega, con independencia de las restantes actividades delegadas.
- La empresa privada tiene derecho a percibir una contraprestación por su inversión, riesgo y trabajo.
- La distribución de riesgo y beneficios y, por tanto, la determinación de los derechos y obligaciones de las partes, están fijados especialmente en los contratos de gestión delegada.

En la definición del sistema ecuatoriano la identificación de que se efectúa una delegación de actividad pública, la que corresponde para la gestión del proyecto del que se trate, es el dato que quiero enfatizar.

Partiendo de la idea de que en el sistema ecuatoriano las APP están calificadas explícitamente como una forma de delegación por contrato al gestor privado de una específica actividad pública, conviene observar en su contexto que formas contractuales están contempladas como tipos del contrato de gestión delegada.

Los contratos de gestión delegada, en el Ecuador, pueden adoptar distintas formas jurídicas. Así, el tercer inciso del art. 100 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (el «COPCI») determinó que las modalidades de delegación pueden consistir en la concesión, alianza estratégica u otras formas contractuales de acuerdo con la ley, observando, para la selección del delegatario los procedimientos de concurso público determinados en el reglamento, salvo cuando se trate de empresas de propiedad estatal de los países que formen parte de la comunidad internacional.

Por otra parte, pese a la previsión de una variedad de formas que puede adoptar una APP de conformidad con el art. 100 del COPCI, el art. 4 del Decreto 810 las formas contractuales se reducen a la concesión.

En el sistema jurídico ecuatoriano, se define a la concesión, sin embargo, de una manera similar a la señalada por el BM, *i. e.*, como «una modalidad de delegación, por parte del Estado, que tiene por objeto transferir la facultad de proveer y gestionar de manera integral un servicio a la iniciativa privada o a la economía popular y solidaria,

⁴⁴ [Ecuador] Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera («LIAPP»), publicada en el Registro Oficial (Suplemento) núm. 652, de 18 de diciembre de 2015, art. 8.

bajo un esquema, de exclusividad regulada, a través de la planificación, gestión técnico operacional, financiación, construcción, ampliación, rehabilitación, mejoramiento o conservación de infraestructuras, facilidades y equipamientos estatales preexistentes».

C. TRADICIÓN Y EVOLUCIÓN DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS QUE REGULAN LAS APP EN ESPAÑA E HISPANOAMÉRICA

1. Antecedentes remotos de la delegación de la gestión pública a la empresa privada

Un hecho reconocido es que la participación privada en la gestión de proyectos públicos, destinados a la construcción de obras de infraestructura física o la prestación de servicios públicos, no es novedosa en la tradición latina.⁴⁵

Durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, y cuando el servicio público era concepto central del Derecho administrativo, muchos de los servicios urbanos, tales como el agua, la electricidad o la telefonía, se prestaron a través de la gestión privada, compensada mediante el pago de tarifas por parte de los usuarios directos.⁴⁶

Con los elementos conceptuales contemporáneos, cada país ha revisado su Historia para descubrir que la ejecución de algunas de sus obras más importantes, bien podían haber sido consideradas hoy como una APP.⁴⁷ Veamos algunos ejemplos.

⁴⁵ En el Imperio Romano, la construcción de puentes o el abastecimiento del agua son actividades que estuvieron encomendadas a contratistas privados. En Roma se distinguían los *singulorum utilitas*, servicios para el disfrute de las partes del acuerdo de provisión y los *utilitatis communione*, o sea, aquellos comunes a las personas que integran la comunidad, en sentido similar al derecho de todos a disfrutar de los bienes públicos. Los servicios comunes era gestionados por sociedades de publicanos, con tratamiento especial, las *societas publicanorum*. Los publicanos, inicialmente, estaban a cargo de la recaudación de tributos y, luego, miembros adinerados de la sociedad, fueron adjudicatarios de una concesión para la realización de actividades públicas. En ausencia de recursos financieros —empleados especialmente para las guerra de expansión—, el Imperio trasladaba la gestión de un servicio a su cargo, a cambio de un precio, para que el adjudicatario luego pueda explotarlos libremente. La concesión se hacía mediante una subasta a cargo del representante del gobierno, el censor; y, el manceps, representante de la sociedad de publicanos, conocedor de las condiciones de la subasta —publicadas en el Tabule Censoriae) ofertaba el precio. Su plazo era en promedio de 4 o 5 años. En la Edad Media también se suele señalar como ejemplo relevante de concesiones el hecho de que toda la campaña colonialista de los siglos XVII y XVIII se desarrolló en un esquema de concesión. Cfr. E. Zoller. *Introduction to Public Law: A Comparative Study*. [s. l.] Brill, 2011, p. 6; E. Pendón. *Régimen jurídico de la prestación de servicios públicos en el Derecho Romano*. Madrid: Dykinson, 2002; A. Fuertes. «Fundamentos de la colaboración público-privada para dotación de infraestructuras y servicios», en *Revista de derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red*, núm. 29, 2007, p. 48; y A. Casares. «Análisis del marco general, estado actual y perspectivas de las fórmulas de colaboración público-privada con especial referencia a la comunidad de Castilla y León», en *Estado actual y perspectivas de la colaboración público-privada* [dir. T. Quintana], Valladolid, Consejo Económico y Social de Castilla y León, 2010, [Colección de Estudios núm. 14].

⁴⁶ Cfr. C. Jacobson y J. Tarr. *Ownership and Financing of Infrastructure: Historical Perspective*, Policy Research Working Paper núm. 1446, BM, 1995. En este estudio los autores hacen un análisis de la situación de la propiedad y la financiación de obras de infraestructura pública, en los distintos niveles de gobierno, en Francia, Gran Bretaña y Estados Unidos.

⁴⁷ Por ejemplo, se ha reportado que en los Estados Unidos de América, Richard Thurley estuvo a cargo del diseño, financiación, construcción, operación y mantenimiento del puente sobre el río Newbury, y

En Argentina, en 1906, Mariano Obarrio estuvo a cargo del establecimiento de los servicios de agua en provincia de Buenos Aires, en Avellaneda y Lomas de Zamora. Su retribución estuvo vinculada a la explotación del servicio, y la autoridad — Departamento de Ingenieros— mantuvo las responsabilidades de regular el servicio y supervisar la calidad de su prestación. La concesión fue otorgada mediante Ley 2981.⁴⁸

La The Costa Rica Electric Light and Traction Company Limited, la Compañía Nacional de Electricidad y la Compañía Nacional Hidroeléctrica, Sociedad Anónima, y otras compañías, desde la década de los veinte del siglo pasado en Costa Rica, fueron concesionarias de servicios de electricidad, teléfonos y de tranvía. Mediante Ley núm. 2, de 8 de abril de 1941, asumieron el monopolio de estos servicios, a través de la denominada «Compañía Sucesora»,⁴⁹ que debía ser una compañía local.⁵⁰

El general Eloy Alfaro Delgado (1842-1912), décimo quinto presidente del Ecuador, en 1987, encomendó la actualización de los estudios, la ejecución de la obra principal y otras de rehabilitación y la operación del Ferrocarril Interandino al norteamericano Archer Harman y sus asociados, quienes además financiaron el total de los costes de la obra. El país asumió una deuda por una porción del valor financiado y, en otra, el señor Harman debía recuperar su inversión, a través de la obtención del 7 % de las utilidades originadas en la operación del ferrocarril a través de una compañía estructurada en los Estados Unidos de América específicamente para este propósito.⁵¹ En el contrato se lee:

Art. 1°. Archer Harman, por sí y en representación de sus asociados, organizará una Compañía de Ferrocarril en los Estados Unidos de América, la que se compromete á tomar á la par las acciones y el Stock preferido que en adelante se mencionan y describen; á proporcionar el dinero en oro de los Estados Unidos de la misma ley y peso en uso actualmente, y construir el Ferrocarril de vía permanente, desde el puente de Chimbo hasta Quito; poner en buen estado de servicio el que existe entre Durán y Chimbo, y hacer, además, la conexión conveniente entre Durán y Guayaquil, con una estación principal en la ribera

recibió como retribución el peaje a ser cobrado. Cfr. A. Smith. *America's first PPP toll bridge or, «Ye Olde PPP»* [en línea], [consulta: 22/07/2015]. Disponible: <http://www.ncppp.org/wp-content/uploads/2013/03/PS-June2011-YeOldePPP.pdf>

⁴⁸ V. Cáseres y A. Carbayo. «La concesión del servicio de agua y saneamiento en la provincia de Buenos Aires, Argentina (1999-2006)», en *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones «Ambrosio L. Gioja»* [en línea], Año VII, núm. 11, 2013, p. 10, [consulta: 25/07/2015]. Disponible: http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0011A007_0003_investigacion.pdf

⁴⁹ La conformación de la Compañía Sucesora se describe en el contexto de la crisis liberal, bajo el gobierno de Calderón Guardia (1900-1970). Cfr. J. Salazar. *Crisis liberal y estado reformista: análisis político-electoral (1914-1949)*, San José: Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2003, p. 194.

⁵⁰ [Costa Rica] Ley 2, de 8 de abril de 1941, con la que se ratifica el contrato celebrado entre el Servicio Nacional de Electricidad y el señor Myron G. Reed, publicado en *Colección de Leyes y Decretos*, 1941, t. 1, p. 169.

⁵¹ «5.250.000 oro que toman a su cuenta y riesgo el Sr. Harman y sus asociados para colocarlos en acciones de un Stock, que denominan ellos de preferencia, comprometiéndose á consignar el valor efectivo, en poder de la Compañía del Ferrocarril, sin garantía alguna de cuenta del Gobierno, y conformándose tan sólo con un dividendo de 7 % al año, que empezará á hacer efectivo cuando el Ferrocarril en explotación deje utilidades». [Ecuador] Mensaje del Sr. Presidente de la República a la Convención Nacional, remitiendo el Contrato del Ferrocarril de Guayaquil y Quito, Registro Oficial 389, de 11 de junio de 1987.

del río del lado de Guayaquil; incluyendo estaciones, buen material rodante, y muelles y factorías en Guayaquil para el servicio exclusivo del Ferrocarril.⁵²

Tal como ocurre ahora, la elección de la modalidad de gestión de la obra y el servicio público vinculado no estuvo exenta de vicisitudes. Resulta paradójico constatar que la imagen y obra de Alfaro es empleada por los partidos políticos autodenominados progresistas en el Ecuador, al tiempo que niegan la «justicia» de la modalidad de gestión y financiación que tratamos en este estudio. Lo cierto es que las APP son instrumentos de gestión y financiación, uno más de los disponibles, con independencia del uso ideológico, su empleo correcto o incorrecto, de quien las promueve. Como hemos tenido la oportunidad de presentar, las reivindicaciones políticas de lo público en relación con la intervención de la empresa privada en su gestión resultan irrelevantes en el análisis sistemático de lo jurídico que proponemos, aunque son una constante en el debate. No obstante, al margen del sistema jurídico o incluso autorizado por él,⁵³ las consecuencias de la adopción de una u otra modalidad de gestión y financiación de la actividad pública determina la reacción de la comunidad, alentada por el discurso de coyuntura. En efecto, poco tiempo antes de su muerte, Alfaro escribió desde Panamá a su secretario privado:

Todavía recuerdo con indignación que el Congreso de 1898 levantó la bandera de la insurrección contra el contrato ferrocarrilero, calificándolo de pretexto para saquear a la Nación, sin perjuicio de calificarme de traidor a la Patria, porque de esa manera iba a entregar el país a los yanquis, aseguraban y, sobre todo, que con su anulación se salvaba la santa religión de nuestros mayores.⁵⁴

En materia de transporte ferroviario, en Bolivia, a inicios del siglo pasado, se produjo una historia similar a la experiencia ecuatoriana. Fue durante el gobierno de Ismael Montes (1861-1933).⁵⁵

En Nicaragua, a finales del siglo XIX, consta la concesión otorgada por el Congreso para el suministro de agua en Managua, con un pago diferido a cargo de la Administración, referido al nivel de servicio a ser suministrado por el gestor privado.⁵⁶

Todos estos casos ejemplificativos reflejan aquellas características que ahora, en el modelo internacional, se sistematizan y se presentan como mejores prácticas de una APP: el gestor privado asume la ejecución del proyecto público por encargo de la Administración pública, toma determinados riesgos (tradicionalmente los que

⁵² [Ecuador] *Contrato del Ferrocarril de Guayaquil y Quito* [9 de junio de 1897], Registro Oficial 389, de 11 de junio de 1987.

⁵³ Me refiero al derecho de resistencia que en algunos sistemas jurídicos aparece de modo explícito. Por ejemplo, el art. 98 de la Constitución ecuatoriana determina: «Los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos».

⁵⁴ «Historia del ferrocarril de Guayaquil a Quito» [Carta a Angel Barrera, de 28 de octubre de 1911], en *Los últimos días de Alfaro: documentos para el debate* [en línea], Cuaderno 5, El Comercio, [consulta: 23/07/2015]. Disponible: http://especiales.elcomercio.com/2012/01/eloy_alfaro/docs/Los_ultimos_dias_de_Alfaro_cuaderno5.pdf

⁵⁵ L. Gómez. *Gobierno Liberal de Ismael Montes y el transporte ferroviario* [en línea], [consulta: 09/08/2015]. Disponible: <http://www.ferrocarrilesbolivia.com/clientes>

⁵⁶ [Nicaragua] Decreto por el que se otorga una concesión a la Compañía Aguadora de la Capital, de 27 de abril de 1887, publicado en La Gaceta No. 18, de 30 de abril de 1887.

corresponden al emprendimiento), financia el proyecto y recibe, para obtener su retribución, los ingresos derivados del usuario o de la misma Administración.

De cuanto se ha expuesto, es difícil sostener que en España e Hispanoamérica haya algún cambio paradigmático en los arreglos institucionales para alcanzar la participación de la empresa privada en la gestión de los asuntos de competencia pública. Las variaciones operadas en los sistemas jurídicos que corresponden a nuestra tradición responden, como se revisa en este documento, a la intervención cada vez más intensa de organizaciones internacionales y el efecto homogeneizador de los estándares que determinan el diseño de un proyecto público que merece ser calificado como financiable en cualquier parte del mundo. En un contexto global, la competencia para captar los medios financieros para el desarrollo de la infraestructura pública se ha hecho evidente en las reformas legislativas que exponemos en estas líneas.

2. El private finance initiative (PFI) inglés: antecedente de la nueva ola

Se sostiene que cuando el programa de APP se estructura bajo criterios de eficiencia y una buena relación calidad-precio, con un enfoque hacia la satisfacción de las necesidades de los destinatarios es posible alcanzar los beneficios de los proyectos de APP.⁵⁷ Este ha sido el discurso que alentó la implementación de programas específicos en el Reino Unido para conseguir la participación de la empresa privada en la gestión pública.

En la década de los ochenta, se ubica el hito inicial de las APP contemporáneas, durante la gestión de Margaret Thatcher en Reino Unido. El mismo concepto, aunque con pocas aplicaciones, se trasladó a los Estados Unidos de América, durante el gobierno de Ronald Regan⁵⁸.

El proceso inició con la privatización de empresas públicas, esto es, el traslado a una empresa privada de la actividad y/o los activos originalmente públicos. A juicio de sus defensores⁵⁹ el mecanismo, al que se agregan las fuerzas reguladoras del mercado, especialmente financiero, contribuyó para alcanzar cambios positivos en sectores como las telecomunicaciones y el suministro de agua.

Junto a la privatización, el gobierno impulsó contratos tipo *outsourcing* (servicios por licitación pública) con el propósito de encomendar a operadores del sector privado la prestación de servicios con objetos como la limpieza o la recolección de residuos. En

⁵⁷ Cfr. S. Harris. «Alianzas público-privadas: cómo prestar mejores servicios de infraestructura», en J. Benavides [ed.], *Recuperación de la inversión en infraestructura en América Latina y el Caribe*, Washington: BID, 2004, pp. 85-108. [Documentos seleccionados de la Serie de Conferencias del BID sobre Infraestructura, 2004].

⁵⁸ Cfr. D. Seader. *The US experience with Outsourcing, privatization and public-private partnership* [en línea], [consulta: 22/07/2015]. Disponible: <http://www.researchgate.net/publication/228581256_The_United_States'_Experience_with_Outsourcing_Privatization_and_Public_Private_Partnerships>.

⁵⁹ Cfr. S. Harris. «Alianzas público-privadas: cómo prestar mejores servicios de infraestructura», en J. Benavides [ed.], *Recuperación de la inversión en infraestructura en América Latina y el Caribe*, Washington: BID, 2004, pp. 85-108. [Documentos seleccionados de la Serie de Conferencias del BID sobre Infraestructura, 2004].

la misma modalidad se buscó la intervención de la empresa privada en servicios auxiliares vinculados con servicios básicos, como la educación o la salud.

Paralelamente se vinieron empleando empresas de economía mixta para que operen como proveedores de la Administración pública, para facilitar la participación privada.

A los contratos de obra pública tradicionales, se agregó la obligación de diseño; se trata de los contratos EPC. De este modo, como un paso más en la evolución del sistema inglés, dentro de la Iniciativa de Financiamiento Privado (PFI, por sus siglas en inglés), se incorporaron los componentes de financiación y operación.

La Iniciativa de Financiamiento Privado en el ámbito del Reino Unido (1992) corresponde entonces a la tercera etapa de un proceso de reformas emprendidas por el gobierno británico para trasladar al sector privado responsabilidades originalmente encomendadas al sector público.⁶⁰ El PFI permitió la institucionalización de la partición privada en la gestión de la actividad público e intensificó su uso.⁶¹

Con ocasión del programa se abolió las normas que de alguna manera representaban un obstáculo para el uso de capital privado en la financiación de activos públicos. Es quizás esta circunstancia la que origina una constante referencia en los modelos y guías internacionales sobre la necesidad de adecuar el marco institucional de implementación de una APP.

El PFI fue la consecución de una estrategia enfocada a mitigar la presión sobre el gasto gubernamental, especialmente derivados de los criterios de convergencia del Tratado de Maastricht de la UE.

El gobierno laborista (1997) introdujo, luego, como objetivo principal del programa la prestación de mejores servicios públicos con la mejor relación calidad-precio en el largo plazo, variando el discurso sobre el tratamiento contable y su repercusión en los criterios de convergencia. En el 2004, el 58 % del pasivo de las APP del Reino Unido se encontraba en las cuentas públicas.⁶²

Con el diagnóstico realizado hasta aquella época se adoptó una serie de modificaciones e instrumentos técnicos, incluido un órgano especializado (*Treasury Taskforce*) para el desarrollo de la iniciativa extendiéndola a toda la Administración.

El enfoque del Reino Unido respecto de la participación privada como instrumento de financiación y como modelo de gestión de la actividad pública, luego fue trasladado hacia las instituciones de la UE, inicialmente como un estudio para

⁶⁰ Ver sobre la materia Commission for Architecture and the Built Environment. *Creating Excellent Buildings: A Guide for Clients*, Londres: CABE, 2003; [Reino Unido] HM Treasury. *PFI: Meeting the Investment Challenge*, Londres: HM Treasury, 2003; [Reino Unido] National Audit Office. *PFI: Construction Performance*, Londres: NAO, 2003; International Financial Services London. *Public Private Partnerships - UK Expertise for International Markets 2003* [en línea], [consulta: 31/01/2017]. Disponible: <http://www.ifsl.org.uk/uploads/APP%20report%202002.pdf>. J. Kee y J. Forrer. «Private Finance Initiative - The Theory behind the Practice», en *International Journal of Public Administration*, 31, 2008, pp. 151-167.

⁶¹ El Reino Unido ya contaba con proyectos de APP, como el puente de Skye Road, antes de la introducción de la PFI.

⁶² Cfr. [Reino Unido] HM Treasury. *PFI: Meeting the Investment Challenge*, Londres: HM Treasury, 2003.

determinar el modo de financiar las Redes Transeuropeas en el sector del transporte, con el informe Kinnok.⁶³

3. La influencia de la Unión Europea en el desarrollo de las APP en España

El potencial de las APP para contribuir en el desarrollo y crecimiento económico de la UE, en circunstancias de crisis financiera, ha sido objeto de debate en el seno de las instituciones europeas. En el contexto de las políticas comunes de la UE, en particular la libre competencia y el mercado interior, y de la tutela de las libertades básicas,⁶⁴ son, al menos, tres los temas que interesan ser considerados desde la perspectiva de comunitaria para aprehender adecuadamente el marco de las regulaciones determinantes de las APP: (a) la conceptualización de los servicios económicos de interés general y la liberalización de sectores de servicios públicos; (b) las reglas comunitarias referidas a los contratos públicos;⁶⁵ y, (c) el marco de sostenibilidad fiscal.

Con los criterios trazados a través de los referidos temas, la UE también ha buscado promover lineamientos que aporten estabilidad y claridad en la aplicación de la modalidad específica dentro de un estándar europeo, pero reconociendo los diferentes tratamientos que en materia de gestión delegada a la iniciativa privada se efectúan en los sistemas jurídicos de los Estados miembros.

En este apartado observamos los principales instrumentos comunitarios que con el tiempo han dando forma a las APP europeas, como referente necesario para ubicar y comprender las modificaciones legislativas españolas en la materia, en las últimas décadas.

(a) Los informes *Kinnock* y *van Miert*: recepción de una modalidad de financiación -más que de gestión- de la actividad pública en la estrategia de promoción de las redes transeuropeas

La discusión de las APP en el contexto institucional europeo inició con el informe del Grupo de Alto Nivel,⁶⁶ presidido por el Comisario Kinnock,⁶⁷ a cargo del estudio

⁶³ [UE] Informe final del Grupo de Alto Nivel sobre la financiación de proyectos de la red transeuropea de transporte mediante asociaciones entre los sectores público y privado (doc. VII/321/97).

⁶⁴ Libre circulación de mercancías, trabajadores, servicios y capitales.

⁶⁵ Los contratos públicos, en términos generales, han sido regulados en el ámbito comunitario con los mismos propósitos que alientan los planteamientos de la UE en materia de APP. Así, las Directivas: 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios; 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro; y, 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, fueron sustituidas por la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. [...]

⁶⁶ El Grupo de Alto Nivel estuvo integrado por representantes del sector privado vinculado con el sector del transporte, representantes de los ministros de transporte de los EEMM, el BEI y el FEI. Cfr. [UE]

sobre la financiación de proyectos de la red transeuropea de transporte⁶⁸ mediante asociaciones entre los sectores público y privado. Las recomendaciones fueron asumidas por la Comisión y constan en la Comunicación COM(97) 453 final, de 10 de septiembre de 1997. En este instrumento se describe la manera en que la Comisión respondió y se propuso dar curso a las recomendaciones del Grupo de Alto Nivel que le incumben.

Se concluyó que las APP son un instrumento fundamental para el desarrollo de las redes transeuropeas de transporte y se proveyó de un listado de proyectos de relevancia comunitaria a los que se podría aplicar la modalidad de gestión.⁶⁹ Conviene resaltar que el objetivo general de tarea estuvo ligado a la concepción de las APP como modalidad de financiación de los proyectos para acelerar la realización de las redes transeuropeas («RTE»), «liberando recursos financieros suplementarios y mejorando la rentabilidad, y de este modo poner a punto proyectos que se aproximen más a la viabilidad financiera». El estudio no se enmarca, pues, en la modalidad de gestión de la actividad pública, sino en su relevancia financiera.

El 23 de abril de 2003, la Comisión emitió la Comunicación: «Desarrollo de la red transeuropea de transporte. Financiaciones innovadoras - Interoperatividad del telepeaje. Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo relativa a la generalización y la interoperabilidad de los sistemas de telepeaje de las carreteras en la Comunidad», que tiene como base el informe de la comisión presidida por el Comisario van Miert.⁷⁰ Para ese entonces se había avanzado ya en la caracterización de los que en el ámbito europeo debía calificarse como colaboración público-privada y, de manera fundamental, los criterios que permitirían el tratamiento de las inversiones implicadas fuera de las cuentas públicas.

Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones relativa a las Asociaciones entre los sectores público y privado en los proyectos de la Red Transeuropea de Transporte, COM(97) 453 final [10.09.1997].

⁶⁷ [UE] Informe final del Grupo de Alto Nivel sobre la financiación de proyectos de la red transeuropea de transporte mediante asociaciones entre los sectores público y privado (doc. VII/321/97).

⁶⁸ Con la [UE] Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo 1692/96, de 23 de julio de 1996 [DO L 228, de 9 de septiembre de 1996] que contiene las orientaciones (objetivos, prioridades y líneas de acción) en el ámbito del transporte se inició la promoción de la interconexión y la interoperatividad de las Redes Transeuropeas, a cargo de la UE por efecto del art. 155 del Tratado de Maastricht (1993).

⁶⁹ Cfr. [UE] Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones relativa a las Asociaciones entre los sectores público y privado en los proyectos de la Red Transeuropea de Transporte, COM(97) 453 final [10.09.1997]. En el anexo constan proyectos tales como el tramo Madrid-Barcelona, el tramo Figueras-Perpiñan, el tramo neerlandés del PBKAL, el túnel del Brennero, el nuevo aeropuerto de Berlín, el túnel del Semmering (parte del eje de Pontebbona que enlaza Austria con Italia) y el enlace ferroviario Pireo-Atenas.

⁷⁰ [UE] Comunicación de la Comisión: Desarrollo de la red transeuropea de transporte: Financiaciones innovadoras - Interoperatividad del telepeaje. Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo relativa a la generalización y la interoperabilidad de los sistemas de telepeaje de las carreteras en la Comunidad, COM(2003) 132 final [23.4.2003].

(b) El riesgo que califica una «concesión» y el tratamiento estadístico del déficit fiscal

La Comisión Europea, en materia del riesgo que califica una concesión, expuso sus conclusiones en Comunicación Interpretativa 2000/C 121/02, publicada en el Diario Oficial de la Comunidad Europea de 29 de abril de 2000.

Con ocasión del Consejo Europeo de Lisboa, el Comité Económico y Social emitió el Dictamen «El refuerzo del derecho de concesiones y de contratos de asociación entre los sectores público y privado (APP)», de 19 de octubre de 2000.

El 11 de febrero del 2004, la Oficina Estadística de la Unión Europea («Eurostat») adoptó una decisión acerca del tratamiento del déficit y deuda en materia de APP,⁷¹ en la que, en sustancia, se recomendó que los activos relacionados debían ser considerados como no gubernamentales y, por tanto, no debían ser considerados dentro de las cuentas nacionales si se cumplían concomitantemente dos condiciones:

- El riesgo vinculado con la construcción debía ser asumido por el gestor privado; y,
- el gestor privado debe asumir, además, el riesgo de disponibilidad o el riesgo de demanda del proyecto.

Los aportes públicos para la construcción y los pagos periódicos a favor del gestor privado tienen efectos en las cuentas públicas, en este último caso únicamente en lo que respecta a compras de servicios y los intereses que le fueran atribuibles. Eurostat consideró que las APP han sido empleadas por un largo periodo por los estados miembros; sin embargo, su decisión promovió el empleo intensivo de la figura como un mecanismo para aligerar las cuentas nacionales en relación con los compromisos frente al déficit público.

(c) El concepto de servicios de interés general y el rol del Estado en la economía

Como parte de la dimensión social de la UE, el art. 14 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea («TFUE»)⁷² dispone que:

Sin perjuicio del artículo 4 del Tratado de la Unión Europea y de los artículos 93, 106 y 107 del presente Tratado,⁷³ y a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Unión y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación de los Tratados, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones, en particular económicas y financieras, que

⁷¹ «New decisión of Eurostat on déficit and debt: Treatment of public-private partnerships» [en línea], Eurostat Press Office [P. Bautier], 18/2004, 11 de febrero de 2004, [consulta: 23/07/2015]. Disponible: <http://europa.eu.int/comm/eurostat/>

⁷² [UE] TFUE, art. 14.

⁷³ Estas normas determinan el papel de la Comisión en el control de ayudas estatales y los criterios para introducir excepciones en aplicación de este régimen.

les permitan cumplir su cometido. El Parlamento Europeo y el Consejo establecerán dichos principios y condiciones mediante reglamentos, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, sin perjuicio de la competencia que incumbe a los Estados miembros, dentro del respeto a los Tratados, para prestar, encargar y financiar dichos servicios.

Esta regla habilita a las instituciones de la UE a regular los servicios económicos de interés general, especialmente los aspectos económicos y financieros, mediante reglamentos, siguiendo para el efecto el procedimiento legislativo ordinario, sin perjuicio de las competencias de los Estados miembros para que, ajustados a los principios y reglas del marco institucional europeo, a organizar, financiar y prestar este tipo de servicios.⁷⁴

El Protocolo núm. 26,⁷⁵ que se incorpora como anexo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, introduce por primera vez los principios fundamentales que rigen la organización, financiación y provisión de los servicios de interés general en el ámbito europeo; ahí se establece:

Primero: Son valores comunes en relación con los servicios de interés económico general, (a) «el papel esencial y la amplia capacidad de discreción de las autoridades nacionales, regionales y locales para prestar, encargar y organizar los servicios de interés económico general lo más cercanos posible a las necesidades de los usuarios»; (b) «la diversidad de los servicios de interés económico general y la disparidad de las necesidades y preferencias de los usuarios que pueden resultar de las diferentes situaciones geográficas, sociales y culturales»; y (c) «un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios». Esto es, los SIG son múltiples y su determinación depende de la situación de cada Estado miembro, que puede prestarlos, según sus propias consideraciones, pero asegurando calidad, seguridad y accesibilidad económica, acceso universal, igualdad de trato y los derechos de los usuarios.

Segundo. Las disposiciones del Tratado no afectan las competencias de los Estados miembros para organizar y prestar servicios que no tengan carácter económico.

Finalmente, el art. 36 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales establece:

La Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios económicos de interés general, tal como disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión.

Servicios de interés general («SIG») es una expresión que designa un concepto propio de las instituciones europeas y corresponde a las prestaciones que los Estados miembros las califican como tales para determinar obligaciones específicas de servicio público, con independencia de su modalidad de gestión. Los SIG pueden ser prestados por la misma Administración o por el sector privado y su particularidad está en el régimen particular al que se somete la prestación para que cumpla su objetivo. Este

⁷⁴ La Resolución del Parlamento Europeo de 5 de julio de 2011, sobre el futuro de los servicios de interés general [2009/2222 (INI)], p. 48, señala que un reglamento marco en esta materia no es prioritaria para esa época.

⁷⁵ [UE] Protocolo (nº 26) del TFUE.

conjunto de reglas impuestas al prestador para que obre ajustando su conducta a los valores tutelados en el ámbito europeo y la prestación cumpla una misión que, sin la intervención pública, no sería satisfecha por el mercado son las obligaciones de servicio público. Una de las principales obligaciones de servicio público es la de servicio universal, conforme a la cual se establecen requisitos para que todos los usuarios tengan acceso al servicio —se dicen a un precio asequible—, con independencia de su localización. Este concepto es básico en el proceso de liberalización de cierto sectores en el marco europeo (servicios postales, telecomunicaciones y transporte, por ejemplo).

Ahora bien, un SIG puede ser una prestación de carácter económico y, a estos, los «servicios económicos de interés general» hacen referencia los instrumentos de la UE descritos. Se identifican por el hecho de que se retribuyen con una contraprestación monetaria. Los servicios económicos de interés general son los únicos sujetos a las reglas europeas sobre competencia y mercado interior. No cabe en principio ninguna reserva pública que inhabilite a un prestador privado proveerlos en régimen de competencia, aunque puede existir un régimen particular que atienda los valores comunes señalados en el Protocolo núm. 26, y en especial, que se garantice la calidad, seguridad y accesibilidad, igualdad de trato, acceso universal y derechos de los usuarios. Un ejemplo de ellos son los servicios postales.

Los SIG no económicos, esto es, los que se prestan sin remuneración de contrapartida, en principio no están sujetos a las reglas de la UE sobre competencia y mercado interior. En relación con su organización —como cuando se los presta con participación privada—, no obstante, pueden estar cubiertos por normas generales, como el principio de no discriminación. En este rubro están, por ejemplo, la seguridad social, la seguridad pública o la administración de justicia.

Ahora bien, los SIG pueden ser calificados como servicios sociales de interés general y, aunque se basan en los principios de solidaridad e igualdad de acceso, su régimen depende de si materialmente se trata de servicios económicos o no, aunque tengan un tratamiento particular.⁷⁶

La Comisión produjo una comunicación que contiene «Un marco de calidad para los servicios de interés general en Europa» en el año 2011.⁷⁷ En este instrumento se definen algunos criterios a considerar en relación con la calificación de las prestaciones y la pertinencia de las normas comunitarias, dentro del objetivo de mejorar la claridad y aumentar la seguridad jurídica y definir las medidas de garantía de acceso a los servicios esenciales, fomentando la calidad.

⁷⁶ Ver, entre otros, [UE] TJUE. Sentencia de 12 de septiembre de 2000, asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98, Pavlov y otros, Rec. 2000 [ECLI:EU:C:2000:428], p. I-6451, apartado 118; sentencia de 22 de enero de 2002, asunto C- 218/00, Císal e INAIL, Rec. 2002 [ECLI:EU:C:2002:36], p. I-691, apartado 37; y sentencia de 2 de julio de 2009, asunto C-355/00, Freskot, Rec. 2003 [ECLI:EU:C:2009:420], p. I- 5263.

⁷⁷ [UE] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Un marco de calidad para los servicios de interés general en Europa, COM(2011) 900 final [20.12.2011].

(d) Equilibrio presupuestario, reducción del déficit y sostenibilidad fiscal en el Derecho comunitario

Cuando el Estado busca equiparar los ingresos y los gastos públicos se hace referencia al concepto de equilibrio presupuestario y, como objetivo, es una opción constitucional relativa al manejo del ingreso y el gasto público.⁷⁸ El equilibrio presupuestario es la eliminación del déficit y del endeudamiento. Y sostenibilidad fiscal hace referencia, precisamente, a la capacidad de honrar los compromisos al corto, mediano y largo plazo, en condiciones de equilibrio presupuestario.

Hasta antes de la reforma del art. 135 de la Constitución española, que incorporó el fin comentado, la regla central del manejo presupuestario, desde la perspectiva material, fue el art. 31.2 de la Constitución que dispone la asignación equitativa de los recursos público, norma vinculada con la igualdad material y la realización de los derechos, especialmente, económicos, sociales y culturales. Este cambio de enfoque tiene origen en las prioridades definidas en el ámbito comunitario.⁷⁹

En efecto, la idea de estabilidad presupuestaria inició con las tareas emprendidas en la aprobación del mercado interior⁸⁰ y el Acta Única Europea.⁸¹ Con estos instrumentos se establece la base de coordinación de las políticas económicas.

En 1992 se suscribe el Tratado de Maastricht y, luego, en 1997, el Tratado de Ámsterdam, y el Pacto de Estabilidad y Crecimiento que implica el control de los déficit públicos⁸² y el endeudamiento⁸³ a través del Consejo.⁸⁴

Siguieron los Reglamentos (CE) 1055/2005 del Consejo, de 27 de julio de 2005, Reglamento (CE) 1056/2005, del Consejo, de 27 de julio de 2005 que flexibilizaron los criterios sobre el déficit y endeudamiento.

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) es determinante en el proceso avanzado. El art. 3.1 del TFUE establece la competencia exclusiva de la UE en materia monetaria, el art. 121 del TFUE atribuye la competencia de orientar la política económica y su supervisión, y el art. 126 del TFUE deja definido el sentido de actuación, evitando los déficit públicos excesivos y los excesos de deuda pública. El Protocolo n° 12, aplicable al déficit excesivo, y los Reglamentos del Pacto de Estabilidad y Crecimiento y el Código de Conducta para la implementación de los programas de estabilidad y convergencia, completan el marco normativo hasta ese momento.

Luego de una serie de actuaciones adicionales, con el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la UE (TECG), art. 3.2, se estableció que los Estados

⁷⁸ Cfr. E. Aranda. «Derecho constitucional económico: estabilidad presupuestaria y derechos sociales». *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, p. 884.

⁷⁹ Par un completo estudio en la materia, ver J. García Roca y M. A. Martínez Lago. *Estabilidad presupuestaria y consagración del freno constitucional al endeudamiento*. Cizur Menor: Civitas, 2013.

⁸⁰ [UE] «Libro Blanco de la Comisión al Consejo Europeo sobre la Conformación del Mercado Interior», COM(85) de 14.06.1985.

⁸¹ [UE] Acta Única Europea, de 17 de febrero de 1986 [Luxemburgo]. Entra en vigor el 1 de julio de 1987.

⁸² Hasta el 3 % del PIB.

⁸³ Hasta el 60 % del PIB. Nótese que los límites previstos en estas reglas están sujetos a la cláusula general de salvaguardia activada en razón de la pandemia.

⁸⁴ [UE] Consejo Europeo. Reglamento (CE) 1466/1997, de 7 de julio de 1997 y Reglamento (CE) 1467/1997, de 7 de julio de 1997.

miembros debían incorporar a sus sistema jurídicos (preferiblemente al nivel constitucional) el compromiso asumido de mantener presupuestos equilibrados o en superávit.⁸⁵

(e) Las APP y el Derecho comunitario en materia de contratación pública

El 30 de abril de 2004, la Comisión circuló el «Libro verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones»,⁸⁶ destinado a analizar el ajuste de la modalidad a los objetivos del Derecho comunitario, relativos a la creación de un mercado interior fundado en la libre circulación de mercancías y servicios, el derecho de establecimiento y los principios de igualdad de trato, transparencia y reconocimiento mutuo. La Comisión buscó determinar si la normativa comunitaria requiere ser aclarada, complementada o mejorada en consideración al hecho de la creciente utilización de la figura entre los Estados miembros.⁸⁷

Al Libro verde sobre las APP le siguió la Comunicación COM(2005) 569 final, de 15 de noviembre de 2005⁸⁸ sobre colaboración público-privada y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones.

El 12 de abril de 2008, se publicó la «Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada⁸⁹». La preocupación fundamental de la Comisión se refiere al modo en que, en el contexto del ordenamiento jurídico comunitario, se debe proceder con la adjudicación de un proyecto público al gestor privado, considerando una fórmula de gestión institucional de coparticipación público-privada.

Por otra parte, la Comisión trata los problemas derivados de la estructuración de empresas con participación público-privada para el desarrollo de proyectos. Las APP institucionalizadas implican precisamente la creación de una nueva entidad cuyo capital

⁸⁵ Un completo estudio sobre estabilidad presupuestaria y el freno constitucional al endeudamiento en España puede consultarse en J. García Roca y M. A. Martínez Lago. *Estabilidad Presupuestaria y Consagración del Freno Constitucional al Endeudamiento*. Cizur Menor: Civitas, 2013. Los autores reflejan en su análisis la preocupación sobre la eficacia de las instituciones comunitarias para reaccionar frente a la crisis económica, el carácter derivado del art. 135 de la Constitución Española, las dificultades de establecer un esquema efectivo en países con distintos niveles de gobierno autónomo y las prevenciones sobre tratar de alcanzar resultados positivos únicamente con reglas que buscan disciplinar el mercado y las finanzas.

⁸⁶ [UE] Libro verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones, COM(2004) 327 [30.4.2004].

⁸⁷ [UE] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre colaboración público-privada y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, COM(2005) 569 final [15.11.2005].

⁸⁸ [UE] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre colaboración público-privada y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, COM(2005) 569 final [15.11.2005].

⁸⁹ [UE] Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI), 2008/C 91/02 [Diario Oficial C 91 de 12 de abril de 2008].

pertenece al Estado y al socio privado o la adquisición de una cuota del capital social por parte de éste en una empresa preexistente que ya ejecuta el proyecto público. La Comisión considera que el proceso de adjudicación del proyecto público en materia de APP institucionalizadas debe respetar las disposiciones del Derecho comunitario en materia de contratos públicos y concesiones y, por tanto, se debe seguir un procedimiento competitivo, equitativo y transparente a la hora de seleccionar al socio privado. No se requiere, en este contexto, dos procedimientos, uno de selección del socio privado y otro para la adjudicación del proyecto.

Finalmente, bajo el título «Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada (CPP)»,⁹⁰ la Comisión publicó el último de sus documentos preparatorios en esta materia. Esta Comunicación aparece en el contexto de un período de crisis financiera y luego de la constatación de que en el año 2009 se había reducido los proyectos ejecutados bajo esta modalidad. El Comité Económico y Social Europeo emitió su dictamen el 21 de octubre de 2010 a la Comunicación COM(2009) 615 final.⁹¹ De acuerdo con la Comisión, las APP

Los contratos públicos, en términos generales, han sido regulados en el ámbito comunitario con los mismos propósitos que alientan los planteamientos de la UE en materia de APP.⁹² Así, las Directivas: 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios; 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro; y, 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, fueron sustituidas por la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.⁹³

Esta directiva introdujo el procedimiento denominado «diálogo competitivo» para ser empleado en los contratos públicos complejos técnica o jurídicamente. El

⁹⁰ [UE] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones - Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada (CPP), COM(2009) 615 final [19.11.2009].

⁹¹ [UE] Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones - Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada, 2011/C 51/12 (DO C 51/59 de 17.2.2011).

⁹² Ver, entre otros, J. A. Moreno Molina. «Los principios generales de la LCSP 2017», en *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, núm. 1, 2019, pp. 21-34; J. A. Moreno Molina y J. Pintos Santiago. «Balance de aplicación a un año vista de la nueva LCSP», en *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 159, 2019, p. 1; J. A. Moreno Molina, I. Gallego Córcoles, F. Puerta Seguido y J. Punzón Moraleda. «Contratación pública», en *Revista española de derecho administrativo*, núm 211, 2021, pp. 135-158.

⁹³ Para los sectores del agua, energía, transportes y servicios postales se expidió la [UE] Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (DO L 134 de 30.4.2004).

propósito de esta figura ha sido flexibilizar el proceso de selección del contratista, sin que su uso impida, obstaculice o falsea la competencia.⁹⁴

Finalmente, están la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014,⁹⁵ sobre contratación pública que, junto con la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión,⁹⁶ son los instrumentos transpuestos al sistema jurídico español, mediante la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.⁹⁷

Para los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales se expidió la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014;⁹⁸ y, para el sector de la defensa y la seguridad, la Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009.⁹⁹ Se completa el régimen de facturación electrónica en el ámbito de la contratación pública contenido en la Directiva 2014/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014.¹⁰⁰

⁹⁴ Cfr. X. Lazo. «Estado de la cuestión y novedades en el ámbito de los contratos de asociación público-privada en el marco europeo». XIX Congreso Internacional del CLAD sobre Reforma del Estado y de la Administración Pública. Quito-Ecuador, 11-14 de noviembre de 2014.

⁹⁵ [UE] Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (Texto pertinente a efectos del EEE) [DO L 94 de 28.3.2014] Modificada, en lo que respecta a los umbrales para los contratos públicos de obras, suministros y servicios y los concursos de proyectos, por el Reglamento Delegado (UE) 2015/2170 de la Comisión de 24 de noviembre de 2015 (DO L 307 de 25.11.2015); Reglamento Delegado (UE) 2017/2365 de la Comisión de 18 de diciembre de 2017 (DO L 337 de 19.12.2017); y, Reglamento Delegado (UE) 2019/1828 de la Comisión de 30 de octubre de 2019 (DO L 279, de 31.10.2019).

⁹⁶ Ver las bases de los criterios introducidos en estos instrumentos internacionales en J. A. Moreno Molina. «La construcción jurisprudencial europea de la teoría de los principios generales de la contratación pública y su plasmación posterior en la legislación de la Unión Europea», en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 19, 2018, pp. 27-47.

⁹⁷ Sobre las últimas modificaciones a la LCSP, especialmente con respecto a los arts. 32 y 33 (encargos a medios propios) y art. 321 con relación a empresas mercantiles que no sean poderes adjudicadores, consultar a J. A. Moreno Molina. «Una nueva reforma de la Ley de Contratos del Sector Público. Las modificaciones introducidas por la Ley 11/2020, de Presupuestos Generales del Estado para 2021», en *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 171, 2021, pp. 155-167.

⁹⁸ [UE] Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE (Texto pertinente a efectos del EEE) (DO L 94 de 28.3.2014).

⁹⁹ [UE] Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad, y por la que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE (Texto pertinente a efectos del EEE) (DO L 216 de 20.8.2009).

¹⁰⁰ [UE] Directiva 2014/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a la facturación electrónica en la contratación pública (Texto pertinente a efectos del EEE) (DO L 133 de 6.5.2014).

4. El sistema jurídico para las APP en España

España tiene una larga experiencia en materia de delegación de gestión de proyectos públicos al sector privado. Este país ha promovido el uso de la modalidad de gestión de APP, a través de sus instituciones tradicionales durante mucho tiempo y de manera intensiva. Entre 1990 y 2018, en España se desarrollaron 162 proyectos de APP por un valor de 35.300 millones de euros, especialmente en el sector de transporte (93 proyectos), ambiente (24) y salud (20). En educación los proyectos APP reportados en el mismo periodo fueron 5.¹⁰¹

Los años 2005 (7.433 millones de euros, en 12 proyectos), 2006 (5.300 millones de euros, en 33 proyectos), 2008 (3.300 millones de euros, en 20 proyectos) y 2010 (4.300 millones de euros, en 12 proyectos) son los ejercicios en los que España cerró el mayor número de transacciones de este tipo y por mayor valor. A partir del año 2012 la tendencia ha sido disminuir el número y el monto de proyectos APP, al punto que en el año 2018 reportó una sola transacción por 13 millones de euros.¹⁰²

Con independencia de los proyectos que se ejecutaron con previsiones normativas *ad-hoc*,¹⁰³ la formalización de las relaciones público-privadas para ejecución de obras y servicios por delegación de gestión se remonta a la Instrucción para Promover y Ejecutar las Obras Públicas, expedida mediante Real Decreto de 10 de octubre de 1845.¹⁰⁴ En este régimen original, el sistema de concesiones debía ser empleado de manera supletoria y excepcional, *i. e.*, en los casos en que, por la inversión necesaria para la ejecución de la obra, no era posible atenderla con recursos públicos. El carácter financiero público de la modalidad para la gestión de actividades encomendadas a la Administración fue, así, acentuado. En aquella época ya se reguló con detalle la iniciativa privada para la presentación de proyectos públicos a ser ejecutados bajo esta modalidad.

Con la Ley General de Obras Públicas, de 13 de abril de 1877, se generalizó la posibilidad de utilizar la concesión como instrumento de gestión para ejecutar proyectos públicos en los que se incluía el componente de construcción de la obra pública¹⁰⁵. El énfasis en esta regulación estuvo referido a la ejecución de obras de infraestructura pública. Aunque esta fue la justificación original para delegar la gestión de un proyecto público a la empresa privada, previamente era ordinario el uso del modelo de concesión en el que el régimen se tomaba como referente principal la naturaleza del bien o la provisión de un servicio público, con fundamento en reglas sectoriales¹⁰⁶.

¹⁰¹ Cfr. European PPP Expertise Centre (EPEC). «EPEC Data Portal» [en línea], [consulta: 15/08/2019]. Disponible: <https://data.eib.org/epc>.

¹⁰² Cfr. European PPP Expertise Centre (EPEC). «EPEC Data Portal» [en línea], [consulta: 15/08/2019]. Disponible: <https://data.eib.org/epc>.

¹⁰³ Ver Reales Decretos en los que se dictan disposiciones con el fin de dar impulso a las obras públicas que tienen por objeto facilitar las comunicaciones interiores de la Nación, publicados en Gaceta de Madrid 124, de 2 de mayo de 1822, pp. 658-659.

¹⁰⁴ [España] Instrucción para Promover y Ejecutar las Obras Públicas, Real Decreto de 10 de octubre de 1845, publicado en Gaceta de Madrid 4168, de 11 de febrero de 1946, pp. 1 y 2.

¹⁰⁵ [España] Ley General de Obras Públicas, de 13 de abril de 1877, publicada en Gaceta de Madrid 105, de 15 de abril de 1877, pp. 138-142.

¹⁰⁶ Por ejemplo, la [España] Ley al dominio y aprovechamiento de aguas, publicada en la Gaceta de Madrid núm. 219, de 7 de agosto de 1866, pp. 1-4, estableció el régimen general de concesión del agua

En la Ley 198/1963, de 28 de diciembre, de Bases de Contratos del Estado¹⁰⁷ se anunciaba que «[e]l avance de la ciencia del Derecho exige, periódicamente, concretar en normas positivas las orientaciones requeridas por la situación sociológica imperante; de aquí que el objetivo primordial que persigue la presente Ley de Bases sea el establecer en nuestro ordenamiento una regulación completa de los contratos del Estado, bajo principios jurídicos y administrativos acordes con las necesidades actuales».¹⁰⁸ El punto de partida para esta regulación general constituyó el Pliego de Condiciones Generales para la Contratación de las Obras Públicas de 1903¹⁰⁹ y el capítulo V de la Ley de la Hacienda Pública de 1911.¹¹⁰ Con la Ley 198/1963, en materia de los contratos de gestión de servicios públicos que se delegan a la empresa privada, a juicio del legislador, se había «reducido a una síntesis la innumerable legislación existente, nacida al margen de la Ley de Administración y Contabilidad que tan escasas aportaciones realizó en este campo, y de los estudios concluidos por la doctrina científica».¹¹¹ Los elementos que caracterizan este tipo de contratos en la referida ley —según se lo expone— serían la calificación contractual del vínculo, el contenido económico del servicio público, la corrección de los monopolios y la necesidad de una clara expresión del ámbito de gestión. Aparecen previstos como fórmulas para la delegación de la gestión del servicio público a la iniciativa privada, la concesión, la gestión interesada, el concierto y la creación de una sociedad de economía mixta.¹¹²

La Ley 198/1963 no contiene un régimen específico sobre concesión de obras públicas; sin embargo, en el contexto de los contratos de gestión de servicios públicos se introdujeron reformas de las que se desprende la posibilidad de que el encargo pueda suponer la construcción de obras.

Mientras estuvo vigente la Ley de Bases de Contratos del Estado, se expidió la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de Construcción, Conservación y Explotación de Autopistas en Régimen de Concesión,¹¹³ con la que España destinó nuevamente una

para la provisión del servicio de agua potable. Así, el art. 217 determinaba que «cuando la concesión se otorgue a favor de una empresa particular, se fijará en la misma concesión, previos los trámites reglamentarios, la tarifa de precios que puedan percibirse por suministro del agua y tubería».

¹⁰⁷ [España] Ley 198/1963, de 28 de diciembre, de Bases de Contratos del Estado, BOE 313, de 31 de diciembre de 1963, pp. 18230-18236.

¹⁰⁸ [España] Ley 198/1963, de 28 de diciembre, de Bases de Contratos del Estado, BOE 313, de 31 de diciembre de 1963, exposición de motivos.

¹⁰⁹ [España] Real Decreto con el que se expide el Pliego de Condiciones Generales para la Contratación de las Obras Públicas, publicado en Gaceta de Madrid 77, de 18 de marzo de 1903, pp. 1152-1156.

¹¹⁰ [España] Ley de Hacienda Pública, publicada en la Gaceta de Madrid 185, de 4 de julio de 1911, pp. 41-50.

¹¹¹ [España] Ley 198/1963, de 28 de diciembre, de Bases de Contratos del Estado, BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1963, exposición de motivos.

¹¹² Se resalta, al presentarse la Ley 198/1963, la regulación de los asuntos relacionados con la terminación del contrato y el equilibrio económico del contrato, considerando la posibilidad una «pluralidad de regímenes que se concretan al adjudicar el servicio» en lo que respecta a la retribución del gestor. «Esta es la razón —se dice— de que las subvenciones a abonar por la Administración puedan alternarse con el canon que debe pagar el contratista y el régimen de tarifas que han de ser satisfechas por el usuario». [España] Ley 198/1963, de 28 de diciembre, de Bases de Contratos del Estado, BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1963, exposición de motivos.

¹¹³ [España] Ley 8/1972, de 10 de mayo, de Construcción, Conservación y Explotación de Autopistas en Régimen de Concesión, BOE 113, de 11 de mayo de 1972.

regulación específica para atender la gestión delegada a la empresa privada de obras, en este caso, en materia de vialidad. Este régimen marcó la tendencia de regulación sectorial de la gestión indirecta,¹¹⁴ del mismo modo que se lo hace en Hispanoamérica.

La Constitución española de 1978, en el numeral 18, apartado 1, del art. 149, reflejó la importancia que tuvo el sistema de concesiones para emprender proyectos públicos con la participación privada en el ámbito español; en efecto, esta norma, haciendo referencia explícita a la concesión, reserva una competencia exclusiva del Estado para establecer la legislación básica en esta materia.

La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas¹¹⁵ incorporó al ordenamiento jurídico español la Directiva 92/50/CEE, sobre contratos de servicios, la Directiva 93/36/CEE, sobre contratos de suministros, y la Directiva 93/37/CEE, sobre contratos de obras, que integraban el régimen comunitario sobre contratación pública vigente hasta ese momento.¹¹⁶ La nueva ley restablece la regulación general sobre la concesión de obras públicas.

El régimen español sobre contratos públicos expedido hasta esa fecha fue refundido mediante Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.¹¹⁷

En este contexto se produjo el Plan Estratégico de Infraestructuras y Transporte 2005-2020, en el que se resaltó la importancia que para España debían tener la modalidad de gestión de las APP en el sector.¹¹⁸ Así, del presupuesto plurianual de casi un cuarto de billón de euros, y aunque se previó que el 60 % de la financiación debía tener origen presupuestario, se tuvo la expectativa de obtener el 20 % mediante fórmulas de APP. Con este criterio de política pública, alentado desde la UE, los planteamientos europeos sobre APP de los años 2004 y 2005 y, en particular, la

¹¹⁴ En relación con los desarrollos normativos sectoriales en aquella época, Ver [España] Ley 16/1987, de 30 de julio, de los Transportes Terrestres; Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas; el art. 173 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, para el sector hidráulico; Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico; o, Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

¹¹⁵ [España] Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, BOE núm. 119, de 19 de mayo de 1995.

¹¹⁶ Estas normas comunitarias recogen y actualizan los contenidos de las Directivas 88/295/CEE, sobre contratos de suministro y 89/440/CEE, sobre contratos de obras. Las Directivas 77/62/CEE, sobre contratos de suministro, 71/305/CEE, sobre contratos de obras, las anteceden.

¹¹⁷ [España] 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, BOE núm. 148, de 21 de junio de 2000, páginas 21775 a 21823. El cuerpo normativo refundido se ocupa de las modificaciones originadas la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas; la Ley 9/1996, de 15 de enero, por la que se adoptan medidas extraordinarias, excepcionales y urgentes en materia de abastecimientos hidráulicos como consecuencia de la persistencia de la sequía; la Ley 11/1996, de 27 de diciembre, de Medidas de Disciplina Presupuestaria; la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social; la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social; la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social; la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro; y, la Decisión de la Comisión Europea (1999/C 379/08), publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, número C 379, de 31 de diciembre.

¹¹⁸ Ver J. Serrano, «El Plan Estratégico de Infraestructuras y Transportes (2005-2020), sus planteamientos frente a la mejora de la vertebración territorial española», en *Nimbus: Revista de climatología, meteorología y paisaje*, núm. 17-18, 2006, pp. 177-204.

Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, se procuraron trasladar a la legislación española a través de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.¹¹⁹

Mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre¹²⁰ se sistematizaron y armonizaron todas las normas que afectaron la Ley 30/2007.¹²¹ El Real Decreto Legislativo 3/2011 tuvo algunas reformas posteriores. La última de las modificaciones que afectó a aquella Ley de Contratos Públicos operó mediante Ley 40/2015, de 1 de octubre.¹²²

Vigente ya el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre,¹²³ se produjo el Plan de Infraestructuras, Transporte y Vivienda, PITVI (2012-2024), en el que los conceptos son más generosos en relación con la importancia del modelo de APP en la implementación de proyectos de inversión en el sector.¹²⁴

En aquel periodo se expidieron tres nuevas Directivas comunitarias: (i) la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública; (ii) la Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía,

¹¹⁹ [España] Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2007, pp. 44336 a 44436.

¹²⁰ [España] Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, BOE núm. 276, de 16 de noviembre de 2011.

¹²¹ Ver [España] Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo; Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público; Ley 14/2010, de 5 de julio, de infraestructuras y los servicios de información geográfica en España; Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales; Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras; Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo; Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; Real Decreto-ley 5/2011, de 29 de abril, de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas; Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la Defensa y la Seguridad; y, Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

¹²² [España] Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015, pp. 89411-89530.

¹²³ Y también la Ley 31/2007 de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, respectivamente.

¹²⁴ «La entrada en el sistema de nuevos modelos concesionales y la colaboración público-privada marcará el futuro Sistema de infraestructuras. Así, la alianza entre el sector público y el sector privado basará su éxito en un reparto de responsabilidades y riesgos que integre las condiciones y requerimientos específicos de cada proyecto. En todo caso en todos los escenarios se contempla una mayor participación del sector privado (en cantidad y en responsabilidades) y una mayor aportación de fondos procedentes de los usuarios o beneficiarios de las actuaciones». [España] Ministerio de Fomento. *Plan de Infraestructuras, Transporte y Vivienda, PITVI (2012-2024)* [en línea], marzo de 2015, [consulta: 18/06/2015]. Disponible: <http://www.fomento.gob.es/NR/rdonlyres/E35B8D33-F3B6-4695-9012C22229966FA0/130944/PITVI20122024.pdf>

los transportes y los servicios postales; y, (iii) la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión. Estas directivas sustituyeron la Directiva 2004/18/CE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, y, Directiva 2004/17/CE sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, que fueron incorporadas al sistema español a través de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público —posteriormente derogada y sustituida por el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre— y la Ley 31/2007 de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, respectivamente.

Los objetivos declarados en el ordenamiento comunitario en la materia fueron: (i) incrementar la eficiencia del gasto público, (ii) facilitar la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) en la contratación pública, (iii) permitir que los poderes públicos empleen la contratación en apoyo de objetivos sociales comunes, (iv) aclarar determinadas nociones y conceptos básicos para garantizar la seguridad jurídica, y, (v) incorporar diversos aspectos resaltados por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la contratación pública.

Mediante la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, se sustituyó el régimen precedente y se transpusieron al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014,¹²⁵ con vigencia, de modo general, a los cuatro meses de su publicación.¹²⁶

5. El desarrollo normativo de las APP en Hispanoamérica

(a) La delegación de competencias administrativas a la empresa privada en el contexto hispanoamericano

(i) El problema de la privatización como un asunto ideológico

En 1990, John Williamson, describió varias orientaciones para la reforma de la política económica en Latinoamérica¹²⁷, como el denominador común de las recomendaciones dadas por varios organismos internacionales con sede en Washington,

¹²⁵ [España] Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, BOE núm. 272, de 9 de noviembre de 2017.

¹²⁶ [España] LCSP, disposición final décimo sexta («Entrada en vigor La presente Ley entrará en vigor a los cuatro meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».- No obstante, la letra a) del apartado 4 del artículo 159 y la letra d) del apartado 2 del artículo 32, lo harán a los diez meses de la citada publicación; y los artículos 328 a 334, así como la disposición final décima, que lo harán al día siguiente de la referida publicación.- El tercer párrafo del apartado 1 del artículo 150 entrará en vigor en el momento en que lo haga la disposición reglamentaria a la que se refiere el mismo»).

¹²⁷ Ver J. Williamson. «What Washington means by policy reform», en *Latin American Adjustment: How Much Has Happened?* [dir. J. Williamson], Washington, Intitute for International Economics, 1990.

incluido el BM y el Fondo Monetario Internacional («FMI»)¹²⁸. Aparece la expresión «Consenso de Washington» para identificar una ideología centrada en la privatización y la liberalización como motor del desarrollo económico¹²⁹. Como lo señaló su autor, este enunciado ha llegado a ser empleado como sinónimo de neoliberalismo y de políticas fundamentalistas de mercado¹³⁰.

Lo cierto es que la privatización de empresas públicas, la restricción al gasto público, la eliminación de subsidios al consumo, la prioridad del equilibrio macroeconómico, la desregulación de mercados, la apertura comercial y la flexibilización laboral, son todas políticas que, para contener el déficit fiscal del sector público y equilibrar las cuentas externas, fueron asumidas en Latinoamérica en la década de los noventas.

En este contexto histórico, cuando el discurso pregonaba un «Estado mínimo», aparecen las leyes para la delegación a la empresa privada de la prestación de servicios públicos, acompañadas de programas de desinversión pública en activos productivos y la privatización de la actividad pública.

De cierto modo, las APP y su modelo internacional buscan —con un lenguaje distinto— separarse de aquella base ideológica que en esta parte del continente dio impulso a las concesiones y su organización institucional.

(ii) *Revisión general de la situación del marco institucional de las APP en Hispanoamérica*

En este apartado presentamos revisión general del marco institucional de las APP en los países de Hispanoamérica. Nuestra intención es reflejar el hecho de que, con pocas excepciones, en los últimos dos lustros todos los países de la región, igual que en Ecuador, se han impulsado reformas en sus sistemas jurídicos para reconfigurar sus institucionales tradicionales. La importancia que ha tenido el modelo internacional es insoslayable.

Algunos países hispanoamericanos mantienen su tradicional régimen de concesiones junto con las APP como nueva modalidad. En Argentina,¹³¹ por ejemplo, el régimen general de participación de la empresa privada en la ejecución de proyectos públicos tiene como antecedente próximo en la Ley 17520, expedida en el año de 1967.¹³² La visión de la necesidad de un cambio del rol del Estado, dentro de una crisis hiperinflacionaria, de recesión y cesación en el pago de la deuda externa, la privatización y la concesión aparecen como la forma de superar problemas en el ámbito

¹²⁸ Cfr. J. Williamson. «What Should the World Bank Think about the Washington Consensus?», en *The World Bank Research Observer*, v. 15, núm. 2, 2000, p. 251 [pp. 251-264].

¹²⁹ Cfr. D. Makinson. «El debate sobre el desarrollo: más allá del Consenso de Washington - Editorial», en *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, núm. 166, 2000.

¹³⁰ Cfr. J. Williamson. «What Should the World Bank Think about the Washington Consensus?», en *The World Bank Research Observer*, v. 15, núm. 2, 2000, p. 251 [pp. 251-264].

¹³¹ En la base de datos provista por el BM y PIAFF se registran en los sectores de electricidad, telecomunicaciones, agua y saneamiento y transporte 220 proyectos APP, entre 1990 y 2014. Cfr. BM-PIAFF, Participation in Infrastructure Projects Database [en línea], [consulta: 08/08/2015]. Disponible: <http://ppi.worldbank.org>.

¹³² [Argentina] Ley 17520, [Realización de obras, mediante concesión a particulares, sociedades mixtas o entes públicos por el cobro de tarifas o peaje], publicada en el Boletín Oficial 21312, de 13 de noviembre de 1967.

público, tales como, el déficit estructural, la ineficiencia crónica, la insuficiencia de recursos o el estancamiento tecnológico.

Las reformas neoliberales tienen su punto de partida en Argentina, con el apoyo de los medios de comunicación, grupos económicos locales y los acreedores externos, a través de las leyes 23696 y 23697, conocidas como de Reforma del Estado y de Emergencia Económica.¹³³ La Ley 17520 fue así reformada con los arts. 57 y 58 de la Ley 23696 de 1989.¹³⁴ En conjunto, en lo posterior, la «Ley de Concesiones de Argentina».

El régimen argentino ha vinculado permanentemente las nociones de «privatización» y la de «concesión», identificando las dos modalidades de participación privada. En este sentido, la Ley 23696 incluyó varios anexos en los que se precisó algunos de los casos para los que debía aplicarse el régimen de privatización y el de concesión. En el año 2000, el Ejecutivo Nacional expidió el Decreto 1299/2000¹³⁵ con el que se estableció un régimen de promoción de la participación privada en el desarrollo de infraestructura. Con el Decreto 967/2005¹³⁶ se inició el proceso de reforma del viejo sistema de concesiones argentino dentro de la ola de las APP. En el Decreto 967/2015 se definió una APP y los principios que las regulan, el objeto de los proyectos, pautas básicas de regulación sin perjuicio de lo que se estipule en los contratos, el modo de organización de la APP (institucional), el tipo de aportación pública y una remisión al procedimiento de selección del gestor privado según la Ley de Concesiones de Argentina. Se determinó que la Comisión de Evaluación y Desarrollo de Asociaciones Público-Privada le correspondería emitir un informe de elegibilidad o de desestimación de la propuesta y que Poder Ejecutivo Nacional le correspondería la decisión de calificarlo como de interés público e incluirlo en el «Régimen de Asociación Público-Privada», para que otra entidad, el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, se encargue del proceso de selección del socio privado. El 30 de noviembre de 2016, Argentina expidió la Ley 27328, Contratos de Participación Público-Privada,¹³⁷ y con esta ley se alineó a la tendencia de Hispanoamérica de introducir en su régimen el término y las prácticas recomendadas desde la visión internacional. En lo posterior, nos referiremos a ella «Ley APP argentina».

De acuerdo con la Ley APP argentina a los contratos de APP no se les aplica de ninguna manera el régimen común de contratación pública¹³⁸ y, en su lugar, se aplica supletoriamente el Código Civil y el Código Mercantil para regular la responsabilidad

¹³³ V. Cáceres y A. Carbayo. «La concesión del servicio de agua y saneamiento en la provincia de Buenos Aires, Argentina (1999-2006)», en *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones «Ambrosio L. Gioja»* [en línea], Año VII, núm. 11, 2013, [consulta: 25/07/2015], pp. 9-11. Disponible: http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0011A007_0003_investigacion.pdf.

¹³⁴ [Argentina] Ley 23696, Boletín Oficial 26702, de 23 de agosto de 1989.

¹³⁵ [Argentina] Decreto 1299/2000, Boletín Oficial 29559, de 4 de enero de 2001. Esta norma fue reformada con el Decreto 676/2001, Boletín Oficial 29656, de 28 de mayo de 2001.

¹³⁶ [Argentina] Decreto 967/2005, Régimen Nacional de Asociación Público-Privada [Aprobación del citado régimen y creación de una comisión de evaluación y desarrollo], Boletín Oficial 30718, de 17 de agosto de 2005.

¹³⁷ [Argentina] Ley 27328, Boletín Oficial 33514, de 30 de noviembre de 2016.

¹³⁸ [Argentina] Ley APP argentina, arts. 9 y 31. En este concepto se incluye la Ley de Concesiones de Argentina.

de las partes.¹³⁹ La Ley de Concesiones de Argentina sigue vigente como método alternativo frente a las APP, igual que el resto de sistemas tradicionales.

Igual que en Argentina, en El Salvador, Guatemala y Paraguay coexisten su viejo sistema de concesiones y el nuevo régimen de las APP como modalidad diferenciada de delegación de gestión de un proyecto público al sector privado. En El Salvador, las APP se encuentran actualmente reguladas a través de la Ley Especial de Asocios Público Privados, expedida mediante Decreto Legislativo 379, de 23 de mayo de 2013¹⁴⁰. En menos de un año, la referida Ley fue reformada mediante Decreto Legislativo 666, de 25 de abril de 2014¹⁴¹. En lo posterior, simplemente la «Ley APP salvadoreña». Tempranamente, la Ley APP salvadoreña fue objeto de impugnación mediante demanda de inconstitucionalidad por vicios de forma que habrían vulnerado los arts. 85, inciso segundo, y 135 de la Constitución salvadoreña, pues, al decir del demandante, las materias tratadas no fueron discutidas en debida forma y «[...] no fueron divulgadas en lo más mínimo, en sus contenidos, a la sociedad salvadoreña¹⁴² [...]». La demanda fue desechada *ad limine*. La Ley APP salvadoreña se aplica de manera paralela a la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, en cuyos arts. 130 a 148 se regula el contrato de concesión, que se aplica a obra pública, servicios públicos y recursos naturales y subsuelos.¹⁴³

En tal contexto, se ha señalado que las principales razones que han alentado la aprobación de la Ley APP del El Salvador es reducir la participación de la Asamblea Legislativa en la aprobación del pliego de bases de las concesiones y permitir a la Administración esquemas de cofinanciación, a través de compromisos firmes y contingentes.¹⁴⁴

En el año 1992, Guatemala expidió su Ley de Contrataciones del Estado¹⁴⁵ que contiene, en sus artículos 95 a 98, el régimen sobre contratos y concesiones sobre servicios públicos. En el año 2010, Guatemala expidió su Ley de Alianzas para el desarrollo de Infraestructura Económica¹⁴⁶ y mantuvo vigente su régimen de concesiones.

¹³⁹ [Argentina] Ley APP argentina, art. 11.

¹⁴⁰ [El Salvador] Ley Especial de Asocios Público Privados, Decreto Legislativo 379, de 23 de mayo de 2013, publicado en el Diario Oficial 102, Tomo 399, de 5 de junio de 2013.

¹⁴¹ [El Salvador] Decreto Legislativo 666, de 25 de abril de 2014, publicado en el Diario Oficial 90, Tomo 403, de 20 de mayo de 2014.

¹⁴² [El Salvador] Sentencia de la Corte Suprema [Sala de lo Constitucional], 117-2013, de 6 de septiembre de 2013, *Vega c. Asamblea Legislativa*.

¹⁴³ [El Salvador] Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, Decreto Legislativo 868, de 5 de abril de 2000, publicado en el Diario Oficial 88, Tomo 347, de 15 de mayo de 2000. Esta Ley ha sido objeto de varias reformas, la última de las cuales se efectuó mediante Decreto Legislativo 990, de 16 de abril de 2015, publicado en el Diario Oficial 74, Tomo 407, de 27 de abril de 2015.

¹⁴⁴ R. Flores, «Ley de APP limitaría papel de Asamblea en concesiones», en *Contrapunto* [en línea], 3 de febrero de 2013, <<http://www.contrapunto.com.sv/gobierno/ley-de-app-limitaria-papel-de-asamblea-en-concesiones>>, [Consulta: 08/08/2015].

¹⁴⁵ [Guatemala] Ley de Contrataciones del Estado, Decreto 57-92, publicado en el Diario de Centro América 97, Tomo 244, de 27 de octubre de 1992.

¹⁴⁶ [Guatemala] Ley de Alianzas para el Desarrollo de Infraestructura Económica, Decreto 16-2010, publicado en el Diario de Centro América 6, Tomo 290, de 18 de agosto de 2010.

En el caso de Paraguay, las APP están reguladas por la Ley 5102/13, «De promoción de la Inversión en Infraestructura Pública y Ampliación y Mejoramiento de los bienes y servicios a cargo del Estado», modificada por la Ley 5567/16; y paralelamente al régimen de APP, este país mantiene su Ley 1618/00, «De Concesiones de Obras y Servicios Públicos».¹⁴⁷

Otro caso interesante de evolución del marco institucional, pero manteniendo la tradicional concesión, es el chileno.¹⁴⁸ De acuerdo con el Infrascopio 2014, el entorno de Chile para las APP lidera al de los restantes países hispanoamericanos.¹⁴⁹ Sin embargo, Chile ha mantenido su régimen de concesiones vigente desde 1964, aunque, naturalmente, ha efectuado las reformas que ha estimado convenientes para adaptar su sistema a las necesidades de cada momento. La letra h) del art. 11 de la Ley 15840 de 1964¹⁵⁰ otorgó al Director General de Obras Públicas la competencia de «[s]ometer, con aprobación del Ministro de Obras Públicas, al Presidente de la República, la ejecución de obras por el sistema de concesión, cuyas condiciones se fijarán por decreto supremo. Estas concesiones no podrán exceder de 20 años, y se adjudicarán mediante licitación pública en la forma que establezca el Reglamento»; y, a la Dirección de Obras Sanitarias, el correspondía, conforme al art. 14, letra b), *ibídem*, «las funciones y atribuciones a que se refiere del DFL 235, de 1931, sobre concesiones de servicios de agua potable y alcantarillado». La Ley 15840 fue reformada por la Ley 18060 de 1981,¹⁵¹ con la que se fijaron las bases esenciales del sistema de concesiones chileno.¹⁵²

En 1982, con fundamento en el art. 91 de la Ley 15840, agregado con la letra f) del art. 1 de la Ley 18060, se expidió el DFL 591,¹⁵³ con el que se establecieron normas de carácter general para la ejecución, reparación y mantenimiento de obras públicas

¹⁴⁷ [Paraguay] Ley 1618/00, art. 1 («el acto jurídico de Derecho público en virtud del cual los tres poderes del Estado, los gobiernos departamentales o las municipalidades delegan mediante contrato en un concesionario seleccionado por licitación, la facultad de prestar un servicio o construir una obra de utilidad general. La concesión será otorgada en todos los casos por tiempo determinado, durante el cual el concesionario resarcirá y remunerará su inversión»). La concesión en este contexto se diferencia de la APP sobre el mecanismo de retribución.

¹⁴⁸ La primera concesión, bajo el régimen de la Ley APP de Chile, se realizó en 1993. El BM y PIAFF reportan 194 proyectos públicos realizados con participación privada hasta 2014. Cfr. BM-PIAFF, *Participation in Infrastructure Projects Database* [en línea], [consulta: 08/08/2015]. Disponible: <http://ppi.worldbank.org>

¹⁴⁹ Cfr. EIU, Evaluando el entorno para las asociaciones público-privadas en América Latina y el Caribe: Infrascopio 2014, op. cit., p. 8.

¹⁵⁰ [Chile] Ley 15840 [Aprueba organización y funciones del Ministerio de Obras Públicas], de 2 de noviembre de 1964, publicada en el Diario Oficial de 9 de noviembre de 1964

¹⁵¹ [Chile] Ley 18060, de 28 de octubre de 1981, publicada en el Diario Oficial de 11 de noviembre de 1981.

¹⁵² El nuevo art. 52 de la Ley 15840 señalaba: «Las obras públicas fiscales podrán ejecutarse, asimismo, mediante contrato adjudicado en licitación pública nacional o internacional, siempre que esta última no afecte la seguridad nacional, a cambio de la concesión temporal de su explotación o la de los bienes nacionales de uso público o fiscales destinados a desarrollar las áreas de servicios que se convengan. Las concesiones tendrán la duración que determine el decreto supremo de adjudicación, que deberá llevar, además, la firma del Ministro de Hacienda, sin que en caso alguno puedan ser superiores a 50 años.

La reparación o mantención de obras públicas fiscales podrá ser objeto de contrato de concesión conforme a lo dispuesto en este artículo».

¹⁵³ [Chile] DFL 591 [Fija normas de carácter general relativas a la ejecución, reparación y mantención de obras públicas fiscales a que se refiere el art. 52 de la Ley 15840], de 28 de octubre de 1982, publicado en el Diario Oficial de 3 de febrero de 1983.

por concesión. El texto de la Ley 15840 fue refundido, coordinado y sistematizado, mediante Decreto núm. 294 de 1984¹⁵⁴ y luego por el DFL 850 de 1998.¹⁵⁵ El DFL 591, por su parte, fue refundido a través del DFL 164 de 1991¹⁵⁶ y, finalmente, por el Decreto 900 de 1996.¹⁵⁷

La Ley APP de Chile ha sido reformada en los años 2010,¹⁵⁸ 2011,¹⁵⁹ 2012¹⁶⁰ y 2014,¹⁶¹ fundamentalmente, para introducir en el proceso la evaluación sobre rentabilidad social, redefinir factores de adjudicación, fortalecer la capacidad de dirección contractual del Estado, regular la renegociación de los contratos, organizar la resolución de controversias e introducir del Consejo de Concesiones.

Orgánicamente, no ha variado desde su origen el encargo al Ministerio de Obras Públicas para la aplicación del régimen de concesiones en Chile. El Ministerio de Obras Públicas tiene una unidad funcional especializada en esta materia que desarrolla el proceso completo *in house*,¹⁶² la «Coordinación de Concesiones de Obras Públicas».¹⁶³ El Ministerio de Hacienda interviene en los procesos aprobando el pliego de bases de la licitación y, además, debe suscribir los contratos de concesión junto con el Ministerio de Obras Públicas. Con las reformas del 2010, se agregó a la estructura institucional básica, el Consejo de Concesiones que, pese a tener carácter consultivo, tiene competencia para emitir informes preceptivos en los procesos regulados en la Ley APP de Chile.¹⁶⁴

Sin el éxito chileno, Costa Rica también mantiene hasta la fecha su Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos de 1998,¹⁶⁵ reformada en los años 2001¹⁶⁶ y 2008.¹⁶⁷

¹⁵⁴ [Chile] Decreto 294 [Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 15840 y del DFL No. 2006, de 1960], de 27 de septiembre de 1984, publicado en el Diario Oficial de 20 de mayo de 1985.

¹⁵⁵ [Chile] DFL 850 [Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 15840 y del DFL 2006, de 1960], de 12 de septiembre de 1997, publicado en el Diario Oficial de 25 de febrero de 1998.

¹⁵⁶ [Chile] DFL 164 [Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL 591, de 1982, del Ministerio de Obras Públicas, y de las normas relativas a la ejecución, repara, conservación y explotación de obras públicas fiscales por el sistema de concesión contenidas en la Ley 15840 y el DFL No. 206, de 1960, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por Decreto Supremo 294, de 1984, del Ministerio de Obras Públicas], de 22 de julio de 1991, publicado en el Diario Oficial de 4 de septiembre de 1991.

¹⁵⁷ [Chile] Decreto 900 [Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL MOP 164, de 1991 Ley de Concesiones de Obras Públicas], de 31 de octubre de 1996, publicado en el Diario Oficial de 18 de diciembre de 1996.

¹⁵⁸ [Chile] Ley 20410, de 14 de diciembre de 2009, publicada en el Diario Oficial de 20 de enero de 2010.

¹⁵⁹ [Chile] Ley 20190, de 17 de mayo de 2007, publicada en el Diario Oficial de 5 de junio de 2007.

¹⁶⁰ [Chile] Ley 20530 [Crea el Ministerio de Desarrollo Social y modifica cuerpos legales que indica], de 6 de octubre de 2011, publicada en el Diario Oficial de 13 de octubre de 2011.

¹⁶¹ [Chile] Ley 20720, de 30 de diciembre de 2013, publicada en el Diario Oficial de 9 de enero de 2014.

¹⁶² Cfr. E. Abedrapo. *Panorama institucional de la APP en Latinoamérica* [en línea], Presentación preparada para el curso «Análisis Costo Beneficio para Proyectos de Infraestructura y Servicios en México» organizado por el BID y la SCT, México, 2013 [19 láminas].

¹⁶³ [Chile] Coordinación de Concesiones de Obras Públicas [página institucional], <www.concesiones.cl>, [Consulta: 10/08/2015].

¹⁶⁴ [Chile] Ley APP de Chile, art. 1 bis.

¹⁶⁵ [Costa Rica] Ley General de Concesiones de Obras Públicas con Servicios Públicos, Ley 7762, de 14 de abril de 1998, publicada en Alcance núm. 17 a la Gaceta 98, de 22 de mayo de 1998.

¹⁶⁶ [Costa Rica] Ley 8114, de 4 de julio de 2001, publicada en Alcance núm. 53 a La Gaceta 131, de 9 de julio de 2001.

Con una perspectiva distinta a la señalada y con enfoque de facilitación de la participación privada en la gestión de actividades públicas —en cierto sentido extrema—, Honduras expidió la Ley de Promoción de la Alianza Público-Privada en el año 2011.¹⁶⁸ A diferencia de las otras «nuevas leyes APP», la hondureña es sintética, habilitante y limitada a definir un marco general que debe ser desarrollado por su ejecutor. De conformidad con el art. 36 de la Ley APP hondureña esta modalidad no está sujeta a las prescripciones de la Ley de Contratación del Estado,¹⁶⁹ por lo que, mediante ley interpretativa,¹⁷⁰ el Congreso estableció que COALIANZA sería quien determine los procesos de selección y adjudicación de los contratos que sean necesarios para los «procesos de viabilización, priorización, formulación y adjudicación de Alianza Público-Privada».¹⁷¹ En el mismo año 2011, se publicó la Ley Especial para la Simplificación de los Procedimientos de Inversión en Infraestructura Pública¹⁷² que afecta las más diversas áreas del quehacer público de algún modo vinculadas con el desarrollo de proyectos de infraestructura, tales como, ambiente, propiedad inmueble, financiación público, tributos, extranjería, materiales de cantera para la construcción, recursos forestales y autorizaciones municipales.¹⁷³ El régimen hondureño para la promoción de la participación privada en proyectos públicos se ha completado con la expedición, también en 2011, de la Ley para la Promoción y Protección de Inversiones.¹⁷⁴ Los denominados «megaproyectos de interés general», *i. e.*, aquellos que suponen una inversión de al menos cincuenta millones de dólares, tienen la ventaja de que, a instancia del interesado, pueden obtener todas las autorizaciones que prevé el ordenamiento jurídico hondureño en trámite único, con un plazo de resolución de 30 días, ante el Presidente de la República y el Consejo de Ministros.¹⁷⁵

Colombia,¹⁷⁶ Perú,¹⁷⁷ Uruguay¹⁷⁸ y México¹⁷⁹ también tienen nuevas leyes APP, quizás con un enfoque similar de facilitación, pero con diversos grados más prudente.

¹⁶⁷ [Costa Rica] Ley 8643, de 30 de junio de 2008, publicada en La Gaceta 138, de 17 de julio de 2008; y, Ley 8696, de 17 de diciembre de 2008, publicada en Alcance núm. 55 a La Gaceta 248, de 23 de diciembre de 2008.

¹⁶⁸ [Honduras] Ley de Promoción de la Alianza Público Privada, Decreto 143-2010, publicado en La Gaceta 32317, de 16 de septiembre de 2010.

¹⁶⁹ [Honduras] Ley APP hondureña, art. 36

¹⁷⁰ [Honduras] Decreto 24-2012, publicado en La Gaceta 32806, de 27 de abril de 2012.

¹⁷¹ [Honduras] Decreto 24-2012, art. 1, n. 251.

¹⁷² [Honduras] Ley Especial para la Simplificación de los Procedimientos de Inversión en Infraestructura Pública, Decreto 58-2011, publicado en La Gaceta 32566, de 13 de julio de 2011.

¹⁷³ [Honduras] Ley Especial para la Simplificación de los Procedimientos de Inversión en Infraestructura Pública, art. 3, n. 253.

¹⁷⁴ [Honduras] Ley para la Promoción y Protección de Inversiones, Decreto 51-2011, publicado en La Gaceta 32568, de 15 de julio de 2011.

¹⁷⁵ [Honduras] Ley para la Promoción y Protección de Inversiones, art. 40, n. 255.

¹⁷⁶ [Colombia] Ley 1508 [por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones], publicada en el Diario Oficial Año CXLVII, núm. 48308, de 10 de enero de 2012. En la primera generación (1992), se suscribieron 11 contratos de concesión de carreteras (1649 km), en la segunda (1995) se suscribieron contratos para la construcción, rehabilitación y mejora de 470 km y, en la tercera, se atendieron 3557 km de carreteras. Cfr. [Colombia] Dirección Nacional de Planeación [Colombia], *Asociaciones Público Privadas —APP— en Infraestructura en Colombia* [en línea], [consulta: 07/08/2015]. Disponible: <<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacion%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructu/Oficial%20julio%202015%20VF-.pdf>>.

Las más recientes leyes de APP aprobadas en la región son las de Panamá¹⁸⁰ y de República Dominicana.¹⁸¹ En el desarrollo de todos estos instrumentos normativos está presente la intervención por vía de asistencia técnica de entidades financieras multilaterales como el BID y el BM.

En algunos otros países hispanoamericanos, por otra parte, el antiguo sistema de concesiones se ha mantenido sin variaciones relevantes, en ocasiones, aplicables únicamente a ciertos sectores. Así, en la década de los noventa, en Bolivia se expidió la Ley de Concesiones exclusivamente referidas a las obras públicas de transporte.¹⁸² En Nicaragua esta la «Ley de Disposiciones de Bienes del Estado y Entes Reguladores de los Servicios Públicos»¹⁸³ junto con normas sectoriales como normas sectoriales, tales como, la Ley de Incorporación de Particulares en la Operación y Ampliación de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones¹⁸⁴ o la Ley General de Puertos de Nicaragua.¹⁸⁵ Venezuela también mantiene el esquema tradicional de concesión que, actualmente, está regulado en la Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones.

Ecuador no fue ajeno a las tendencias regionales de los años noventa. Con la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por

¹⁷⁷ [Perú] Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo 1017, prescribe que la ley común de contratación pública no es aplicable a la concesión de obras públicas, art. 3, letra m).

¹⁷⁸ En Uruguay, las APP están sujetas a varios instrumentos normativos y una serie de normas técnicas y guías. Los principales instrumentos de regulación son la Ley 18786, adoptada el 19 de julio de 2011 (la «Ley APP uruguaya»), el Decreto número 17/012 de 26 de enero de 2012 (el «Reglamento a la Ley APP uruguaya») y sus reformas introducidas mediante Decreto número 280/012, de 24 de agosto de 2012; y, el Decreto número 251/015 del 14 de septiembre de 2015. Los beneficios fiscales que aplican al sistema están regulados en los Decretos 43/016, 20/016, 326/015, 181/015, 75/015, 357/014, 127/013 y 045/013, para cada ejercicio desde el año 2013. La guía más importante es la emitida por Ministerio de Economía y Finanzas y se refiere a buenas prácticas.

¹⁷⁹ [México] Ley de Asociaciones Público-Privadas, publicada en el Boletín Oficial Federal el 16 de enero de 2012.

¹⁸⁰ [Panamá] Ley 93, de 19 de septiembre de 2019, que crea el Régimen de Asociación Público-Privada para el Desarrollo como incentivo para la inversión privada, al desarrollo social y a la creación de empleo, publicada en la Gaceta Oficial núm. 28864-B, de 19 de septiembre de 2019.

¹⁸¹ [República Dominicana] Ley N°. 47-20, de Alianzas Público-Privadas, publicada en la Gaceta Oficial núm. 10972, de 21 de febrero de 2020.

¹⁸² [Bolivia] Ley General de Concesiones de Obras Públicas de Transporte, Ley 1874, publicada en la Gaceta Oficial 2071, de 22 de junio de 1998.

¹⁸³ [Nicaragua] Ley de Disposiciones de Bienes del Estado y Entes Reguladores de los Servicios Públicos, Ley 169, publicada en La Gaceta 103, de 3 de junio de 1994. Reformada mediante Ley 204, publicada en el Nuevo Diario [s.n.] de 12 de abril de 1996.

¹⁸⁴ [Nicaragua] Ley 210, publicada en La Gaceta 231, de 7 de diciembre de 1995.

¹⁸⁵ Nótese, por ejemplo, que la Ley General de Puertos, Ley 838, publicada en La Gaceta 92, de 21 de mayo de 2013, ha regulado extensamente el sector y los actos de concesión. El art. 5 de la referida Ley define a la concesión como el «[a]cto administrativo por el cual el Estado de Nicaragua confiere a las personas naturales o jurídicas, de Derecho público o privado, el derecho a prestar un servicio público o a explotar temporalmente un bien propiedad del Estado, a cambio de una contraprestación económica en materia de su competencia» y, sin embargo, el art. 58 *ibidem* determina que el modo de instrumentar la concesión es a través de contrato.

parte de la Iniciativa Privada de 1993 (la «Ley de Modernización») se introdujo el régimen de concesiones ecuatoriano.¹⁸⁶

La Ley de Modernización se mantuvo vigente, con sus reformas, en el contexto de las Constituciones de 1979¹⁸⁷, 1998¹⁸⁸ y 2008,¹⁸⁹ hasta que con la vigencia del Código Orgánico Administrativo fue derogada.

La Constitución del Ecuador de 2008 elevó a rango constitucional el carácter excepcional de la delegación de la actividad pública (específicamente en sectores estratégicos y servicios públicos) a la empresa privada. El art. 316 establece:

El Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria. La delegación se sujetará al interés nacional y respetará los plazos y límites fijados en la ley para cada sector estratégico.

El Estado podrá, de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley¹⁹⁰.

En el año 2010 se expidió el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (el «COPCI»)¹⁹¹. En el artículo 100 del COPCI se dispuso siguiendo el contenido del art. 316 de la Constitución del Ecuador que, en forma excepcional debidamente decretada por el Presidente de la República, el Estado o sus instituciones pueden delegar a la iniciativa privada o a la economía popular y solidaria, la gestión de los sectores estratégicos y la provisión de los servicios públicos de electricidad, vialidad, infraestructuras portuarias o aeroportuarias, ferroviarias y otros.

La excepcionalidad se produce cuando la Administración justifique no tener la capacidad técnica o económica o cuando la demanda del servicio no pueda ser cubierta por empresas públicas o mixtas, y el proyecto sea necesario y adecuado para satisfacer el interés público, colectivo o general.

El tercer inciso del art. 100 del COPCI determinó que las modalidades de delegación pueden consistir en la concesión, alianza estratégica u otras formas contractuales de acuerdo con la ley, observando, para la selección del delegatario los procedimientos de concurso público determinados en el reglamento, salvo cuando se trate de empresas de propiedad estatal de los países que formen parte de la comunidad internacional.

¹⁸⁶ [Ecuador] Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, Ley 50, publicada en el Registro Oficial 349, de 31 de diciembre de 1993.

¹⁸⁷ [Ecuador] Constitución Política de la República del Ecuador [1979], publicada en el Registro Oficial 800, de 27 de marzo de 1979. Las reformas practicadas fueron codificadas en 1984 [Registro Oficial 763, de 12 de junio de 1984], 1993 [Registro Oficial 183, de 5 de mayo de 1993], 1996 [Registro Oficial 969, de 18 de junio de 1996] y 1997 [Registro Oficial 2, de 13 de febrero de 1997].

¹⁸⁸ [Ecuador] Constitución Política de la República del Ecuador [1998], publicada en el Registro Oficial 1, de 11 de agosto de 1998.

¹⁸⁹ [Ecuador] Constitución de la República del Ecuador [2008], publicada en el Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008. En adelante, la «Constitución del Ecuador».

¹⁹⁰ [Ecuador] Constitución del Ecuador, art. 316, n. 198

¹⁹¹ [Ecuador] Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, publicado en el Registro Oficial (Suplemento) 351, de 29 de diciembre de 2010.

En Ecuador coexistieron, entonces, el antiguo régimen de delegación a la iniciativa privada previsto en la Ley de Modernización y la habilitación general, pero excepcional, establecida en el COPCI.

En el Suplemento del Registro Oficial 652, de 18 de diciembre de 2015, se publicó la Ley Orgánica de Incentivos para APP y la Inversión Extranjera,¹⁹² cuerpo normativo que, no obstante, tuvo por objeto «establecer incentivos para la ejecución de proyectos bajo la modalidad de asociación público-privada y los lineamientos e institucionalidad para su aplicación», incorporó principios y reglas de carácter general en los contratos de gestión delegada. En adelante la LIAPP.

Con el Decreto 1174,¹⁹³ vinculando el procedimiento con eventuales delegaciones de la gestión a sujetos de Derecho privado, se reguló la distribución de competencias y los procedimientos a través de los cuales las entidades de la Función Ejecutiva, «hacen líquidas las inversiones previamente efectuadas en actividades o emprendimientos y bienes públicos, para destinar los recursos resultantes al cumplimiento de los objetivos de la planificación nacional».

Para el 7 de julio de 2018, la Ley de Modernización fue derogada, en virtud de las disposiciones derogatorias y la regla de vigencia del Código Orgánico Administrativo (el «COA»).¹⁹⁴ El COA, además de derogar la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, reguló de modo general la delegación de gestión excepcional a sujetos de Derecho privado en los artículos 74 a 77.

Los problemas de estructura y organización administrativa se profundizaron. Mediante Decreto Ejecutivo número 740, de 16 de mayo de 2019, publicado en el Suplemento del Registro Oficial 502, de 5 de junio de 2019, se creó el Comité Coordinador de Gestión Delegada encargado de identificar, priorizar, impulsar, coordinar, asesorar y dar seguimiento a los proyectos que se desarrollen bajo la modalidad de gestión delegada. Su inclusión agregó una instancia más de evaluación, de tipo político, para el desarrollo de los proyectos de APP.

Como producto de la investigación que se presenta esta memoria, se desarrolló un proyecto de decreto presidencial para alcanzar los objetivos señalados a nivel reglamentario. La propuesta fue recogida en su mayor parte y, mediante Decreto núm. 1190,¹⁹⁵ se expidió el «Reglamento para Asociaciones Público Privadas». Con el Reglamento a la LIAPP se derogaron explícitamente los Decretos ejecutivos números 582, 1040, 1372, 186, 187, 617 y 740 antes referidos, y todas demás de igual o menor jerarquía en materia de delegación de gestión por contrato o APP expedidas con anterioridad, lo que incluiría, al menos, el Decreto 810, el Acuerdo Ministerial número 38, publicado en el Registro Oficial 96, de 9 de diciembre de 2019 y la Resolución CIAPP-R-009-ABRIL-2017, publicada en la Edición Especial del Registro Oficial 11, de 7 de junio de 2017.

¹⁹² [Ecuador] Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera, publicado en el Registro Oficial (Suplemento) 652, de 18 de diciembre de 2015.

¹⁹³ [Ecuador] Decreto Ejecutivo 1174, publicado en el Registro Oficial (Suplemento) 831, de 1 de septiembre de 2016.

¹⁹⁴ [Ecuador] COA, publicado en el Registro Oficial (Suplemento) 31, de 7 de julio de 2017.

¹⁹⁵ [Ecuador] Decreto Ejecutivo núm. 1190, publicado en el Registro Oficial (Suplemento) núm. 333, de 19 de noviembre de 2020.

El Reglamento de la LIAPP regula: (i) la aplicación de los artículos 74 a 77 del COA, referidos precisamente a la delegación de gestión al sector privado de proyectos públicos y, en este mismo ámbito, la atribución, prevista en el art. 89 *ibidem*, que tiene la Administración pública para utilizar instrumentos de Derecho privado en el desarrollo de su actividad; (ii) la LIAPP; (iii) el artículo 100 del COPCI; (iv) los artículos 282 y 283 del COOTAD y sus normas concordantes.¹⁹⁶

D. EL ROL DEL ESTADO Y LAS MODALIDADES DE GESTIÓN ADMINISTRATIVA

1. El problema de las competencias atribuidas a la Administración pública

(a) La Administración pública como función del Estado

La intervención de la empresa privada en actividades que se consideran públicas, por presuponer el ejercicio de una competencia atribuida a la Administración, desde la perspectiva del régimen implicado, es un problema de Derecho constitucional y de Derecho administrativo, pero también tiene efectos en otros subsistemas. Es de Derecho constitucional porque dice relación, especialmente, con la organización del Estado y su función normativamente impuesta respecto de la realización de los derechos constitucionales. Es de Derecho administrativo, porque (i) la función gestión del Estado, y por ello, las competencias involucradas corresponden, a la Administración pública —no a las otras funciones del Estado: legislativa o judicial—; (ii) el modo de vincular a la empresa privada y su régimen atañe al subsistema jurídico que regula la actividad administrativa y las relaciones jurídicas que se generan en su desenvolvimiento —la relación jurídico-administrativa entre la Administración y las personas—; y, (iii) los efectos de las actividades propias de la gestión administrativa suponen la determinación de algún tipo de responsabilidad —no necesariamente patrimonial— frente a los usuarios.¹⁹⁷

Es una idea permanente en la doctrina que el Estado existe con el fin de cubrir carencias y satisfacer necesidades de las personas que integran la comunidad que adquiere esta forma de organización. La organización misma y su función se enanca en la noción de autoridad como depositaria de los medios para imponer las decisiones que corresponden a ciertos fines que queremos expresar con el nombre difuso de «bien común» o «justicia».

La autoridad de la que hablamos dentro de las relaciones políticas en una comunidad es sinónimo de «poder» del Estado, que se concreta en donde desenvuelve su actividad.

La actividad del Estado se expresa en las tres funciones tradicionalmente identificadas: legislar, juzgar y administrar. Los órganos y entidades a las que se les

¹⁹⁶ [Ecuador] Reglamento de la LIAPP, art. 1.

¹⁹⁷ Cfr. R. Pantoja. *El derecho administrativo: clasicismo y modernidad*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1994, p. 98.

atribuye tales funciones, ejercen un único poder que es atributo del Estado.¹⁹⁸ Aunque las funciones son plurales —y quizás cabe redistribuirlas entre más órganos o entidades, de acuerdo con el diseño constitucional—, el poder del Estado es uno solo¹⁹⁹ que, aunque con críticas muy conocidas, puede identificarse con la idea de coacción que se predica del sistema jurídico mismo.²⁰⁰ Nótese que la visión constitucionalista todavía mantiene la clásica división de «poderes» divulgada por Montesquieu y que corresponde a un momento histórico en que el sentido funcional del ejercicio de la autoridad está oscurecido por reivindicaciones personalistas de la soberanía.²⁰¹

Cada órgano de la estructura básica del Estado, junto con las funciones específicas que se le atribuyen y los caracterizan, realiza otras, en supuestos particulares, que son las que el sistema jurídico tiende a concentrar en los otros órganos. Así, es común afirmar que la Administración pública —en sentido subjetivo— ejerce también funciones de carácter normativo o funciones de carácter jurisdiccional —o asimilables en su contenido— y, lo mismo ocurre, con los órganos y entidades responsables de las otras funciones esenciales del Estado.²⁰² En esto radica que los estudios actuales procuren abordar la disciplina del Derecho Administrativo desde la visión objetiva;²⁰³ es decir, concebir la rama como el estudio del régimen de la actividad administrativa, cualquiera sea el órgano o entidad que ejerza tal función.

Conviene hacer una digresión a este respecto. Aunque aparentemente abstracta, esta proposición es muy importante en esta investigación si se considera que, en el mundo de las APP, la actividad administrativa se traslada al sector privado provisionalmente, sin que el ente delegante pierda su titularidad, y, en razón de los puntos de conexión que orientan la aplicación de las reglas del sistema jurídico, el servicio provisto con gestión indirecta mantiene sus características originales como tal, servicio público. De modo que, salvo por las reglas específicas que excluya la aplicación de una u otra regla del sistema por el hecho de la modalidad de gestión del servicio público, el observador debe aproximarse a la intervención de la empresa privada en el desarrollo de actividades administrativas, desde el régimen que corresponde al objeto. El traslado de una actividad que corresponde a la Administración pública no puede ser

¹⁹⁸ «No hay que confundir "poder", que es atributo estatal, con "potestades", que, en lo que respecta a su ejercicio, pueden ser prerrogativas inherentes a una función» dice M. Marienhoff. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983. p. 38.

¹⁹⁹ G. Jellinek. *Teoría general del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 376-377, quien expresa que es posible hablar de una división de competencias, pero no de una división de poderes. B. Villegas. *Derecho administrativo. Introducción*, t. 1. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1954, p. 36. «En realidad —dice este tratadista— el poder del Estado es uno solo, pero diferenciadas son sus funciones jurídicas».

²⁰⁰ Cfr. H. Kelsen. *Teoría a General del Derecho y del Estado*, México: UNAM, 1958, p. 255.

²⁰¹ Sobre la concepción de la soberanía subjetiva, le destinamos un apartado específico en el capítulo [...] de esta investigación, con ocasión de la revisión del sistema jurídico como un instrumento social de decisión respecto de fines y medios colectivos.

²⁰² Cassagne señala que la Administración desarrolla su actividad a través de actos y hechos que «materialmente» son administrativos, destinados a la satisfacción «inmediata» de el interés general. Así mismo, desde la perspectiva material, la Administración también realiza actuaciones de contenido legislativo (potestad reglamentaria) y jurisdiccional (como la que realizan los entes de regulación). Cfr. J. C. Cassagne, *Derecho Administrativo*, t. II, 7ma. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002, p. 11-12.

²⁰³ B. Villegas. *Derecho administrativo. Introducción*, t. 1. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1954, pp. 71-75.

concebido —de hecho, desde antiguo, no lo ha sido— desde la simple provisión de servicios o medios de un empresario a favor de su contratante, a cambio de un precio.

Como tendremos la oportunidad de discutir, la aproximación teórica propuesta no es la usual, y por ello, se producen una importante cantidad de problemas prácticos, *v. gr.*, sobre la naturaleza jurídica de las contraprestaciones que los usuarios pagan por servicios públicos.²⁰⁴

De las múltiples concepciones sobre lo que es la actividad administrativa del Estado, asumimos por razones prácticas y provisionalmente la que se suele llamar teoría residual.²⁰⁵ De acuerdo con esta postura, todo aquello que no es actividad legislativa ni jurisdiccional, se considera administrativa. La aproximación obedece al proceso histórico por el cual se extrajo de un poder soberano, en sentido subjetivo, las funciones de juzgar y legislar para entregarlas a órganos diversos, en algunos casos como reivindicaciones de estratos de la misma comunidad, *v. gr.*, las cámaras bajas o de los comunes en los sistemas parlamentarios europeos.

A partir de esta aproximación negativa, la actividad administrativa puede ser muy variada, de modo que resulta difícil fijar un universo inclusivo de objetos propios de la función administrativa. La determinación de lo que es administrativo en razón de su contenido²⁰⁶ tiene como inconveniente que el catálogo podría ser tan extenso que los conceptos que se empleen para darle unidad al conjunto pueden resultar inútiles teórica y prácticamente por su nivel de abstracción. Precisamente, de la mano de León Duguit y la escuela realista de Burdeos tiene origen el concepto jurídico de «servicio público» como el objeto del Derecho Administrativo²⁰⁷ que, como sabemos, con el tiempo resultó muy estrecho para abarcar la realidad de las actividades de la Administración pública o tan ambiguo que permitiría designar realidades muy diversas objetivamente.

No obstante, las actividades administrativas como función del Estado se ejercen con sujeción al sistema jurídico y de acuerdo con los medios y fines en el determinados.²⁰⁸ No es más que el principio de legalidad administrativa recogido en todos los sistemas jurídicos contemporáneos.

Con esta base, es aceptable para propósitos de nuestra tarea definir la actividad administrativa como actividad pública y práctica destinada —permanentemente—²⁰⁹ a la realización de los fines normativamente impuestos al Estado, conforme a los medios autorizados en el mismo sistema jurídico, cuando tal actividad es distinta a la legislativa y a la judicial.

²⁰⁴ Este problema lo abordamos en extenso en el capítulo IV de esta investigación.

²⁰⁵ G. Jellinek. *Teoría general del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 464.

²⁰⁶ Cfr. G. Jèze. *Los principios generales del derecho administrativo*, t. 1. Buenos Aires: Depalama, 1948, p. 48.

²⁰⁷ Cfr. R. Pantoja. *El derecho administrativo: clasicismo y modernidad*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1994, pp. 97 y ss.

²⁰⁸ Cfr. B. Villegas. *Derecho administrativo. Introducción*, t. 1. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1954, pp. 42-43.

²⁰⁹ M. Marienhoff. *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1965, p. 46.

(b) La actividad administrativa pública en un Estado de Derecho

El principio de legalidad administrativa modifica la concepción del Estado. Un Estado de policía frente a uno de derecho²¹⁰ se diferencia esencialmente en que, en el segundo, el sistema jurídico determina en todo aspecto la actividad pública, tanto en sus fines como en sus medios. En un Estado de policía, incondicionado jurídicamente, el fin personalista justifica los medios y la actuación pública, para la que no existe parámetro o criterio de corrección, es arbitraria —que no es lo mismo que discrecional—, sin límite de ninguna naturaleza respecto de las personas.

Los límites que el sistema jurídico impone a la actividad administrativa pueden encontrarse en el interés privado de las personas o en el interés general, que incluye al primero, sin confundirlos. Como sabemos la Administración sirve con objetividad al interés general, donde tal objetividad viene determinada por el sistema jurídico.

Ahora bien, del sistema jurídico puede derivarse una actividad administrativa completamente regulada o una actividad administrativa que, en cualquier caso, sujeta al sistema jurídico, puede desenvolverse en un espacio amplio de discrecionalidad.

Así mismo, la sujeción que el sistema jurídico impone, puede referirse a reglas del sistema o a criterios o parámetro del entorno del sistema, *i. e.*, normas o reglas no jurídicas.²¹¹ Debe notarse que, la actuación administrativa siempre está limitada, aunque no se trate de normas y reglas jurídicas específicas en relación con el contenido de la actuación. Precisamente, el mérito, oportunidad o conveniencia de la actividad administrativa viene determinada por tales normas o reglas no jurídicas, mientras que la legalidad de la actuación depende del sistema jurídico.

Cuando nos referimos a «potestad discrecional» queremos indicar una actuación administrativa que permite una elección motivada entre las diversas opciones posibles que el sistema jurídico autoriza. La motivación de la actuación administrativa determina la juridicidad de la decisión. Usualmente, en el ámbito de las decisiones discrecionales, el sistema jurídico define el fin para el que se otorga la competencia al órgano de decisión, por lo que su justificación, basada en criterios y parámetros del entorno del sistema, orientan el ejercicio de una potestad como medio hacia aquello que se ha determinado como finalidad en el sistema jurídico.²¹² Toda potestad que se ejerce por fuera del fin jurídico para el que se otorga una competencia es un desvío que el mismo sistema jurídico busca expulsar.

(c) El espacio de la iniciativa y la discrecionalidad administrativa

Hemos señalado ya, que el sistema jurídico, cualquiera, usualmente deja un espacio al uso discrecional de la competencia, ejercida como medio para alcanzar un fin determinado en el mismo sistema. Esa discrecionalidad está condicionada ya no por

²¹⁰ Cfr. S. Linares Quintana. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional argentino y comparado*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1977, pp. 87-88.

²¹¹ Cfr. E. García de Enterría y T. Fernández. *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas, pp. 120 y ss.

²¹² «Potestad discrecional significa por tanto, que el orden jurídico presta validez jurídica a todo medio considerado como adecuado para la realización del valor de que se trate». E. Forsthoff. *Tratado de derecho administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 127.

normas jurídicas específicas sobre el contenido de la actuación, sino por criterios o parámetros metajurídicos que permiten justificar el mérito, oportunidad o conveniencia de la actuación administrativa. Por ejemplo, cuando decimos que el sistema tributario o el gasto público deben arreglarse al criterio de equidad, presuponemos que existe una variedad de opciones para alcanzar este fin.

Las reglas de competencia, procedimiento y de la motivación, en este caso, calificada por la pertinencia del medio elegido respecto del fin normativamente impuesto, son claramente el régimen jurídico aplicable a una decisión discrecional. Ahí, el contenido de la decisión no está fundado en una regla jurídica específica.

En el ámbito de las actividades regladas y discrecionales se pone en juego el paradigma tradicional del derecho como fuente de los límites y controles al ejercicio de un poder invasivo, frente a la orientación del derecho como árbitro de las disputas del *deber ser* metajurídico —propio de las teorías prescriptivas en, por ejemplo, la filosofía o la economía— en relación con los medios y fines sociales.

Con razón Prats indica que el *management* público no es incompatible con el programa clásico del Derecho administrativo.²¹³ El proyecto antidiscrecional del Derecho administrativo y las tradiciones de la burocracia clásica y la ordenación científica del trabajo se enfrentan, porque el «management ha abandonado la pretensión de racionalidad universal del modelo burocrático en busca de formas de racionalidad más complejas y plurales», mientras que el «Derecho administrativo sigue aferrado a un paradigma intelectual garantístico, mecanicista y universal que está produciendo su percepción como una buropatología».²¹⁴

Lo paradójico es que no existe duda sobre el hecho de que la Administración está ahí para servir a unos fines deseados colectivamente, cualesquiera sean ellos y cualquiera sea el método para determinarlos, pero en lugar de buscar razones para la acción consistente con tales fines —la eficacia dentro del sistema jurídico, de la que hemos hablado—, parece mucho más relevante determinar la legitimidad de la actividad pública —la validez— como enfoque único del análisis estrictamente jurídico.

La actividad pública discrecional es, en primer lugar, una actividad jurídica que como tal debe justificarse en los fines previstos normativamente y que, por ser discrecional, además, espera del entorno del sistema jurídico buenas razones que motiven las decisiones que se adoptan.

Las APP como modalidad de gestión de un proyecto público específico usualmente se justifica en razones técnicas, a través de los resultados obtenidos con el uso de herramientas como el análisis de coste-beneficio, índices de elegibilidad, estudios de comparador público-privado, evaluaciones multicriterio, etc. Reconociendo esta situación, conviene señalar que el mismo sistema jurídico ha fijado ciertos fines cuya consecución requiere ser evaluada desde la perspectiva del derecho.

Las APP siempre son medios. De modo que, si la modalidad de gestión genera eficiencias económicas y una decisión fundada en esta justificación es plausible desde el *management* público, el derecho a una buena administración exige también que se justifique la eficacia de la modalidad en relación con fines, tales como los de equidad en

²¹³ Cfr. J. Prats. «Derecho y Management en las Administraciones Públicas». *Ekonomiaz*, 26, 1993, pp. 130-143.

²¹⁴ J. Prats. «Derecho y Management en las Administraciones Públicas», en *Ekonomiaz*, núm. 26, 1993, pp. 130-143.

los subsistemas afectados como el de las finanzas públicas. De ahí, por ejemplo, la importancia de la intervención en los procedimientos de APP de las entidades rectoras del subsistema para identificar, evaluar y gestionar los riesgos fiscales de un proyecto que se busca desarrollar como APP. Si este estudio importa con respecto a la equidad en el gasto público, hay todavía en el análisis de coste-beneficio un saldo a cubrir, representado en el impacto respecto de la renta disponible del usuario que genera el ahorro en la solidaridad social o el efecto expansivo en los costes individuales de las prestaciones originadas en el cambio de modalidad y régimen de la prestación de los servicios públicos.

2. El Estado garante y regulador

Las formas de actuación administrativa son categorías que se han usado en la doctrina para agrupar las competencias atribuidas en los sistemas jurídicos y que, reconociendo la variedad de reglas que son aplicadas a las atribuciones específicas, tienen como un poder explicativo sobre la evolución de los sistemas respecto del rol del Estado y la Administración pública en particular y, en esos escenarios, el tipo de relación entre la organización política y la comunidad y sus integrantes, especialmente desde la perspectiva de la situación jurídica de las personas y los colectivos con respecto a sus derechos.

La categorización clásica es la que identifica la actividad de policía, de fomento y de servicio público. La actividad de policía se refiere a las competencias de control sobre las personas y sus actuaciones para que se ajusten, formal y materialmente, a los requerimientos previstos en el sistema jurídico; implica atribuciones que afectan las libertades y derechos, como cuando el ejercicio de algún derecho depende de la intervención de la autoridad para habilitarlo, con técnicas como las licencias o autorizaciones. Se suele incluir en la actividad de policía, la imposición de sanciones de carácter administrativo por los desvíos verificados.

En las actividades de fomento, el sentido de la intervención administrativa es eliminar obstáculos o facilitar la actuación de las personas, atendiendo los fines determinados en el sistema jurídico. De lo que se trata es que las personas puedan, por cuenta propia, pero con ayuda de la comunidad organizada, acceder a las ventajas de vivir en sociedad.

La Administración interviene en el mercado de bienes y servicios, por diversas razones, para proveer a las personas y a la comunidad prestaciones individualizables o no. Las actividades de servicio público a cargo de la Administración suponen la organización de los medios necesarios, dentro de procesos de producción de bienes y servicios, para la proveer de satisfactores con los que se pueda atender las necesidades individuales o colectivas en la comunidad organizada.

«La lógica promocional de los derechos y las políticas sociales del Estado de Bienestar implican activamente a las autoridades públicas en la consecución de objetivos materiales. Esta orientación del derecho hacia fines ha puesto en marcha una impresionante máquina burocrática cuyas redes de organización y toma de decisiones se articula mediante normas jurídicas. El derecho según esto, deja de tener el aire clásico de un sistema normativo formal compuesto por reglas cuyo cometido es orientar directamente la conducta de los miembros de una comunidad y facilitar patrones de relación social. Los sistemas jurídicos, por el contrario, contienen cada vez más y más normas encaminadas a regular el funcionamiento de estructuras burocráticas de

carácter público o semipúblico encaminadas a conseguir objetivos y realizar fines y valores sociales».²¹⁵

La visión clásica de una Administración que ocupa aposición de interventor, estimulador o prestador, según la concepción del Estado de Bienestar se tensa frente a la opinión del Estado mínimo. El Estado que se propone, es uno garante y regulador que devuelva al sector privado actividades que, aunque son relevantes socialmente, pueden ser desarrolladas por el sector privado en condiciones de competencia. Se dice que no es importante que el Estado lo haga, lo relevante es que se asegure que las personas puedan acceder a los bienes y servicios que requieren, en condiciones reguladas. El Estado, en tal caso, establece los fines que deben ser satisfechos por el mismo sector privado.

El Estado garante es, pues, regulador. Aunque se defiende que las APP son un paso intermedio entre el Estado prestador y la privatización de las actividades públicas, lo cierto es que el Estado garante y regulador actúa de la misma manera en los dos casos. Cuando privatiza la actividad que originalmente se le ha encomendado, conforme al sistema jurídico, suprime la reserva pública para pasar a regular la actividad y arbitrar los medios para asegurar el acceso a los bienes y servicios ahora bajo «responsabilidad» del mercado. Cuando traslada la gestión de una actividad respecto de la que todavía es titular, somete al mismo régimen y esquema de garantías el desarrollo de la actividad transferida, pero desarrollada en el marco del derecho común del gestor privado. Por eso es que, especialmente en Europa, se habla del nuevo enfoque de Estado, junto con el proceso de la liberalización de muchas actividades antes desarrolladas en régimen de servicio público. Como se ha señalado, la UE considera a las APP como una manifestación del cambio del rol del Estado en el ámbito económico: pasa de un gestor a un organizador, regulador y controlador.²¹⁶

Las actividades típicas de la Administración que deja su actividad de servicio público o la limita, incluye: (a) concesión de licencias y autorización a operadores; (b) aprobación de tarifas y seguimiento de aplicación; (c) revisión del cumplimiento de estándares técnico operacionales; (d) evaluación y el diseño de normas y reglamentos para la prestación de los servicios, así como la promoción de su adopción por los prestadores; (e) promoción y defensa de la competencia; (f) seguimiento del grado de cumplimiento de obligaciones contractuales, especialmente en inversión, mejora de servicios, custodia y preservación de bienes; y, (g) atención de reclamos y controversias entre empresas o usuarios.²¹⁷

²¹⁵ M. Calvo García. Transformaciones del Estado y del derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005; y, «Transformaciones del derecho y crisis de la justicia», *Revista Derecho del Estado*, 7, 1999, pp. 73-97.

²¹⁶ [UE] Libro verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones, COM(2004)327 [30.4.2004], p. 3

²¹⁷ Cfr. O. Oslak. «Privatización y capacidad de regulación estatal: una aproximación teórico-metodológica». C. Bresser et al. [ed.]. *Política y Gestión Pública*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2004, pp. 139-183.

(a) Justificación económica de la intervención del Estado: desde el entorno del sistema jurídico algunas razones

Adam Smith y todos los seguidores de la «mano invisible» defienden la idea de que el mercado es el mejor asignador de recursos escasos entre empleos alternativos en una economía.²¹⁸ Gago apunta que, incluso con esta base, el mismo Smith recomendó la inversión pública en infraestructura como medio de fomento para el desarrollo del comercio.²¹⁹

Desde el ámbito de las Ciencias Económicas es una constante de la ortodoxia justificar la intervención del Estado en la economía en razón de los fallos del mercado. Se suele calificar como tales, la presencia de monopolios (algunos naturales) y oligopolios, existencia de bienes públicos, externalidades, mercados incompletos, el problema de los mercados complementarios, información imperfecta, el paro y otras perturbaciones macroeconómicas.

Cuando los mercados fallan, el Estado debe intervenir. El asunto consiste en determinar cuándo fallan los mercados y de qué forma y en que medida es necesaria la intervención pública.

Para los economistas neoclásicos, el bienestar se asienta en:²²⁰ la capacidad que tienen los agentes para determinar y medir su bienestar, en función de sus preferencias y utilidad (racionalidad perfecta), el efecto ventajoso para la colectividad que se desprende de la búsqueda del interés individual y la idea del equilibrio óptimo.²²¹ Un sistema de competencia perfecta, aseguraría la satisfacción de la comunidad. Si en el mercado no hay tal competencia, se justifica la intervención pública para crear las condiciones enunciadas.

Desde esta perspectiva teórica, los mercados fallan porque el mercado no ha proporcionado bienes o servicios en la cantidad y/o calidad deseada socialmente. Lo que resulta evidente, de hecho, es que una comunidad ordinariamente no está conforme con el resultado en la asignación, con independencia de que la inconformidad provenga o no de las condiciones del mercado o del calibrado institucional de tales condiciones.

Desde el pensamiento económico ortodoxo, entonces, se justifica la intervención pública, siempre que genere mayores beneficios que costes, para generar condiciones de competencia perfecta en un teórico mercado que presenta imperfecciones y, de este modo, adecuar la asignación de bienes y servicios requeridos por la comunidad.²²²

No obstante, incluso en el caso de que la economía fuese eficiente (en sentido de Pareto), la intervención del Estado se hace necesaria por, al menos, dos razones adicionales.

²¹⁸ Cfr. A. Smith. *La riqueza de las naciones*. México: Fondo de Cultura Económica, 1958.

²¹⁹ M. Gago. *Colaboraciones público-privadas: procedimientos para minimizar sus costes de transacción*. Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid [Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales], 14 de febrero de 2011, p. 88 y ss.

²²⁰ De acuerdo con el primer teorema de la economía del bienestar, «si la economía es competitiva (y satisface algunas otras condiciones) es eficiente en el sentido de Pareto». J. Stiglitz y J. Rosengard. *La economía del sector público*, 4º ed. Barcelona: Antoni Bosch, 2015, p. 104-105

²²¹ El óptimo de Pareto implica un estado en que no hay mejora posible para un individuo sin que se afecte el bienestar de otro.

²²² Cfr. J. Buchanan. *Los límites de la libertad. Entre anarquía y el Leviatán*, [trad. V. Sardón]. Madrid: Katz, 2009, *passim*.

Un mercado competitivo puede generar una distribución de los recursos inequitativa, dejando a algunas personas sin una renta suficiente para acceder a los medios para satisfacer sus necesidades más elementales. La tarea del Estado es, pues, redistribuir la renta.

Por otra parte, es posible que los individuos puedan actuar contra su propio interés, en razón de la información que disponen o cualquier otro factor limitante. Pese a las objeciones del pensamiento libertario, cierto tipo de paternalismo es necesario respecto, por ejemplo, de los sectores más vulnerables de la sociedad o frente a las «malas decisiones» individuales, como cuando se busca que todo niño tenga acceso a la educación o se le provea de servicios sanitarios, con independencia de la capacidad de sus padres para costear sus costes, o cuando se adoptan medidas de seguridad, porque el efecto de la falta de acceso a los derechos trasciende al interés puramente individual. Los bienes y servicios que el Estado obliga a consumir se denominan bienes preferentes.²²³

Los economistas reconocen que se pueden adoptar dos posturas frente a esta problemática. La primera de carácter normativo o prescriptivo, *i. e.*, identificando las situaciones y medidas que deberían ser la base y el objetivo de la intervención pública; y otra, puramente positiva, en la que se describen los efectos de la intervención pública.

De las tendencias contemporáneas, la economía institucional se vincula mejor a las preocupaciones de un jurista. Su propósito es, precisamente, el análisis y la reforma institucional destinada a generar y organizar mercados más eficientes de los que, además, se puedan desprender los beneficios sociales aspirados.²²⁴

Es observable que, para el economista afincado en la labor prescriptiva, el sistema jurídico es puramente instrumental: en sus consideraciones prescinde del hecho de que el sistema jurídico recoge ya elecciones sociales, antes de que cualquier otro nuevo programa de política económica pueda ser instrumentado. Algunos de los economistas, como en otros oficios en donde son posibles teorías prescriptivas, eliminan del panorama las reglas vigentes de la organización social.

La implementación de proyectos públicos referidos a infraestructura física y los servicios a ella vinculados se justificaría, de cuanto se ha dicho, si soluciona un fallo de mercado referido a tales obras y servicios. Así, si el servicio —ligado a la infraestructura— presenta las características de un bien público puro, tiene justificación económica que sea el Estado el que implemente el proyecto, cualquiera sea el mecanismo que emplea.

Usualmente, los proyectos APP solucionan fallos de mercado y generan otros. En efecto, la infraestructura física necesaria y los servicios que se presentan con ellos comúnmente cumplen, al menos, con una de las características de un bien público puro, en un contexto de no congestión: no rivalidad en el consumo y no aplicación del

²²³ Cfr. J. Stiglitz y J. Rosengard. *La economía del sector público*, 4º ed., Barcelona: Antoni Bosch, 2015, p. 138-140.

²²⁴ Se reconoce al premio Nobel (1991), Ronald Coase (The nature of the firm -1937) como el precursor de estas concepciones desde la década de los treinta. Le siguen Herbert Simon, Kenneth Arrow o Chandler, y ya entrados los setenta, Oliver E. Williamson, con su Economía de Costes de Transacción y, luego de él, Douglass North, Alchian and Demsetz, Jensen and Meckling, Cheung, Oliver Hart, Grossman and Hart, entre otros.

principio de exclusión —por el precio—. Tómese, por ejemplo, una solución vial —proyecto productivo— y aplíquese el criterio expuesto sobre los bienes públicos.

Los proyectos públicos de inversión, como el señalado, generan externalidades positivas y se consideran bienes preferentes. Además, cuando se desarrollan bajo la modalidad de APP, se lo hace en condiciones de incertidumbre e información imperfecta, por presuponer una relación contractual de largo plazo.

Cuando nos referimos a la intervención de la Administración para atender un bien o servicio demandado por la comunidad, justificados en que tal intervención es necesaria, porque el mercado imperfecto no lo haría en los mejores términos de cantidad y/o calidad socialmente deseado, se debe considerar la relación coste-beneficio de tal intervención. Este es precisamente uno de los estudios que ordinariamente se emplea en la identificación de proyectos y la selección de la modalidad de gestión. El proyecto no es una opción de intervención pública si su implementación genera más costes que beneficios para la comunidad; y, del mismo modo, se debe tratar la selección del mecanismo de implementación: contratación ordinaria o APP.

La intervención pública para corregir fallos de mercado, entonces, será adecuada si, en función de los costes y los beneficios de cada alternativa considerada, el balance es positivo. En la provisión ordinaria de bienes y servicios para atender un objetivo de política pública, la Administración asume todos los riesgos implicados: construcción, financiación, demanda, etcétera. Cuando es el sector privado el que provee los bienes y servicios no existe ningún objetivo de política pública. Su interés empresarial se arregla a la idea de maximizar sus ingresos y reducir sus costes, y está sujeto a las condiciones del mercado en el que interviene.

En las APP, hay un objetivo público que requiere ser alineado con el interés privado del gestor. Se distribuyen los riesgos del proyecto según las capacidades de los participantes. Le corresponde a la Administración garantizar, en términos de cantidad y calidad, la provisión del servicio (*output*) en el contexto de una relación contractual en la que las actividades y tareas materiales de provisión le corresponde a la empresa privada. La empresa privada se encarga de financiar el proyecto con medios propios y/o de terceros, y de gestionar los medios (*inputs*) para la prestación del servicio del que se trate.

El valor añadido aportado por el gestor privado puede ser estimado en función de mejoras en la eficiencia productiva o la eficiencia técnica,²²⁵ mientras que a la Administración pública le corresponde asegurar la eficiencia asignativa.²²⁶

La implementación de un proyecto de APP no modifica el hecho de que es la Administración la que interviene en el mercado, pese a la presencia de un gestor privado, pero modifica el criterio empleado para atribuir la competencia al Estado (bienes públicos y preferentes) y convierte la prestación en un bien privado, en el que se puede excluir al requirente por efecto del precio.

²²⁵ Cfr. M. Gago. *Colaboraciones público-privadas: procedimientos para minimizar sus costes de transacción*. Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid [Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales], 14 de febrero de 2011, p. 96.

²²⁶ Para Väilä, la eficiencia en una APP se origina de la propiedad de los activos subyacentes, la integración de las distintas fases de producción y provisión del servicio, el reparto de riesgos y los incentivos en la provisión del servicio. Cfr. T. Väilä. «How expensive are cost savings? On the economics of public-private partnerships» [EIB Papers, vol. 10, Iss. 1]. Luxemburgo: BEI, 2005, pp. 95-119

¿Cuándo es adecuado emplear una APP como instrumento de intervención pública? Desde la perspectiva económica, la respuesta sigue siendo que los costes sean menores que los beneficios de emplear cualquier otro mecanismo de intervención para solucionar el fallo de mercado.

Pero esta respuesta no satisface tampoco el sistema en el que se incluye el debate. Desde la perspectiva jurídica esta polémica se sostiene por fuera del esquema de elecciones sociales que formalmente aparecen como determinaciones jurídicas. Dicho de otro modo, las razones que orientan racionalmente las decisiones económicas, no son las razones que orientan racionalmente las decisiones que deben adoptar las autoridades depositarias de un poder otorgado para el cumplimiento de objetivos determinados a través del mismo sistema en que fundan su autoridad.

Los servicios públicos son tales, porque se ha extraído del mercado un conjunto de actividades de interés colectivo y su gestión se ha reservado al Estado. Las APP, como instrumento previsto en el mismo sistema, constituye un vehículo para restituir la actividad previamente reservada a lo público al mundo de lo privado, basados en un criterio de eficiencia que no siempre es compatible con el de equidad u otros definidos como fines en el sistema jurídico.

(b) Regulación de sectores y potestad tarifaria

El cambio de modalidad de gestión de un servicio público puede implicar modificaciones trascendentes en el régimen general que le resulta aplicable o se produce en el marco de un régimen específico de regulación que le precede.²²⁷

En lo que respecta a esta investigación, las variaciones que más interés generan son las referidas a las contraprestaciones debidas por los usuarios y el modo en que la aplicación del régimen de las finanzas públicas se altera por la elección de la modalidad de gestión del servicio público.

En lo que respecta al primer aspecto, la relación sustancial entre la Administración y el gestor privado, respecto de las condiciones en las que se debe prestar el servicio, podría estar definida: (i) en un régimen sectorial detallado y predefinido; (ii) específicamente establecido en el contrato; y, (iii) dentro de un marco de actuación general contenido en normas jurídicas y/o técnicas previas y un desarrollo de detalle agregado en el contrato.

Por ejemplo, en el Perú están los organismos reguladores, entes distintos de aquello que intervinieron en el procedimiento del que resultó el traslado de la actividad hacia el sector privado. Algo similar se produce en el Ecuador, y una buena parte de los países de la región, en materias tales como servicio de electricidad o la provisión de agua potable.

En lo que respecta a las contraprestaciones a ser pagadas por los servicios suministrados por los usuarios con ocasión de la implementación de un proyecto de

²²⁷ A. Eberhard. *Infrastructure Regulation in Developing Countries: An Exploration of Hybrid and Transitional Models*. Washington: BM-PPIAF, 2007. H. Yong. H. K (ed.). *Public-Private Partnerships Policy and Practice: A Reference Guide*. Londres: Secretariado del Commonwealth, 2010, [sección 4.1.3].

APP, el cambio de modalidad de gestión puede implicar o no la transformación de la naturaleza jurídica de la contraprestación y, con ello, del régimen que las regula.

Por ejemplo, en España es posible que, por efecto de la concesión, en relación con un servicio público prestado por la Administración respecto del que en principio se cobraría una tasa (por el solo hecho de que así esté regulada la prestación), la contraprestación se transforme en un precio privado (denominado «tarifa» de acuerdo con la LCSP), que puede estar sujeta a la potestad tarifaria de la Administración Pública, pero que el régimen determina esté regulado en el contrato. La tasa original no genera IVA, pero el precio privado sí. Desarrollamos las ideas fundamentales sobre la naturaleza jurídica de las contraprestaciones que pagan los usuarios y el régimen tributario aplicable en el capítulo IV.

Cuando se trata de servicios públicos y estos son prestados por una empresa privada es usual que el Estado los someta a regulación específica para garantizar que su prestación cubra ciertos requerimientos cualitativos y/o cuantitativos y las tarifas sean controladas.

En la Constitución ecuatoriana, por ejemplo, se determina que el Estado es responsable de la provisión de los servicios de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias y los demás determinados en la ley. El alcance de esta responsabilidad no necesariamente está vinculada con la modalidad de su gestión. En cualquier caso, la provisión de los servicios públicos está sujeta a: (a) los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad; (b) su regulación y control; y, (c) la regulación de precios y tarifas de manera equitativa.²²⁸

El alcance de la regulación puede incluir la habilitación general para que una empresa privada participe de su gestión en condiciones de competencia con otras también sometidas al mismo esquema de regulación. El acceso puede depender de un título habilitante, en forma de autorización o contrato; en este último caso, el contrato, en ocasiones, también se lo denomina «concesión», pero con un sentido diverso al que se emplea para referirse a un contrato de delegación de gestión.

Sectores económicos regulados, y no necesariamente reservados al Estado, son, por ejemplo, la electricidad, el gas, las telecomunicaciones, puertos y aeropuertos. En general, se observan sistemas de regulación específicos en todos los casos en donde hay un monopolio natural.

Frente a la circunstancia de que la Administración se ocupe directamente de la provisión del servicio, en la práctica se puede constatar que el Estado ha empleado varios mecanismos alternativos con diversos resultados, según el territorio, en el que se los ha empleado.

Como hemos anotado, en Argentina durante la década de los noventa, se emprendió un programa intensivo de privatización y de concesiones. La privatización consiste en que el Estado traslada al sector privado la actividad de la que se trate, pero despojándose de la titularidad del servicio y, en ocasiones, de los bienes involucrados. Traslada la actividad al mercado, el sector se somete a regulación, más o menos intensa, según los intereses generales implicados.

²²⁸ [Ecuador] Constitución de la República del Ecuador, art. 314.

La opción alternativa es, precisamente, trasladar al sector privado únicamente la gestión, sin que el Estado pierda la titularidad del servicio a ser suministrado o de los bienes afectos. No se crea un mercado, salvo que el caso no corresponda a un monopolio natural, supuesto en el que la Administración puede habilitar a varios prestadores privados sin exclusividad.

En el segundo caso, la regulación del sector puede encontrarse presente por razones de control, por ejemplo, de orden técnico; o bien, se requiere introducir una regulación que haga posible la participación, en condiciones de igualdad, de varios gestores.

Ahora bien, la regulación requerida puede integrar el sistema jurídico sectorial o puede incorporarse como parte del contrato.²²⁹ Un contrato de APP podría emplearse, entonces, para definir el marco general de la regulación del servicio o complementar el existente en función de las particularidades del proyecto. Aunque es común —y así se lo promueve internacionalmente— que se emplee el contrato para regular las tarifas y los estándares de servicio,²³⁰ el tratamiento depende del sistema jurídico del que se trate.

Así, el 23 de julio de 2009 la Corte Constitucional ecuatoriana²³¹ determinó «el carácter público de los recursos derivados de los cobros de los distintos servicios aeroportuarios, tanto en el Aeropuerto Mariscal Sucre de Quito, como en los demás aeropuertos del país, por cuanto dichos pagos corresponden a tasas [...]»; por esta razón declaró «la inconstitucionalidad por conexidad de la Ordenanza Municipal No. 0154 publicada en el Registro Oficial No. 154 de 28 de noviembre de 2005, emitida por el Concejo Municipal del Distrito Metropolitano de Quito», con la cual se autorizaba la regulación de las contraprestaciones que pagaban los usuarios de tales servicios en el contrato de concesión de la infraestructura aeroportuaria de la capital.

En sentido contrario, en España y dentro del conjunto de normas que regulan el contrato de concesión de obras, de acuerdo con el art. 267 de la LCSP, el concesionario tiene el derecho de percibir de los usuarios o de la Administración su retribución por el uso de la infraestructura física, en la forma prevista en el pliego y la ley. El precio pagado por el usuario se denomina «tarifa» y es calificada como una prestación patrimonial de carácter público no tributario.²³² Pese a su calificación de prestación patrimonial de carácter público, y por ello sujeta a la reserva de ley, conforme lo establece el art. 31.3 de la Constitución española,²³³ las tarifas las debe establecer la Administración en el acuerdo de adjudicación (un acto administrativo) y tienen el

²²⁹ Cfr. T. Bakovic, B. Tenenbaum y F. Woolf. *Regulation by Contract: A New Way to Privatize Electricity Distribution?*. Washington: BM, 2003.

²³⁰ Así se lo indica en BM, BAD y BID. *Asociaciones Público-Privadas. Guía de Referencia*, v. 2.0, Washington: BM, 2004, p. 26.

²³¹ [Ecuador] Corte Constitucional. Sentencia No. 003-09-SIN-CC, publicada en el Registro Oficial 644, de 29 de julio de 2009.

²³² [España] Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, art. 267.1 («Retribución por la utilización de las obras. 1. El concesionario tendrá derecho a percibir de los usuarios o de la Administración una retribución por la utilización de las obras en la forma prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares y de conformidad con lo establecido en este artículo, que se denominará tarifa y tendrá la naturaleza de prestación patrimonial de carácter público no tributario»).

²³³ [España] Constitución Española, art. 31.3 («Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley»).

carácter de máximas y, por tal razón, pueden ser reducidas con total discrecionalidad por el concesionario.²³⁴ Finalmente, las tarifas pueden ser modificadas durante la implementación del proyecto y ejecución del contrato siguiendo las reglas previstas en los arts. 103 a 105 de la LCSP. Más adelante revisamos en detalle las implicaciones de este régimen y el pronunciamiento del Tribunal Constitucional español en esta materia. Lo que ahora nos interesa subrayar es que, en España, a diferencia de lo que ocurre en Ecuador, las tarifas son parte de la relación contractual, mientras que, en el último país, las contraprestaciones que el usuario paga por servicios aeroportuarios son tasas y, por ello, únicamente pueden ser fijadas mediante acto normativo —una ordenanza—, en tal caso expedido por el órgano legislativo de la Municipalidad.

E. ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS DE UNA APP EN EL MODELO INTERNACIONAL Y EN LOS SISTEMAS JURÍDICOS ESPAÑOL E HISPANOAMERICANOS

Llegado a este punto, nos corresponde fijar la atención en los elementos característicos de las APP para España e Hispanoamérica, lo suficientemente amplia como para que, conservando la tipología de relaciones derivadas de los contratos regulados bajo los signos de la tradición (la concesión de obras y servicios), sea compatible con los enunciados agregados a los sistemas desde la visión internacional.

1. Delegación autorizada de gestión de un proyecto público

(a) El significado del término «delegación» en el contexto del traslado de una actividad pública al gestor privado.

Con un título habilitante en el sistema jurídico es posible que se traslade una competencia que un órgano administrativo tiene atribuida hacia otra figura de carácter subjetivo —*v. gr.*, otro órgano administrativo, otra Administración, etc.—.

La idea de traslado de «algo», de un lugar a otro, no requiere mayor explicación. Cuando lo trasladado es una competencia, importa señalar que lo que se moviliza de un lugar a otro es una habilitación para actuar, siempre conforme al sistema jurídico del que se desprende la competencia.

Hasta ahí no resulta difícil aplicar el género a la situación que se genera cuando: (i) una Administración tiene atribuida como competencia la gestión de un proyecto público; (ii) adopta la decisión de trasladar esa habilitación otorgada por la ley a un tercero; y, (iii) esta decisión está autorizada en el sistema jurídico, bajo el entendido de que una competencia, por su origen legal, es indisponible. Esto último implica que,

²³⁴ [España] Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, art. 267.2 («2. Las tarifas que abonen los usuarios por la utilización de las obras serán fijadas por el órgano de contratación en el acuerdo de adjudicación. Las tarifas tendrán el carácter de máximas y los concesionarios podrán aplicar tarifas inferiores cuando así lo estimen conveniente»).

salvo que se modifique el sistema jurídico, el traslado del ejercicio de la competencia no modifica su titularidad.

Los traslados de competencias autorizados en el ordenamiento jurídico son de variado tipo y su categorización depende necesariamente de el régimen con el que conecta. Usaré un criterio —no sin objeciones— que se suele emplear en la doctrina hispanoamericana para explicar varios tipos de traslado de competencias.

Se puede producir el traslado de una competencia de un órgano a otro, modificando el sistema jurídico que define la distribución de competencias entre los órganos administrativos. Cuando el receptor la ejerce con independencia (material) de un órgano superior y, por la variación operada en el sistema, adquiere la titularidad de la competencia, el caso se suele ubicar en el ámbito de la descentralización.

La desconcentración, otra clase de traslado de competencia de un órgano administrativo a otro, tiene algo más de polémica que la descentralización.²³⁵ En ocasiones se pone acento en la variación del sistema jurídico que define el traslado y el cambio de titularidad de la competencia, sin que se pierda la dependencia funcional del receptor y, en otras, se pone énfasis en la responsabilidad del receptor de la competencia y el tipo de tutela material al que está sujeto. Con este criterio la desconcentración equivale a la delegación en estricto sentido.

En los sistemas jurídicos hispanoamericanos, reformados a partir de la tradición española, se entiende por delegación en estricto sentido el traslado de una competencia de titularidad de un órgano administrativo hacia otro dependiente (aunque se suele agregar la delegación hacia otra Administración pública) quien, además de adquirir el deber de ejecutar la delegación, lo hace bajo su propia responsabilidad.

Cuando se traslada una competencia desde un órgano a otro,²³⁶ sin que el titular pierda la responsabilidad por las actuaciones del gestor, el caso suele denominarse encargo de gestión y opera del mismo modo que un mandato.²³⁷

Todos estos antecedentes son útiles para señalar que la delegación a la que nos referimos al señalar que la APP implica una delegación a un gestor privado de una actividad propia atribuida a la Administración pública, únicamente quiere resaltar tres aspectos de la delegación que, en estricto sentido, opera entre órganos administrativo. Estos aspectos son:

- La Administración pública que encarga la gestión de un servicio público a un gestor privado no pierde la titularidad de la competencia cuyo ejercicio ha sido trasladado.
- Aunque depende de cada sistema jurídico, la responsabilidad derivada de la defectuosa prestación del servicio suele estar atribuida al gestor que actúa a su cuenta y riesgo. Cuando la responsabilidad no está específicamente atribuida al gestor privado, los contratos con los que se instrumenta el traslado de la competencia, suelen incluir garantías y seguros. Las primeras para asegurar el

²³⁵ Ver la postura de A. Gallego. «Transferencia y descentralización; delegación y desconcentración; mandato y gestión o encomienda», en *Revista de Administración Pública*, núm. 122, 1990, pp. 7-102.

²³⁶ Cfr. J. C. Cassagne, *Derecho Administrativo*, t. II, 7ma. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002, p. 241 y ss.

²³⁷ Cfr. A. Gallego. «Transferencia y descentralización; delegación y desconcentración; mandato y gestión o encomienda», *Revista de Administración Pública*, núm. 122, 1990, pp. 102.

fiel cumplimiento del contrato y los segundo para trasladar el riesgo al tercero asegurador frente a cualquier daño o perjuicio que pudiese afectar patrimonial a la Administración o a terceros.²³⁸

- Es un traslado provisional y específico. Aunque una buena parte el régimen jurídico aplicable cambia como efecto de la selección de la modalidad de gestión para el desarrollo del proyecto, las variaciones de régimen, propios de ciertos casos de traslado de competencia, no se producen con respecto a la distribución de competencias entre los titulares públicos.

(b) Habilitación normativa para el traslado de una competencia desde la Administración pública hacia el sector privado

Cuando la Administración pública desarrolla sus actividades a través de sus propios medios o proveyéndose de aquellos que se ofrecen en el mercado, decimos que hay gestión directa.

Para que la Administración pública pueda trasladar una competencia que le ha atribuido el sistema jurídico se requiere una habilitación legal: otra competencia. Cuando esto ocurre, decimos que desarrolla una actividad por gestión indirecta.

En esta investigación, nos referimos a la gestión indirecta como gestión delegada, precisamente con el sentido que tiene el término que hemos dejado señalado en el apartado precedente.

En ocasiones la diferenciación entre gestión directa e indirecta o delegada es explícita. No obstante, es posible inferirla por el modo en que se regulan los traslados de competencia en cada sistema jurídico.

Por ejemplo, la aproximación general a los conceptos de «gestión directa» y «gestión delegada» en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se efectúa a través de varias fuentes.

El art. 116 del COOTAD establece que «[l]a gestión es la capacidad para ejecutar, proveer, prestar, administrar y financiar servicios públicos». En lo que aquí interesa, como hemos anotado, la CE diferencia, respecto de los sectores estratégicos y servicios públicos, la gestión a través (a) de sus propios órganos y entidades (incluidas las empresas públicas), (b) de empresas mixtas con mayoría pública y (c) de otras empresas privadas (incluidas empresas mixtas con capital minoritario público) o entidades de la economía popular y solidaria.

El criterio de que las APP son una «modalidad de gestión delegada» de un proyecto público específico ha sido recogido en los arts. 74 a 77 del COA. De acuerdo con el art. 75 del COA, la gestión delegada siempre está referida a un proyecto específico de interés público, evaluado técnica, económica y legalmente por la administración competente. El proyecto definirá los riesgos que se transfieren al gestor de Derecho privado y a aquellos retenidos por la Administración competente, de modo que el proyecto pueda ser viable.

²³⁸ En el ámbito de la LCSP, ver sobre la ejecución de garantías en relación con una sentencia del Tribunal Supremo español de 30 de septiembre de 2019, el trabajo de C. Yáñez Díaz. «De nuevo sobre la incautación de la garantía definitiva: La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2019», en *Actualidad administrativa*, núm. 1, 2020.

En el ámbito subnacional, el COOTAD²³⁹ regula, entre otras materias, la organización político-administrativa del Estado ecuatoriano en su territorio (art. 1) y, en tal contexto, introduce definiciones que permiten diferenciar los conceptos de «gestión directa» y «gestión delegada».²⁴⁰ En los artículos 276 a 278 del COOTAD, para el caso de los gobiernos descentralizados autónomos, se regula los supuestos de gestión directa, incluyendo: (a) la gestión institucional directa, (b) la gestión mediante empresas públicas y (c) la gestión por contrato. En los artículos 279 a 284 del COOTAD se regula los casos de gestión delegada, incluyendo: (a) la gestión delegada a otros niveles de gobierno, (b) la gestión compartida entre diversos gobiernos descentralizados, (c) la cogestión con la comunidad, (d) la gestión a través de empresas de economía mixta y (e) la gestión delegada a la economía social y solidaria y a la iniciativa privada.²⁴¹ De este contexto normativo, se desprende que la «gestión directa» supone la intervención de la entidad pública (incluida las empresas públicas) en la gestión, sea a través de sus propios medios (organizacionales, humanos y materiales), sea a través de un contratista, por un objeto, precio y más términos previstos en el respectivo contrato, cualquiera sea su fuente de financiación que, en cualquier caso, tendrá una base presupuestaria pública.

En todos los casos de «gestión directa», la adquisición de bienes, servicios y la ejecución de obras, total o parcial, está sujeta al régimen común de actuación pública en materia de planificación material y presupuestaria, ejecución de proyectos y contratación y sistemas de control.

Por su parte, la «gestión delegada» supone la intervención de un tercero, en la provisión de las obras y servicios a cargo del ente público.

Como queda señalado, la gestión delegada a la empresa privada en sectores estratégicos y servicios públicos se considera una excepción, frente a la modalidad de gestión directa. La excepcionalidad debe estar prevista en la ley, lo que significa es que la ley ha de establecer si es posible dicha delegación y en qué casos.

2. Existencia de un contrato que regula las relaciones entre el Estado y el gestor privado

La complejidad de las relaciones que se generan en el contexto de una APP exige el empleo de varios instrumentos de carácter convencional. Sin embargo, en lo relevante para el derecho y las instituciones que resultan aplicables, la existencia de un contrato entre la Administración y el gestor privado no permite calificar la naturaleza

²³⁹ [Ecuador] Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización («COOTAD»).

²⁴⁰ COOTAD, art. 275, n. 310 («Modalidades de gestión.- Los gobiernos autónomos descentralizados regional, provincial distrital o cantonal podrán prestar los servicios y ejecutar las obras que son de su competencia en forma directa, por contrato, gestión compartida por delegación a otro nivel de gobierno o cogestión con la comunidad y empresas de economía mixta»).

²⁴¹ Dentro del marco de la Norma de Control Interno 408, «Administración de Proyectos» ecuatoriana, la NCI 408-13, Modalidad de Ejecución, se determina que: «Una vez finalizada la fase de diseño definitivo, y con el fin de seleccionar la modalidad de ejecución de los trabajos, se deben comparar los requerimientos de recursos para la ejecución de la obra con los que tiene disponibles la entidad. Algunas posibilidades de ejecución son: por administración directa, por contrato y por concesión. Cualquiera sea la modalidad escogida, deberá actuarse conforme con las disposiciones legales y reglamentarias que las rigen».

jurídica de una APP, considerando las distintas soluciones y explicaciones que los ordenamientos jurídicos, particularmente de tradición romano-germánica, han dado al caso, desde antiguo. Si la forma de instrumentar la relación es un contrato administrativo se limita a ello —lo formal—, la existencia de un contrato no dice mucho sobre el fenómeno.

El énfasis que se otorga al vínculo convencional entre el Estado y el gestor privado es propio del *common law*, aunque, como se verá oportunamente, la determinante influencia del modelo internacional, alentado por la banca multilateral —que ha asumido esta tradición jurídica en su actividad— y el régimen y práctica jurídicos de los países de origen de las inversiones ha propiciado que la mayor parte de las reformas legales e institucionales en Hispanoamérica se realicen en similar sentido, adaptándose a las circunstancias en función de la necesidad de que los proyectos sean atractivos para promotores e instituciones financieras.

En contraste, la naturaleza jurídica de una APP, al menos en su forma tradicional de concesión, en el ámbito de la tradición romano-germánica ha sido objeto de antiguos debates, de los que se desprenden, principalmente, las teorías del contrato administrativo, el acto administrativo y la del acto mixto con las que se busca explicar la referida naturaleza.

Finalmente, el uso de instrumentos convencionales para regular la relación entre el Estado y el gestor privado es más o menos intensa en función de las habilitaciones otorgadas y los asuntos que son tratados en ordenamiento jurídico: es posible constatar en regímenes maduros, la presencia de elementos esenciales, naturales y accidentales en los contratos de APP.

Hay dos tipos de desarrollo normativo empleados por los Estados, atendiendo la relevancia y el alcance en la regulación que el legislador ha efectuado respecto de la APP:

Normas minuciosas que determinan el procedimiento precontractual y los contenidos de los contratos con los que se regulan las APP (por ejemplo, en España y Chile). Este desarrollo detallado, bien consta en normas con rango de ley, o bien en normas secundarias de tipo reglamentario.

Normas simplemente de habilitación que, justificando la aplicación del principio de legalidad administrativa, otorgan potestades discrecionales a la Administración pública para estructurar el proyecto y trasladan la mayor parte de los aspectos a ser regulados en una APP al pliego de bases de los concursos públicos que preceden a la contratación y a las estipulaciones contractuales (por ejemplo, en Ecuador).

(a) Tesis que explican la naturaleza jurídica de una APP desde la figura tradicional de una concesión: el género

Consideremos, en primer lugar, la tesis del *acto administrativo* como explicación de la naturaleza del traslado de la actividad pública a una persona. Otto Mayer definió la concesión como «[e]l acto administrativo por el cual se da poder a un individuo sobre una parte de la administración pública²⁴²». El concepto parte de la posición teórica alemana en que el aspecto más general del tipo de relación de las personas respecto de

²⁴² O. Mayer, *Derecho administrativo alemán*, t. IV, Buenos Aires, Depalma, 1949, p. 149

la posición del Estado.²⁴³ Se trataría de actos de poder público (sustancia), los que se añade un elemento contractual (formal). Son actos administrativos, por ello unilaterales, que requieren previa conformidad del destinatario para su eficacia.²⁴⁴

Según la teoría del acto administrativo, la concesión consiste en un acto unilateral que el Estado produce, en ejercicio de su soberanía y las potestades de ella derivadas. El aspecto que se enfatiza cuando se concibe a la concesión como un acto administrativo es el ejercicio de una competencia que, por definición, tiene origen y límite en el mismo ordenamiento jurídico, por lo que la Administración y el gestor privado no están en la situación jurídica de alterar a su arbitrio las prescripciones: las competencias no son objeto de comercio.

Otro asunto que se resalta en este planteamiento consiste en la relación que tiene la concesión como una forma de delegación de la competencia de gestión a cargo de la Administración pública. La causa final del acto administrativo es trasladar al gestor privado ciertas obligaciones referidas a la competencia delegada por la Administración pública y en correspondencia otorgarle ciertos derechos; obligaciones y prerrogativas preestablecidas en el ordenamiento jurídico. La idea presupone que el margen otorgado por el ordenamiento jurídico a la Administración pública para proceder con la concesión es de tal modo estricto que no cabe convención de ninguna naturaleza que regule la relación entre la Administración pública y el gestor privado. De acuerdo con esta tesis, la comparecencia del gestor privado para aceptar los términos con los que se desarrollaría la concesión sería irrelevantes al momento de calificar la naturaleza jurídica de la institución.

Se estima que el error de este criterio se encuentra en desatender el hecho de que en los contratos de adhesión quien lo suscribe como adherente actúa del mismo modo que el gestor privado en la concesión.²⁴⁵

En segundo lugar, está la tesis que explica la relación jurídica desde las bases conceptuales de cualquier otro *contrato administrativo* y, por ello, comparable con uno de provisión de servicios o de construcción de obra, con la única diferencia del mecanismo de pago.

Aunque existen otras formas de colaboración entre el sector público y el privado, e incluso formas de delegación de la gestión pública a un privado que no corresponden a un acto convencional, es posible encontrar que, en términos generales, España (con su concesión de obras y concesión de servicios) y los países hispanoamericanos, han construido sus técnicas de transferencia de responsabilidades públicas en la ejecución de proyectos a la empresa privada dentro del mundo de los contratos administrativos.

Como se ha observado, el nivel de importancia que tienen los instrumentos contractuales y la determinación de los términos y condiciones que rigen la relación entre la Administración y el gestor privado varía según se trate de un marco regulatorio rígido o flexible.

²⁴³ Cfr. E. García de Enterría. «La figura del contrato administrativo». *Revista de administración pública*, núm. 41, 1963, pp. 99-130.

²⁴⁴ Cfr. E. García de Enterría. «La figura del contrato administrativo», en *Revista de administración pública*, núm. 41, 1963, p. 105

²⁴⁵ Cfr. J. Calafell, «Teoría general de la concesión», en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, n. 26, 1996, pp. 215-228.

El caso español ilustra el punto. La LCSP se ocupa de establecer lo términos esenciales de la relación y es lo suficientemente detallada que quedan para el pliego de bases y las cláusulas contractuales especialmente los aspectos técnicos y financieros del proyecto.

De acuerdo con el art. 12 de la LCSP, el sector público puede celebrar («contratos del sector público»):

- Contratos sujetos a la referida ley, bajo tipos específicos: de obras, concesión de obras, concesión de servicios, suministro y servicios.
- Aquellos sujetos a otras normas de Derecho administrativo o de Derecho privado que les sean de aplicación.

Se llaman «contratos administrativos», de acuerdo con el art. 25 de la LCSP, aquellos celebrados por la Administración pública:

- que, en relación a su objeto, están tipificados y regulados en la misma ley: contratos de obra, concesión de obra, concesión de servicios, suministro y servicios. Excepto, los contratos de servicios que tengan por objeto servicios financieros,²⁴⁶ los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y ciertos espectáculos²⁴⁷ y los que tengan por objeto la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos; y
- los que declarados así por alguna ley o que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella como contratos administrativos especiales por alguna ley («contratos administrativos especiales»)

Por otra parte, son contratos privados del sector público aquellos que no se pueden calificar como administrativos de acuerdo con la ley, los celebrados por un poder adjudicador que no tengan condición de Administración pública y aquellos que son celebrados por una entidad del sector público que no sea poder adjudicador.

De acuerdo con el art. 25 de la LCSP, los contratos administrativos se regirán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción, por la LCSP y sus disposiciones de desarrollo y supletoriamente se aplicarán primero las restantes normas de Derecho administrativo y, luego, las normas de Derecho privado. Para el caso de los contratos administrativos especiales les son aplicables, en primer término, sus normas específicas.

En ocasiones, la ley aplicable remite la regulación de varios aspectos de la relación Administración pública-gestor privado a normas subordinadas. Así, de acuerdo con el art. 3.3 de la Ley APP colombiana, el gobierno puede reglamentar, incluso por sectores, las condiciones para el cumplimiento la disponibilidad, los niveles de servicio, estándares de calidad, garantía de del elementos que se consideren necesarios para el desarrollo de los proyectos APP.

²⁴⁶ Con número de referencia CPV de 66100000-1 a 66720000-3

²⁴⁷ Con número de referencia CPV de 79995000-5 a 79995200-7, y de 92000000-1 a 92700000-8, excepto 92230000-2, 92231000-9 y 92232000-6.

En otros casos, la ley hace una remisión directa de ciertas materias a los contratos. Esta es la situación de El Salvador; en este país son las bases y los contratos los principales medios de regulación de la relación entre los partícipes de la APP, conforme lo señalan, por ejemplo, los arts. 55²⁴⁸ y 56²⁴⁹ de la Ley APP salvadoreña. De acuerdo con el régimen señalado, los contratos no pueden alterar las condiciones objetivas previas en las bases y, «[s]in perjuicio de las disposiciones que de acuerdo a la naturaleza de cada contrato se pacten», en ellos se debe estipular:

- los requisitos y condiciones bajo los cuales la Administración puede autorizar, la emisión, transferencia y cesión de la empresa que actúa como gestor privado;
- las condiciones que debe cumplir la cesionaria en dicho período;
- la posibilidad de que el gestor pueda financiarse, mediante la colocación de valores o bonos de cualquier clase en oferta pública bursátil;²⁵⁰
- las obligaciones y las penalidades, y, en particular, cuando se trate de la afectación de derechos de los trabajadores;
- que los bienes y derechos del gestor privado, afectos al contrato, no pueden ser enajenados separadamente, ni hipotecados o sometidos a gravámenes de ninguna especie, sin consentimiento de la Administración;²⁵¹ y,
- el inicio de su vigencia a partir de su suscripción entre la Administración y la empresa que se empleará como gestor privado.

Finalmente, en El Salvador se autoriza que las partes pacten someterse a la normativa de seguros de las entidades que otorguen garantías a las inversión y, en tal caso, someter los conflictos que se deriven con ocasión de estos seguros, a los mecanismos de resolución de controversias previstos en tal régimen. Las controversias no vinculadas con este régimen se solucionan de mediante los mecanismo nacionales o internacionales de solución de controversias que se hubieran estipulado, siempre con una etapa de arreglo directo y una ante una mesa de especialistas.²⁵²

El sistema jurídico mexicano determina que el contrato y sus anexos definen los derechos y las obligaciones de las partes, sin que este instrumento pueda alterar los términos y condiciones del pliego de bases del concurso y las aclaraciones producidas durante el procedimiento²⁵³ los señalados en las juntas de aclaraciones.

Los contratos de los proyectos APP incluyen también la regulación de las facultades exorbitantes propios de la contratación pública, cuando la ley no lo desarrolla

²⁴⁸ [El Salvador] Ley APP salvadoreña, art. 55.

²⁴⁹ [El Salvador] Ley APP salvadoreña, art. 56

²⁵⁰ «En caso de valores de deuda, no podrán emitirse valores o bonos cuyo plazo de redención total o parcial finalice en fecha posterior al plazo de vigencia del contrato». [El Salvador] Ley APP salvadoreña, art. 56.

²⁵¹ De acuerdo con el régimen salvadoreño, estos bienes pasan libres de gravámenes a la conclusión del contrato a favor de la Administración «por ministerio de la ley». [El Salvador] Ley APP salvadoreña, art. 56.

²⁵² [El Salvador] Ley APP salvadoreña, art. 92.

²⁵³ [México] Ley APP mexicana, art. 92, último inciso.

en detalle. En Colombia se hace referencia a las potestades en la ley por remisión al régimen general de contratación pública, pero se remite su regulación al contrato.²⁵⁴

Es posible concebir una tercera ruta que integra la concepción del acto administrativo, en todo lo que implica la delegación de una competencia pública a un tercero, por un lado y, por otro, el contrato administrativo que define los términos y condiciones de la relación que se desprende de la delegación.

De acuerdo con la tesis del acto mixto, la concesión integra los dos criterios precedentes, en la medida en que en el proceso se integran dos tipos de regímenes en función del tipo de relación que se regula y los puntos de conexión que determinan la regla aplicable.

En México,²⁵⁵ por ejemplo, la realización de proyectos de APP exige un contrato de largo plazo, en el que se establezcan los derechos y obligaciones del ente público contratante, por un lado y los del o los desarrolladores que presten los servicios y, en su caso, ejecuten la obra, por el otro. No obstante, el otorgamiento de uno o varios permisos, concesiones o autorizaciones para el uso y explotación de los bienes públicos, la prestación de los servicios respectivos, o ambos, es también un elemento constitutivo de la relación. Aunque el ejemplo se limita a considerar que no es suficiente el contrato para encuadrar una pluralidad de relaciones que pueden emerger de la modalidad de gestión, resulta útil para explicar que la tesis es posible desde la perspectiva de todos los subsistemas de regulaciones que son relevantes cuando se trata de trasladar al sector privado una actividad pública.

Existen, pues, dos componentes críticos que forman parte del régimen jurídico de los contratos de gestión delegada: (i) la naturaleza pública de la prestación encomendada al delegatario, lo que supone un régimen administrativo que autoriza el traslado y regula la actividad, con independencia de quien provea el servicio; se aplica incluso sin previsión de ningún contrato; y, por otra parte, (ii) el conjunto de relaciones de contenido patrimonial que justifican la intervención del delegatario que, animado por su interés económico, interviene en la prestación del servicio público; ese conjunto de relaciones de contenido patrimonial son el objeto de un contrato administrativo.

(b) Formas de instrumentación de la delegación de gestión a la empresa privada: la APP como gestión delegada contractual

De cuanto hemos señalado, hay en las APP un doble contenido que es relevante, a propósito de régimen aplicable observado sistemáticamente: un traslado de competencia pública desde la Administración que se justifica desde la base conceptual de lo que sería una delegación; y, por otra, una relación convencional de tipo administrativo que regula derechos y obligaciones de las partes vinculadas.

Ahora bien, es posible que haya delegación, pero no contrato. Las APP se refieren únicamente a los casos de delegación con contrato. Una buena demostración de ello es el caso ecuatoriano, que usamos como referencia de análisis.

²⁵⁴ [Colombia] Ley APP colombiana, art. 22 («Los contratos para el desarrollo de proyectos de APP incluirán las cláusulas excepcionales, propias de la contratación pública tales como la de caducidad, terminación unilateral y las demás establecidas en la ley»).

²⁵⁵ [México] Ley APP mexicana, art. 13.

Los arts. 74 y 76 del COA, igual que en el Decreto 810, prevén dos formas de instrumentación de la delegación de gestión a la empresa privada: (a) el contrato y (b) autorización administrativa. De acuerdo con el COA (art. 74), la gestión delegada por autorización administrativa es siempre precaria y en ningún caso generará derechos exclusivos para el gestor. Un caso específico de esta delegación de gestión es el empleado para las entidades colaboradoras en el régimen de licenciamiento urbanístico en Quito.

La gestión delegada mediante contrato, conforme al art. 76 del COA, se sujeta a las siguientes reglas generales, muchas de las cuales constan también en la LIAPP:

- La selección del gestor de Derecho privado se efectuará mediante concurso público.
- Para la selección del gestor de Derecho privado, la administración competente formulará el pliego de bases administrativas, técnicas y económicas y los términos contractuales que regirán el procedimiento y la relación entre la administración y el gestor.
- Los contratos para la gestión delegada a sujetos de Derecho privado se formularán según las mejores prácticas internacionales y salvaguardando el interés general.
- La administración puede elaborar modelos de contratos que pueden ser empleados como base en actuaciones de similar naturaleza.
- El ejercicio de las potestades exorbitantes de la administración se sujetará al régimen general en materia de contratos administrativos.
- Se determinarán expresamente los términos de coparticipación de la administración y el sujeto de Derecho privado.

La LIAPP regula exclusivamente los casos de delegación de la gestión mediante «contrato de gestión delegada», y son precisamente los contratos de gestión delegada los que, normativamente, dan lugar a las APP en el Ecuador.

Se define, así, la asociación público-privada como la modalidad de gestión delegada por la que el Gobierno Central o los Gobiernos Autónomos Descentralizados encomiendan al gestor privado, la ejecución de un proyecto público específico y su financiación total o parcial, para la provisión de bienes, obras o servicios a cambio de una contraprestación por su inversión, riesgo y trabajo, de conformidad con los términos, condiciones, límites y más estipulaciones previstas en el contrato de gestión delegada.²⁵⁶

Las APP en el Ecuador, por tanto, implican la concurrencia de los siguientes elementos definitorios:

- Se trata de una forma contractual de delegación a la empresa privada de una competencia pública de gestión. El criterio es consistente con las previsiones del art. 76 del COA.

²⁵⁶ [Ecuador] Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera («LIAPP»), publicada en el Registro Oficial (Suplemento) núm. 652, de 18 de diciembre de 2015, art. 8.

- Se refiere a un proyecto público específico, de modo que lo que se delega es un conjunto de actividades referidas un proyecto de interés público y no la potestad de gestión en sí misma. En el mismo sentido consta la regla del art. 75 del COA.
- El proyecto público se refiere a la provisión de bienes, obras o servicios a cargo de la entidad delegante. Se presupone que la competencia material está asignada al órgano o entidad como competencia exclusiva o concurrente.
- La participación de la empresa privada incluye necesariamente la financiación, total o parcial, del proyecto cuya ejecución se delega, con independencia de las restantes actividades delegadas.
- La empresa privada tiene derecho a percibir una contraprestación por su inversión, riesgo y trabajo.
- La distribución de riesgo y beneficios y, por tanto, la determinación de los derechos y obligaciones de las partes, están fijados especialmente en los contratos de gestión delegada.

Los contratos de gestión delegada pueden adoptar distintas formas jurídicas. Así, el tercer inciso del art. 100 del COPCI determinó que las modalidades de delegación pueden consistir en la concesión, alianza estratégica u otras formas contractuales de acuerdo con la ley, observando, para la selección del delegatario los procedimientos de concurso público determinados en el reglamento, salvo cuando se trate de empresas de propiedad estatal de los países que formen parte de la comunidad internacional.

3. Las APP no son formalmente privatizaciones de la actividad pública, pero generan efectos prácticos similares

En buena medida, los términos empleados para referirse a la modalidad de gestión por la que se transfiere el ejercicio de una competencia atribuida legalmente a la Administración pública a la empresa privada son relevantes en el discurso que tiende a justificar la medida ante la desaprobación social de la privatización. No se trata de hacer privado aquello que socialmente ha sido originalmente encomendado a la Administración pública.

Se insiste que las APP no deben confundirse con la privatización.²⁵⁷ La Administración sigue siendo la responsable de la prestación del servicio público y, en este sentido, es una delegación de una competencia pública.

En el ámbito del Derecho público, la «delegación» tiene una connotación técnica específica: hay delegación cuando se traslada el ejercicio de una competencia de un órgano a otro bajo su dependencia; se trata de un traslado de competencias sin modificación del régimen de distribución de la potestad pública. Las variaciones del concepto técnico general son muchas y dependen del sistema jurídico en el que se inserta la figura. Por ejemplo, en España la delegación se diferencia de la encomienda de gestión o de la delegación de firma, por el régimen jurídico que les resulta aplicable. Por lo contrario, en el Ecuador estas diferencias no se producen: el tratamiento normativo para estos casos es idéntico y se incorpora bajo la figura de la delegación. Lo

²⁵⁷ Cfr. [ONU] Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa. *Guidebook on Promoting Good Governance in Public-Private Partnerships*. Ginebra: United Nations Publications, 2008, p. 4.

que nos interesa subrayar es que usualmente el término se emplea únicamente cuando se describe una relación jurídica de carácter administrativo entre órganos y/o entidades públicas, y no cuando el traslado de la competencia se produce desde la Administración pública hacia la empresa privada.

No obstante, empleamos el término «delegación» en un sentido amplio; esta connotación más general también se emplea en el campo jurídico. De acuerdo con la Real Academia de la Lengua, «delegar» significa «[d]ar la jurisdicción que tiene por su dignidad u oficio a otra, para que haga sus veces o para conferirle su representación».²⁵⁸ Este es el sentido que se emplea en el ámbito del Derecho privado para referirse al traslado que el mandatario hace de su encomienda de gestión a un tercero, con o sin autorización del mandante.²⁵⁹

Así, el mandato otorgado a la autoridad por la comunidad para atender las actividades y tareas necesarias para prestar un servicio, suministrándose los medios necesarios, se traslada a un tercero, en este caso un sujeto de Derecho privado.

La privatización en estricto sentido se suprime la idea de la «reserva pública» de la actividad, aunque la Administración pública pueda mantener competencias de regulación de precios del mercado (la denominada «potestad tarifaria»). Es verdad, entonces, que no hay privatización en una APP, si se considera como referente el requisito formal de que permanece la titularidad de la competencia en cabeza de la Administración. No obstante, materialmente, se reconfigura el papel de la Administración y el sector privado en actividades que, aunque se encuentren reservadas al Estado, ahora serán destinadas conforme al régimen que corresponde a su gestor, con independencia de que se trate de una actividad regulada.

También se señala, para enfatizar la diferencia, que en la privatización hay una transferencia de propiedad de los bienes vinculados con la prestación del servicio, mientras que en la APP no sucede.

Las APP son también distintas a los mecanismos tradicionales que emplea la Administración pública para proveerse de bienes y servicios del mercado. En estos procedimientos tradicionales, la Administración pública decide cómo procederá con la prestación del servicio y qué medios va a obtener del mercado. Su objetivo es obtener la mejor relación precio-calidad en el contexto de la competencia de proveedores de medios. En las APP, la Administración fija los términos de resultados el suministro a ser encomendado al gestor privado, que tiene a su cargo la organización de los medios para alcanzarlos, asumiendo las cargas y riesgos derivados de las actividades encomendadas dentro del proyecto que se desarrolla en un periodo usualmente largo. Las relaciones materiales y subjetivas son múltiples y no se reducen a la provisión misma del medio contratado. Así, en la financiación, diseño, construcción, operación, mantenimiento,

²⁵⁸ *Diccionario de la lengua española* [en línea], 23ª ed., s. v. «delegar», <www.rae.es>, [Consulta: 13/12/2019]. Se emplean dos ejemplos: «Delegó en su hijo la decisión sobre el futuro de la empresa» y «Después de su último infarto, prefirió delegar más en su socio».

²⁵⁹ En España, el asunto está regulado en el art. 1721 del Código Civil («El mandatario puede nombrar sustituto si el mandante no se lo ha prohibido [...]»). Nótese que los términos «sustitución» y «delegación» son fungibles para explicar la regla. Ver García Guardiola. *Instituciones de Derecho Privado, Obligaciones y Contratos*. Madrid: Civitas, v. 2, pp. 1246 y ss. Una regla idéntica le mantiene en Hispanoamérica. Por ejemplo, el artículo 1924 del Código Civil argentino permite la sustitución, mientras no exista prohibición expresa del poderdante.

etcétera, el gestor privado esta vinculado con la Administración pública, los prestamistas, usuarios, entre otros.

4. Objeto de la delegación de gestión: la actividad pública referida a un proyecto público (usualmente de inversión)

No hay mayor discusión acerca de que una APP tiene por objeto la implementación de un proyecto público que involucra bienes o servicios que están ordinariamente a cargo de la Administración pública y respecto de los cuales se busca algún tipo de intervención de un gestor privado.

Por otra parte, conviene anotar que en lo que respecta al objeto de una APP, el debate se centra, y particularmente en España, exclusivamente en la diferenciación de esta figura con aquellas que tradicionalmente fueron reguladas en el ordenamiento jurídico y se destinaron, precisamente, para trasladar al sector privado obligaciones y derechos vinculados con cometidos públicos en la ejecución de obras y/o provisión de servicios públicos.

En España, junto al régimen tradicional de concesiones (de obras y servicios públicos), en algún momento se agregó la figura de la colaboración público-privada como otro contrato típico, aunque escasamente caracterizado, lo que forzó a la academia a buscar las diferencias entre estos dos tipos de contratos para determinar el ámbito de aplicación en cada caso.²⁶⁰ Los contratos de concesión de obras y servicios se los identifica por el tipo de proyecto público del que se trata y, en el caso, de aquella figura el objeto era difuso, al grado que debía remitirse la regulación a lo que resultara como elemento sustancial del proyecto público a ser desarrollado.

Un proyecto APP que implica una obra, siempre será un proyecto en el que hay una inversión sustancial que, desde la perspectiva financiera, caracteriza las obligaciones principales. Por lo contrario, en un contrato de concesión de servicios la inversión en obras o equipamiento resulta despreciable desde la perspectiva de la operación de aquello que existe.

En Hispanoamérica no ha habido oposición en estimar que las APP constituyen el género en el que se incluye la concesión como una especie, de modo que las particularidades de las prácticas internacionales para asegurar la viabilidad financiera de un proyecto, específicamente, la intervención de la Administración pública en su cofinanciación, *v. gr.*, mediante aportes para la inversión inicial o los denominados «pagos por disponibilidad» únicamente han supuesto reformas al régimen de concesión. Lo relevante en relación al objeto de una APP es que los bienes o servicios que implica la implementación del proyecto público son relevantes para definir el contenido específica de la relación, pero junto a ello, está el proyecto público que como tal se integra en el sistema de planificación material y financiera del Estado y, en ese sentido, corresponde a una realización pública. Los *outputs* del proyecto son indicadores del

²⁶⁰ Se estima, por ejemplo, que la diferencia entre la concesión de obra tradicional del Derecho español y el nuevo contrato de colaboración público-privada, no estaría en el tipo de retribución del gestor privado, sino únicamente en si la obra es susceptible o no de explotación económica. Cfr. L. Casculluela, «Prólogo» de la obra de M. Hernando Rydings. *La colaboración público privada. Fórmulas contractuales*. Madrid: Civitas, 2012., p. 30.

cumplimiento de los objetivos de política pública. Por ello es tan importante que un proyecto APP se deba construir en función de indicadores de resultado (¿qué se quiere conseguir?) y no la manera en que se los busca (¿cómo?).

Finalmente, es necesaria hacer una aclaración que es relevante en los sistemas jurídicos analizados. El proyecto público que es objeto de la delegación no se refiere necesariamente a infraestructura, en el sentido de que debe estar vinculado con un activo, infraestructura u obra pública, como se insiste permanentemente.

En relación con un proyecto APP, se suele emplear indistintamente los términos activo, infraestructura y obra pública. Los tres términos tienen significados con alcance distintos y, en algún caso, oscuro.

El término «activo»²⁶¹ tiene un sentido especialmente contable y se lo emplea para identificar un bien —como concepto jurídico— de propiedad de un sujeto; puede ser corporal (líquido —como el dinero— o fijo —como un terreno—) o incorporeal (un derecho, por ejemplo). Por su grado de liquidez, los activos se clasifican en fijos y circulante o corriente. Cuando se habla de un activo en el ámbito de una APP se hace referencia a aquellos bienes de larga duración de los que depende la provisión del servicio al que se refiere el proyecto público.

También es usual que se emplee los términos «infraestructura»²⁶² y «obra pública»²⁶³ como sinónimos.²⁶⁴

El concepto de infraestructura puede variar desde la perspectiva económica, en razón del impacto e incidencia del objeto al que se le asigna el nombre los efectos que produce²⁶⁵ o la postura teórica.²⁶⁶ El sentido último es irrelevante en materia de APP. Cuando se hace referencia a «infraestructura económica», por ejemplo, se busca designar al conjunto de bienes destinados a incrementar la productividad y competitividad de un país y, cuando empleamos la expresión «infraestructura social» se hace referencia a inversiones en sectores como la educación, salud o el saneamiento destinadas a incrementar el bienestar de las personas o incrementar el capital humano. El BM se refiere a la infraestructura como *social overhead capital* y, dentro de la categoría

²⁶¹ La acepción que interesa se refiere a: «8. m. Econ. Conjunto de todos los bienes y derechos con valor monetario que son propiedad de una empresa, institución o individuo». *Diccionario de la lengua española* [en línea], 23ª ed., s. v. «activo», <www.rae.es>, [Consulta: 13/12/2019].

²⁶² En lenguaje natural, con el término se hace referencia a: «1. f. Obra subterránea o estructura que sirve de base de sustentación a otra»; o, «2. f. Conjunto de elementos, dotaciones o servicios necesarios para el buen funcionamiento de un país, de una ciudad o de una organización cualquiera». *Diccionario de la lengua española* [en línea], 23ª ed., s. v. «infraestructura», <www.rae.es>, [Consulta: 13/12/2019].

²⁶³ Las definiciones que interesan son: «1. f. Cosa hecha o producida por un agente» o «4. f. Edificio en construcción. En este lugar hay muchas obras». *Diccionario de la lengua española* [en línea], 23ª ed., s. v. «obra», <www.rae.es>, [Consulta: 13/12/2019].

²⁶⁴ Cfr. A. Casares. *La concesión de obras públicas a iniciativa particular: tramitación, adjudicación y garantía contractual de la calidad*. Madrid: Montecorvo, 2007; G. de Rus. «Infraestructuras: ¿Qué podemos decir los economistas?», en *La investigación económica en España, 1990-2000. Una década de cambios*, 2001.

²⁶⁵ Cfr. J. Fourie. «Economic infrastructure: a review of definitions, theory and empirics», en *South African Journal of economics*, vol. 74, núm. 3, 2006, pp. 530-556.

²⁶⁶ De Marx proviene el binomio «infraestructura» y «superestructura», para identificar con el primer término a la base económica de una sociedad y con el segundo a sus instituciones. Ver al respecto F. López. «Marx y nosotros», en *Extoikos*, núm. 9, 2013, pp. 43-45; o, M. Harnecker. *Los conceptos elementales del materialismo histórico*. Madrid: Siglo Veintiuno, 1976.

de infraestructura económica, diferencia los *public utilities* (energía, telecomunicaciones, agua potable, saneamiento y alcantarillado, recolección y disposición de residuos sólidos y suministro de gas), las obras públicas (vías y represas y canales de irrigación y drenaje) y otros del sector de transporte (trenes, transporte urbano, canales, puertos y aeropuertos).²⁶⁷

En el ámbito de las APP, con el término se busca identificar proyectos en los que es necesario el suministro de un conjunto de elementos físicos de los que depende la prestación de los servicios y, en particular, elementos que se construyen, rehabilitan, se equipan, se operan y se mantienen. Es mucho más preciso referirse a infraestructura física.

El término «infraestructura» es empleado por la banca multilateral para hacer referencia a las « —estructuras físicas y organización básicas— necesarias para hacer posible la actividad económica, social y gubernamental».²⁶⁸

Con estas consideraciones llegamos al concepto de «obra pública» que, especifica de mejor manera lo que con «activo» e «infraestructura» se quiere expresar en relación con una APP. Una obra pública es una construcción que atiende un interés público o general. En una buena parte de los proyectos públicos que se gestionan a través de una APP, hay una obra pública implicada. El servicio a ser provisto a la comunidad —se diría— depende de la construcción, rehabilitación o equipamiento de una obra pública.

Cualquiera sea la nomenclatura que se emplee, una definición de APP que la caracterice a partir de la existencia de un activo fijo de larga duración, una infraestructura física o una obra pública a ser construida o rehabilitada excluye de su régimen los casos en los que se requiere únicamente la organización y provisión de servicios o la realización de actividades de titularidad pública, para cuyo efecto los medios físicos son secundarios.

En el relación con el proyecto público específico el servicio es el fin y la medida de los medios requeridos. No se trata de generar un *stock* de infraestructura, sino de atender las necesidades colectivas. La infraestructura puede generar beneficios en el crecimiento económico, aliviar la pobreza y coadyuvar en la sostenibilidad ambiental, pero únicamente si permite proveer servicios de acuerdo con la demanda efectiva y se lo hace eficientemente.²⁶⁹

5. La función del gestor privado

Otro de los aspectos que caracterizan a una APP es el nivel de intervención del gestor privado en la financiación y en la gestión misma del proyecto.

No hay APP si la empresa privada no se ocupa de una buena parte de la financiación del proyecto, cuando se trata de un proyecto de inversión. Desde la perspectiva de la Administración una de las ventajas de la modalidad consiste precisamente en que cierta actividad pública y la satisfacción de algunas de las

²⁶⁷ Cfr. BM. World Development Report 1994. Infrastructure for Development. Nueva York: Oxford University Press, 1994, p. 2

²⁶⁸ BM, BAD y BID. *Asociaciones Público-Privadas. Guía de Referencia*, v. 2.0, Washington: BM, 2004, p. 14

²⁶⁹ Cfr. BM. World Development Report 1994. Infrastructure for Development. Nueva York: Oxford University Press, 1994, p. 2

necesidades de la comunidad puedan ser atendidas con recursos que no provienen de su presupuesto o, en caso de que sean requeridos, únicamente sería de modo parcial y/o diferida para asegurar la viabilidad financiera del proyecto.

Tampoco se puede estimar que haya APP (al menos desde una perspectiva normativa) si el gestor privado no asume un rol que le permita obtener eficiencias en la ejecución del proyecto: de ellas depende su rentabilidad y, fundamentalmente, las mejoras en términos de calidad y coste en beneficio de la comunidad.

El rol del gestor privado está ligado al objeto del proyecto y a los riesgos asumidos: por ejemplo, quien construye debería estar a cargo del mantenimiento de la obra, pues los flujos de egresos en esta actividad dependen de la calidad de la construcción original; o, fijados los niveles de servicio requeridos por la Administración pública, el gestor privado debe estar en la libertad de alcanzarlos a través de la mejor solución, asume así el gestor privado el riesgo de diseño.

Este modo de integrar los componentes del proyecto público para trasladar su gestión a la empresa privada es lo que se ha dado en llamar «empaquetamiento» (*bundling*), que constituye la técnica destinada a conseguir un efectivo traslado de riesgos según los supuestos de distribución que alientan la evaluación de un proyecto público y su modelo de gestión.

En relación con el rol del gestor, conviene hacer una digresión sobre la idea constante en el enfoque internacional de que la implementación del proyecto público debe involucra infraestructura.

6. Reparto de riesgos del proyecto y los riesgos públicos generales

En las APP el reparto de los riesgos vinculados con la ejecución del proyecto se ha tornado en uno de los aspectos de mayor relevancia.

Si se concede que la financiación privada para la ejecución de un proyecto es más caro que el público, la conveniencia o no de acometerlo mediante esta modalidad se basa en el traslado adecuado de ciertos riesgos al gestor privado en la medida de su capacidad de gestionarlos, de tal modo que sea posible alcanzar mayores niveles de eficiencia que repercutan en ventajas para la comunidad.

El estudio del *value for money* se ha hecho una característica en los estadios iniciales en la estructuración de un proyecto a ser ejecutado en el marco de las APP. Tiene por propósito determinar si la ejecución del proyecto con la intervención del gestor privado es mejor que su realización mediante modalidades tradicionales de contratación de obras, bienes o servicios, una vez que se han establecido y valorado los riesgos retenidos y transferidos.

A un análisis de esta naturaleza le suele preceder sistemas más sencillos de evaluación preliminar («índice de elegibilidad») y se suelen completar con otro tipo de estudios («estudios multicriterio»), antes de que la Administración pública decida el alcance del proyecto, su modelo de gestión y su viabilidad técnica, económico-financiera y jurídica.

Es necesario reconocer que el análisis de riesgos y su distribución entre las partes siempre han estado presentes en la contratación pública (y privada), aunque en una buena parte de Hispanoamérica el proceso ha sido más que técnico, intuitivo y, fundamentalmente, limitado a la aplicación e interpretación de las prescripciones del ordenamiento jurídico vigente en cada coyuntura.

Una de las causas en el fracaso de proyectos APP, en sus nuevas y viejas formulaciones, ha sido las falencias de la Administración pública en esta materia.

Por ejemplo, la quiebra del gestor privado, según sea el momento de implementación del proyecto (construcción de la obra u operación), puede suponer que el objetivo de suministro de los medios para satisfacer un derecho se postergue o se vea afectado seriamente. A este conjunto de riesgos, los podemos denominar «riesgos públicos generales» y están relacionados con objetivos más generales que se buscan atender con la implementación del plan nacional, sectorial o territorial de desarrollo.

Uno de los riesgos públicos generales y que más nos interesa en este estudio es el que tiene relación con las afectaciones en la sostenibilidad fiscal, porque los efectos de la producción del evento riesgoso, finalmente, es absorbido por la comunidad o las generaciones futuras. Se los suelen denominar «riesgos fiscales» y su análisis es fundamental en la etapa de preparación de todo proyecto de inversión, cualquiera sea su modalidad de gestión.

Otro tipo de riesgo público general es el vinculado con las afectaciones en el acceso a derechos fundamentales que pueden derivarse del incumplimiento de los objetivos específicos determinados para el proyecto público. De este riesgo no hay tantas referencias en la literatura de las APP, como las que existe en relación con la distribución de los riesgos del proyecto, pero tiene una gran importancia para el derecho desde la perspectiva del análisis de eficacia sistémica. Se presupone que la identificación de la solución de política que se traduce en un proyecto de inversión pública y, en su caso, en la selección de la modalidad con el que se lo va a gestionar, implica un análisis del impacto del proyecto y su modalidad de gestión, en términos de coste-beneficio económico y social. Los estudios de prefactibilidad y factibilidad del proyecto dependen de los supuestos y estimaciones que el técnico emplea para derivar sus conclusiones. Cuando las bases de la indagación no consideran la relevancia del rol de la Administración en la satisfacción de los derechos constitucionales a los que se vinculan los programas y proyectos públicos es muy probable que el estudio arroje conclusiones positivas sin que se haya considerado el impacto, en términos de costes, de la decisión sobre conceptos tales como el acceso a estos derechos constitucionales.

En efecto, esta investigación busca demostrar que el uso de la modalidad de APP, por sí misma, asumiendo un estado de equilibrio entre la situación financiera de los integrantes de la comunidad y el sistema financiero público, la modificación de la modalidad de gestión del proyecto público, desde la gestión directa hacia la delegada, implica un desbalance que se refleja en: (a) una mayor carga individual en la renta disponible; o, (b) una mayor carga colectiva en el presupuesto de gastos públicos. En términos reales, la renta individual en situación de equilibrio permite a los individuos satisfacer las necesidades propias y la de sus dependientes y participar en la financiación del gasto público, mediante su sistema tributario fundado en el principio de capacidad económica. En situación de equilibrio, las necesidades básicas son satisfechas con la renta individual y, cuando esta es deficitaria, a través de las transferencias que se originan en el gasto público.

7. La APP como modalidad de financiación pública

Las APP, además de constituir una modalidad de gestión de la actividad pública, *i. e.*, un «modo de hacer», son también, ordinariamente, un instrumento de financiación pública. Es decir, el sentido instrumental que se ha dado a la figura, no se limita a trasladar la gestión de un proyecto público a la empresa privada, sino también permitir a la Administración financiar su programa de inversión pública, contando con la participación del capital privado y sus capacidad para acceder al mercado financiero.

Hemos señalado que esta función de una APP es el uso común. A estas alturas, este aspecto de hecho no debe estar en debate. Los Estados acudieron al mecanismo para aligerar sus cargas financieras sin afectar la ejecución de sus proyectos de inversión, considerando la relevancia que tiene la infraestructura (física e intangible) en el crecimiento y desarrollo sostenible. Aunque importantes, fueron accesorias las razones fundadas en el *know-how* privado y los efectos del interés empresarial en relación con los criterios de eficiencia económica. No obstante, este criterio general sobre su uso práctico, excluiría de su ámbito las fórmulas de traslado de competencias de gestión por contrato al sector privado, cuando no exista necesidad de financiar una obra o, en general, cuando su participación se reduzca a la organización y provisión de medios preexistentes para la prestación de un servicio público.

Como lo hemos anotado, en España el contrato de concesión de servicios es un caso importante a considerar dentro de una definición abarcativa que nos proponemos de lo que es una APP. En la tradición de los sistemas jurídicos hispanoamericanos también está incorporado este tipo de contrato.

Por otra parte, el rol del gestor privado está limitado al ámbito específico del proyecto público a implementarse. Esto significa que los riesgos referidos a los objetivos específicos del proyecto son los que se distribuyen entre la Administración y el gestor privado. Desde este enfoque —limitado al proyecto— las pérdidas que se buscan evitar con una adecuada gestión de riesgos están vinculadas con estos objetivos específicos. Desde la perspectiva del gestor privado, el instrumento inicial empleado para limitar su exposición a los riesgos en la implementación del proyecto es precisamente la instrumentación de una VPE, de modo que, patrimonial y financieramente, las pérdidas originadas en eventos riesgosos, en principio, se acotan a la inversión efectiva de los promotores en el instrumento empresarial.

No obstante, la implementación de un proyecto público a través de la modalidad de gestión involucra riesgos externos al proyecto que se ubican en el cumplimiento de objetivos más generales de la actividad pública. Estos riesgos son más difíciles de mitigar y gestionar. Siempre se mantienen en cabeza de la Administración y se trasladan a la comunidad, por esta razón.

CAPÍTULO II

RÉGIMEN JURÍDICO-ADMINISTRATIVO Y EL CICLO DEL PROYECTO DE APP

A. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

En este capítulo nos ocupamos de explicar las soluciones que se han introducido en los sistemas jurídicos de Ecuador y España para regular el contrato de APP, empleando la matriz del modelo internacional y, cuando resulte útil, de otros sistemas jurídicos hispanoamericanos.

El objetivo que persigo no es puramente analítico. De hecho, el tratamiento que hago de los regímenes aplicables no pretende ser exhaustivo. Únicamente busco subrayar los asuntos que permiten demostrar la manera en que un instrumento convencional entre la Administración y el gestor privado puede llegar a modificar sustancialmente las relaciones entre las personas —que son terceros respecto del contrato— y el Estado. La base de la construcción conceptual de las APP es lo que se ha defendido como una distribución «adecuada» de los riesgos del proyecto. No obstante, el sistema jurídico se ha construido de modo tal que la estructuración del proyecto y la formulación del contrato sean únicamente receptores de las necesidades de viabilidad comercial y financiera de los proyectos, con el convincente discurso de la eficiencia que no ha podido demostrarse en la práctica.¹ Creo que el error más importante está en suprimir todo análisis de equidad de la decisión pública sobre la modalidad de gestión.

¹ No en vano, el Tribunal de Cuentas Europeo recomienda: «a) no promover un uso más intensivo y generalizado de las APP hasta que se subsanen los problemas detectados y se apliquen satisfactoriamente las siguientes recomendaciones; b) mitigar el impacto financiero de los retrasos y las renegociaciones sobre el coste de las APP asumido por el socio público; c) basar la selección de la opción de la APP en análisis comparativos sólidos sobre la mejor opción de contratación; d) Establecer unas políticas y estrategias

Al contrato de APP lo podemos señalar como el instrumento principal dentro de un sistema de contratos. Además, no se puede perder de vista que, el contrato de APP integra un conjunto más amplio de regulaciones sobre las relaciones jurídicas implicadas en el desarrollo de un proyecto de APP que no se reducen a los referentes convencionales.

He apuntado ya que el contrato de APP, en principio, modifica los puntos de conexión con el sistema jurídico que se aplica a la organización y provisión del servicio público al que se refiere el proyecto de APP, gestionado con la intervención del sector privado. Desde esta perspectiva, no es posible referirse a una APP sin partir de algunas ideas que estimo básicas:

Primero, el proyecto cuya gestión se encomienda al empresario privado se compone de actividades públicas; es decir, actividades con respecto a las cuales el sistema jurídico positivo ha definido (i) una competencia de gestión excluyente, *i. e.*, nadie más que el Estado está habilitado a realizarla; o (ii) una habilitación —competencia— para que la actividad sea desarrollada en concurrencia con el mismo sector privado, *i. e.*, el Estado está autorizado a ejecutarla, pero el sector privado no está impedido de actuar en ejercicio de su autonomía de la libertad.

Segundo, la actividad pública, en razón de la naturaleza de su ejecutor y su situación en el sistema jurídico, está fundada y limitada en la ley. De modo que, sea con respecto a su monopolio de derecho (*publicatio*) o en el desarrollo de la actividad en concurrencia con el sector privado, el Estado actúa siempre de acuerdo con las restricciones (desventajas) o extensiones (ventajas) de autoridad que el mismo sistema jurídico positivo otorga a sus órganos. Por esta razón, con base en criterios extrajurídicos,² pero también mediante la invocación de reglas de derecho —en ocasiones imprecisas como para definir una única dirección—,³ se promueve la estructuración de los sistemas jurídicos con el objetivo de alcanzar cierta igualdad en las reglas aplicables tanto a los órganos y entidades del Estado, como a los agentes privados en la provisión de ciertos bienes y servicios con potencialidad de mercado. Esto es, para que puedan ser suministrados en función de las condiciones de intercambio fijadas por la oferta y la demanda en situación de competencia plena. Esto se hace con independencia de las razones por las cuales se ha encomendado al Estado originalmente la provisión de tales bienes y servicios a través del derecho. La tendencia y presión actuales parecen incluir, ya no solo actividades que tienen posibilidad de ser objeto de

claras con relación a las APP; e) mejorar el marco de la UE para mejorar la eficacia de los proyectos de las APP». [UE] Tribunal de Cuentas Europeo. *Asociaciones público-privadas en la UE: Deficiencias generalizadas y beneficios limitados*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones, 2018. Disponible: eca.europa.eu.

² Ver, por ejemplo, X. Vence Deza y X. Outes Ruso (ed.). *La Unión Europea y la crisis del Estado del Bienestar: Una visión crítica del neoliberalismo económico*. Madrid: Síntesis, 1998; o, G. Moreno González. *Estabilidad presupuestaria y constitución: Fundamentos teóricos y aplicación desde la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

³ Cfr. G. Ariño Ortiz. *Principios de Derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 407. El profesor G. Ariño Ortiz es un digno representante de una de las perspectivas más liberales acerca del rol del Estado, en su fecundo trabajo en el Derecho Administrativo. Para muestra, nos dice, por ejemplo, que «[l]a historia ha avanzado a gran velocidad en los últimos diez años y, tras la comprobación reciente de la ruina económica y empresarial a que se ha llegado cuantas veces se ha intentado poner en práctica estas ilusiones autogestionarias, hoy nadie se atreve a repetir esta “zarabanda verbal” socialista, en la que nadie —ni ellos mismos— creen ya».

competencia, sino también lo que intuitivamente correspondería a monopolios públicos, en razón del interés general que subyace.

Finalmente, la modalidad de gestión indirecta de la actividad pública modifica el marco normativo para la organización del servicio. Se pasa de un sistema de determinación de lo que está autorizado y es lícito hacer, hacia un sistema en el que se liberan las posibilidades de actuación y la licitud no depende de aquello autorizado, sino de no incurrir en las prohibiciones definidas en el sistema jurídico o el contrato. Con esto se quiere señalar aquello que prima en la regulación de cada caso: en la gestión directa, aunque exista un amplio espacio de discrecionalidad para la decisión de la autoridad competente, el contenido de las actuaciones para la realización del servicio público viene predeterminado por el sistema jurídico. En la gestión indirecta la regulación ocurre a la inversa; se parte de la libertad propia de la actividad privada para tomar decisiones, con las únicas limitaciones señaladas en el contrato de APP y las reglas de actuación a las que se conecta el acto convencional. Es muy notorio que el esquema de gestión indirecta aproxima el marco de regulación de una actividad pública al ámbito de la autonomía de la voluntad privada, aunque esté sujeta a regulaciones sectoriales para la protección de las personas, los bienes o el ambiente, como en otros muchos casos de actuación privada. Conceptualmente, las diferencias entre estos dos últimos casos de actividad privada con regulación —gestión indirecta de la actividad pública y actividad privada en sectores regulados— las marca el contrato de APP y la precariedad de la situación de liberalización de la actividad; es decir, el tipo de convenciones posibles entre la Administración y el gestor privado, y el hecho de que esta liberalización controlada se produce por cierto plazo, aunque este tiempo pueda ser el necesario para transitar hacia la privatización definitiva de una actividad originalmente pública.

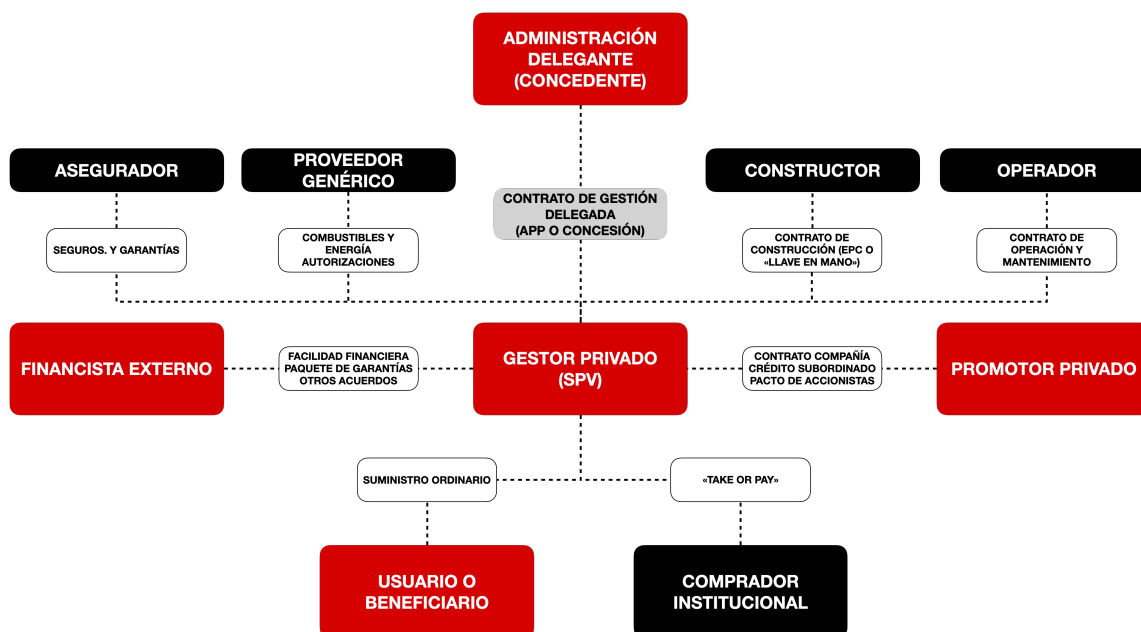
Si seguimos estos criterios básicos es posible enfrentar la tarea de sistematización de las soluciones normativas a ser consideradas como (i) el conjunto de las habilitaciones y restricciones explícitas determinadas como posibilidades de actuación pública —*i. e.*, la delimitación de la competencia pública— en la estructuración de la regulación convencional entre la Administración pública y el gestor privado para que se produzca la delegación del proyecto; y (ii) las limitaciones de actuación del gestor privado en el contexto de la ejecución de un contrato de APP, siempre según el entendimiento de que aquello que no se ha regulado o limitado es posible para el gestor privado.

1. Sistema de contratos en la implementación de un proyecto público y el contrato de APP

Junto con el contrato principal con el que la Administración traslada la gestión del proyecto público al sector privado, cualquiera sea la denominación que se adopte, hay un conjunto de instrumentos convencionales que se considera cerrado en la estructuración legal de un proyecto de APP. Esto significa que el gestor privado, aunque liberado en sus posibilidades de gestión, no puede asumir ninguna otra relación sustancial que no esté autorizada dentro del sistema de contratos previstos en la estructuración legal y financiera del proyecto.

En el conjunto general de contratos se pueden distinguir aquellos contratos del proyecto en sí mismo (contrato de APP, contrato de construcción, contrato de operación y mantenimiento, etc.) y los instrumentos de financiación (contrato de crédito, paquete de garantías, acuerdos directos, etc.).

Gráfico 2.1: Esquema de participantes y sistema de contratos en la modalidad de gestión de APP



Fuente: Elaboración propia

Los prestamistas externos usualmente no son una parte de los contratos del proyecto; sin embargo, por las previsiones incorporadas en el sistema jurídico o a través de los instrumentos de financiación, adquieren ciertos derechos vinculados con ellos. En este contexto tienen importancia, por ejemplo, los denominados «acuerdos directos» entre los instrumentos de financiación.⁴ En el paquete de garantías previstas en los instrumentos de financiación, los prestamistas externos suelen estar habilitados a adquirir derechos sobre los flujos de ingresos señalados en el contrato APP o constituyen cesionarios autorizados de la posición contractual del gestor privado.

El gestor privado, una vez acordada la forma y el contenido de los contratos del proyecto en los que participa, dentro de la estructuración legal, usualmente asume en los instrumentos de financiación la obligación de requerir el consentimiento de los prestamistas externos para cualquier variación en los contratos del proyecto. De este modo, cualquier proceso de renegociación es acompañado y determinado en sus resultados —desde la posición del gestor y los promotores privados— por los acreedores externos al proyecto.

⁴ Ver *infra*, capítulo III: La estructuración financiera de un proyecto de APP desde la perspectiva jurídica.

2. El contrato de gestión delegada o contrato de APP

Desde la tradición angloamericana, el contrato de APP se lo suele concebir como una «licencia» otorgada por la Administración⁵ o como un contrato comercial.⁶ El contraste se realiza con respecto a los instrumentos de financiación del proyecto.

Las diversas fórmulas que se emplean para delegar la gestión de un proyecto público al sector privado pueden ser descritas a través del concepto general de contrato de gestión delegada o contrato APP.⁷ En general, los contratos de APP pueden configurarse de distintas maneras y adoptar distinta nomenclatura, como lo he indicado al conceptualizarlo.

Las estipulaciones típicas incluyen las siguientes:⁸

- La determinación y especificaciones sobre los resultados de los componentes encomendados al gestor privado. Por ejemplo, la obligación de diseñar y construir una específica infraestructura en tiempo determinado y según unas características funcionales previamente definidas, como la capacidad de las instalaciones, la disponibilidad de las «facilidades» que se desprenden de la obra y o el equipamiento, etcétera. Los retrasos o los desvíos de los parámetros de control suelen estar acompañados de sanciones o reparaciones por los daños ocasionados.
- La regulación de las potestades exorbitantes como el derecho de variación, interpretación o terminación unilateral del contrato.
- El régimen de monitoreo y control de las actuaciones del gestor privado, incluido el derecho de acceso a la información o la intervención de la «concesión».
- Las garantías de fiel cumplimiento y técnicas, usualmente, diferenciadas también por las fases de implementación del proyecto (construcción, por una parte y, por otra, para la operación y mantenimiento).
- Se suelen establecer estipulaciones sobre la participación de subcontratistas locales o de transferencia del *know-how*, aunque en el primer caso, suele existir regulaciones sobre la intervención de ciertos prestamistas externos que la impiden cuando existen este tipo de políticas de protección local.
- El régimen de bienes y su adquisición, cuando el proyecto depende del ejercicio de potestades de expropiación o de imposición de servidumbres. En algunos casos, la adquisición de bienes inmuebles o derechos reales puede trasladarse al gestor privado cuando ello no depende de la intervención de la Administración

⁵ Cfr. G. Vinter. *Project Finance. A legal guide*. Londres: Sweet & Maxwell, 1998, p. 34 y ss.

⁶ Cfr. S. Harris. «Alianzas público-privadas: cómo prestar mejores servicios de infraestructura», en J. Benavides [ed.], *Recuperación de la inversión en infraestructura en América Latina y el Caribe*. Washington: BID, pp. 100 y 101. [Documentos seleccionados de la Serie de Conferencias del BID sobre Infraestructura, 2004].

⁷ Por ejemplo, en un contrato en que se describen los principales componentes del proyecto encomendado al gestor privado, tipo BOT, lo que se expresa es que el gestor privado estará a cargo de la construcción de la infraestructura asociada al servicio público del que se trate, se ocupará de la operación —y el mantenimiento de la infraestructura— y al concluir el periodo de vigencia del contrato, deberá transferir la infraestructura a la Administración delegante.

⁸ Cfr. G. Vinter. *Project Finance. A legal guide*. Londres: Sweet & Maxwell, 1998, p. 34 y ss.

delegante. En este aspecto, nótese la diferencia que existe entre la necesidad de asegurar las superficies sobre las que se ha trazado un proyecto vial y la localización de una infraestructura de tratamiento de residuos sólidos.

- Las condiciones a cargo de cada parte de las que pende la satisfacción de las obligaciones recíprocas. Por ejemplo, en la edificación de un aeropuerto y la provisión del servicio asociado, la relevancia de la oportuna construcción de las vías de acceso, cuando estas no están incorporadas en el proyecto a ser delegado.
- Las estipulaciones referidas a las contraprestaciones económicas por los servicios a los que se refiere el proyecto, en todos sus aspectos.
- Los acuerdos sobre los criterios a los que se ajusta el equilibrio económico del contrato.
- El régimen de los seguros aplicables a los riesgos del proyecto trasladados a terceros como mecanismo de mitigación.
- La jerarquía de los instrumentos que integran el sistema de contratos, cuando se producen conflictos en su interpretación o aplicación.
- Los casos de terminación anticipada y los mecanismos de compensación.
- La regulación del procedimiento y las condiciones de reversión del proyecto a favor de la Administración delegante.
- Las reglas sobre las restricciones para el cambio de control sobre el gestor privado.
- Estipulaciones sobre las limitaciones en materia de cesión de derechos derivados del contrato APP.

3. Contrato de construcción

Este tipo de contrato, en la estructuración estándar, es el que comúnmente se denomina «llave en mano» o, por sus siglas en inglés, «EPC» (*engineering, procurement and construction*). El subcontratista del gestor privado asegura la ingeniería (diseño básico y de detalle), la adquisición de los bienes y servicios necesarios y la construcción con su propia organización y medios, para alcanzar el resultado señalado en el contrato de construcción o instalación, que corresponde al establecido en el contrato de APP.

El sentido de que exista un único responsable del resultado es el mismo que alienta a la Administración pública la celebración del contrato APP, pero en este caso, al gestor privado y con respecto a un componente acotado del objeto del proyecto: la infraestructura. Si existen desvíos en la ejecución del contrato de construcción, el subcontratista se hace cargo de los efectos económicos derivados en los mismos términos —o incluso en unos más rigurosos— que los que le corresponden al gestor privado con respecto a la Administración delegante y los prestamistas externos. Las indemnizaciones pactadas en el contrato de construcción por retrasos en la entrega o las condiciones de la infraestructura mantienen en equilibrio el plan financiero del proyecto, de modo que el riesgo queda localizado en el subcontratista.

Aunque existen modelos normalizados de este tipo de contratos, el régimen aplicable al contrato entraña especial interés, particularmente por la conexión del servicio con el sistema jurídico del país anfitrión del proyecto. Es ordinario, por ejemplo,

que, aunque la ley aplicable al contrato sea de una plaza distinta a la sede del gestor privado, los desembolsos que deban efectuarse a favor del subcontratista, cualquiera sea el lugar desde el que se realiza o se verifica el pago, estas rentas están sujetas al régimen tributario del mismo gestor privado. Por ejemplo, en España está vigente el régimen de inversión del sujeto pasivo en materia de IVA.⁹

Cuando alguno de los promotores privados interviene en el proyecto como el contratista futuro, es ordinario que el contrato de construcción esté previamente estructurado, o incluso suscrito, como parte de los acuerdos de socios del gestor privado. La anticipación señalada también es aplicable cuando no existe vinculación alguna entre el gestor privado y el subcontratista. Sujetas a condiciones suspensivas, las obligaciones —y derechos— del contrato de construcción se activan desde el momento en que se produzca el cierre financiero o desde el que las partes hayan señalado, si se ha previsto una modalidad de financiación alternativa a la del *project finance* y/o temporal, y la Administración pública no haya requerido la demostración de que la implementación del proyecto está completamente financiada.

4. Contrato de operación y mantenimiento

El contrato de operación y mantenimiento es un acuerdo de servicios conforme al cual el gestor privado encomienda a un tercero las actividades operativas y de mantenimiento de la infraestructura, según los requerimientos en este ámbito derivados del contrato APP.

Cuando se concluye la construcción de la infraestructura, y los trabajos han sido aceptados, inicia la fase de explotación. En primer lugar, la infraestructura y/o las instalaciones pasan bajo el control del gestor privado. En este punto, además, de acuerdo con las previsiones de los sistemas jurídicos y el mismo contrato de APP, se ejecutan los arreglos y se instrumentan los acuerdos sobre la propiedad de la infraestructura. Por ejemplo, cuando la Administración delegante recibe a satisfacción las obras o instalaciones o, en su caso, autoriza el inicio de las operaciones al gestor privado que retiene la propiedad de lo construido.

En principio, el gestor privado podría asumir las actividades operativas y de mantenimiento de la infraestructura, proveyéndose de medios propios para este propósito. No obstante, siguiendo el esquema de base, el gestor privado usualmente busca subcontratar con terceros estas actividades en la medida de lo posible. La externalización de los componentes del proyecto, como característica ordinaria de la técnica del *project finance*, se justifica en la necesidad de predeterminedar los costes y eliminar los costes estructurales, el traslado de los riesgos definidos en función de los indicadores del nivel de servicio y la posibilidad de reemplazar el proveedor en función de su rendimiento.

Todos los criterios empleados en la estructuración del contrato de construcción y su conexión con las estipulaciones del contrato APP y los instrumentos financieros son extendibles, *mutatis mutandis*, al contrato de operación y mantenimiento.

⁹ [España] LIVA, art. 84.Uno.2.º, letra f).

5. Otros acuerdos del proyecto

Una lista de los contratos del proyecto siempre será incompleta porque depende de las particularidades de cada caso. No obstante, en la fase de *due diligence* de la estructuración general y financiera del proyecto se suelen identificar en función de las particulares características de cada proyecto.

Por ejemplo, en un contrato de APP referido a una infraestructura de energía eléctrica, será posible la celebración de un contrato de adquisición de energía y potencia («PPA») cuando el suministrador del servicio es un distribuidor público. Junto a un contrato de este tipo, dado que el flujo de ingresos del distribuidor, en cualquier caso, provienen de los usuarios, se requerirá un instrumento que permita mantener el control de tales flujos desde su origen, como los contratos de fideicomiso previstos en los sistemas jurídicos hispanoamericanos.

En otros casos, cuando la operación de la infraestructura requiere la provisión de insumos o servicios permanentes de terceros, serán necesarios contratos específicos con los proveedores que aseguren el flujo de insumos necesarios par.

En todos estos casos, los criterios de base siguen siendo los mismos: (i) flujos de ingreso o egreso predecibles en el largo plazo; (ii) su protección frente a eventuales fluctuaciones y desvíos; y, (iii) la mitigación de los riesgos asumidos por el gestor privado de modo que el plan financiero sea ejecutado del modo más cercano a sus asunciones y diseño.

Finalmente, conviene insistir que, de cara a la viabilidad financiera del proyecto, todos los acuerdos del proyecto no podrán ser modificados sin el consentimiento de los financiadores externos, todas las contingencias en relación con la ejecución de los acuerdos pueden resultar en un desvío a ser corregido o un incumplimiento bajo los instrumentos de financiación y, en general, pueden ser objeto de acuerdos directos o referirse al paquete de garantías exigidos por el prestamista.

B. EL PROYECTO PÚBLICO

1. Objeto y límites en el ámbito de aplicación de la modalidad APP: proyectos elegibles para una APP

El traslado de la gestión de la actividad pública a participantes privados es en principio una decisión que tiene carácter excepcional, en el sentido de que lo ordinario es que la organización y desarrollo de las actividades calificadas como públicas presupone la atribución de una competencia a los órganos de la estructura pública. Los sistemas jurídicos de referencia no siempre hacen explícita esta situación de modo general, como en el caso español o el chileno, pero es posible colegirla de la estructura misma de la organización y función del Estado con respecto al objeto de los proyectos públicos que son materia de la delegación de gestión. En este apartado consideramos los casos más representativos del régimen de excepcionalidad.

El carácter excepcional del traslado de la actividad pública al sector privado es explícito en Bolivia. En este país, los servicios básicos (agua potable, alcantarillado,

electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones), en principio, deben ser provistos como responsabilidad del Estado, en todos sus niveles de gobierno, a través de entidades públicas, mixtas, cooperativas o comunitarias. No obstante, en el caso de electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones es posible su prestación mediante contrato con un gestor privado.¹⁰

La Constitución ecuatoriana elevó a rango constitucional el carácter excepcional de la delegación de la actividad pública a la empresa privada, específicamente en sectores estratégicos y servicios públicos. En su letra, se señala:

El Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria. La delegación se sujetará al interés nacional y respetará los plazos y límites fijados en la ley para cada sector estratégico.

El Estado podrá, de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley.¹¹

En la Constitución ecuatoriana se regula el ejercicio de potestades y competencias públicas en materia de sectores estratégicos y servicios públicos, principalmente, en los artículos 313 a 316. De conformidad con el artículo 313, inc. 2, de la Constitución ecuatoriana se consideran sectores estratégicos «[...] aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental [...]».¹² En razón de estas características, todas las competencias y facultades referidas a los sectores estratégicos son reservas públicas.¹³ El inciso tercero de la misma norma determina que son sectores estratégicos aquellos determinados en la ley (*i. e.*, sujetos a una reserva de ley) y la energía, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico y el agua.

Por otra parte, el artículo 314 de la Constitución ecuatoriana, sin definir lo que se entiende por servicio público, establece una reserva a favor del Estado de aquellos servicios determinados en la ley (sujetos a reserva de ley) y de los de agua potable y riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad e infraestructura portuarias y aeroportuarias. En lo que respecta a los sectores estratégicos, el Estado se ha reservado en relación con ellos las potestades de administración, regulación, control y gestión, conforme lo establece el art. 313 de la Constitución ecuatoriana. La facultad de rectoría y la definición del modelo de gestión de cada sector estratégico corresponden

¹⁰ [Bolivia] Constitución, art. 20.

¹¹ [Ecuador] Constitución, art. 316.

¹² De acuerdo con el art. 109 del COOTAD, los sectores son áreas de intervención y responsabilidad públicas, y se clasifican en privativos, estratégicos y comunes. Son privativos, los sectores en los que todas las competencias están reservadas al Gobierno Central: la defensa nacional, protección interna y orden público las relaciones internacionales; las políticas económica, tributaria, aduanera, arancelaria, fiscal y monetaria; de comercio exterior; y de endeudamiento externo (art. 110 *ibidem*). En el otro extremo, se encuentran los sectores comunes, donde los diversos niveles de gobierno tienen asignadas competencias en función de la «naturaleza de los servicios públicos y actividades a los que estos se refieren» (art. 112 *ibidem*).

¹³ [Ecuador] COOTAD, art. 111.

de manera exclusiva al Gobierno Central.¹⁴ El ejercicio de las restantes facultades y competencias puede ser concurrente en los distintos niveles de gobierno.

En lo que corresponde a los servicios públicos, el art. 314 *ibidem*, determina que es el Estado el responsable de su provisión, del control y regulación y de disponer de precios y tarifas equitativas.

En materia de las competencias de gestión, reservas comunes para las actividades en sectores estratégicos y servicios públicos, el art. 315 de la Constitución ecuatoriana ha establecido que para propósitos de la «gestión de servicios estratégicos, prestación de servicios públicos, aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas» constituirá empresas públicas.¹⁵ Las empresas públicas en el contexto del sistema jurídico ecuatoriano son entes públicos —y por ello sujetas a un régimen de Derecho público— con organización y competencias de carácter empresarial.

Como una opción de gestión de los sectores estratégicos y servicios públicos, el artículo 316 de la Constitución permite al Estado delegar la competencia —de gestión— a empresas mixtas, siempre que mantenga la mayoría accionaria. Las empresas mixtas no son entes públicos. Se trata de empresas mercantiles —sujetas a reglas de Derecho privado— que cuando son controladas por el sector público en razón de su propiedad están habilitadas a intervenir en la gestión de la actividad pública sin someterse a las mismas condiciones de una empresa mercantil bajo control del sector privado. En efecto, la regla comentada debe ser entendida en el contexto de la interpretación que la Corte Constitucional dio a los arts. 313, 315 y 316 de la Constitución, en el sentido de que el órgano competente, titular de la competencia de delegación para el sector o la actividad, no está sujeto al criterio de excepcionalidad cuando se trata de empresas mixtas con mayoría pública, aunque deba otorgar el correspondiente título habilitante que instrumente esta delegación. Una empresa mixta con mayoría pública es, en cualquier caso, a una empresa privada sujeta al régimen previsto en la Ley de Compañías ecuatoriana (arts. 308 a 317), pero que en razón de la composición de su capital (pertenece mayoritariamente a un ente público) puede recibir la delegación sin sujetarse al régimen de excepcionalidad previsto en la Constitución y, en su caso, en las normas sectoriales.¹⁶

Ahora bien, como excepción a las reglas generales de gestión de la actividad pública, el mismo artículo 316, inc. 2, de la Constitución ecuatoriana permite delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, la gestión de sectores estratégicos y la prestación de servicios públicos únicamente en los casos previstos en las leyes sectoriales. El régimen constitucional, por tanto, establece una regla general según la cual, las actividades de sectores estratégicos y los servicios públicos, esto es aquellas cuya titularidad es del Estado, pueden ser excepcionalmente delegados a empresas

¹⁴ [Ecuador] COOTAD, art. 111.

¹⁵ [Ecuador] Constitución ecuatoriana, art. 315.

¹⁶ Siguiendo este criterio, por ejemplo, el art. 24 de la Ley Orgánica del servicio público de energía eléctrica del Ecuador establece que el Ministerio de ramo puede «autorizar» a empresas mixtas con mayoría pública en su capital social la realización de actividades en el sector, que no puedan ser desarrolladas por empresas públicas; y, por el contrario, el art. 25 *ibidem* determina que es posible la «delegación» de ciertos proyectos en el sector a empresas de capital privado y de la economía popular y solidario únicamente en los casos de excepción ahí mismo previstos.

privadas (en las que no tiene mayoría pública) únicamente en los casos previstos en la ley.

De modo que en el Ecuador es necesario referirse, en primer lugar, a la ley que regula el sector o servicio específico para establecer los supuestos en que es posible proceder con la delegación a las empresas privadas la gestión de proyectos públicos en el ámbito de los sectores estratégicos y servicios. En ausencia de una norma sectorial, como tendré la oportunidad de describir, es posible una declaración administrativa que determina que procede la delegación al sector privado de modo excepcional, fundada en el art. 100 del COPCI y una interpretación constitucional del régimen vigente en la materia.

Los artículos 313, 315 y 316 de la Constitución ecuatoriana fueron interpretados por la Corte Constitucional, con efectos vinculantes de acuerdo con el artículo 436.1 *ibidem*.¹⁷ La Corte ecuatoriana fijó los siguientes lineamientos de aplicación de las normas referidas en relación con la gestión y la prelación de la intervención del Estado, las empresas públicas, las empresas mixtas y la iniciativa privada, en la gestión de sectores estratégicos y servicios públicos:

Primero, las instituciones del Estado no necesitan constituir empresas públicas ni mixtas para gestionar cada sector estratégico o servicio público. Estas actividades deben ser gestionadas, en cualquier caso, bajo los parámetros y condiciones señalados en los respectivos títulos habilitantes que el Estado confiere a través de los organismos de regulación y control creados legalmente para el efecto.¹⁸

Segundo, la prioridad del Estado en la materia incluye la potestad —ejercida a través de las autoridades de control y regulación sectoriales competentes— de: (i) «“autorizar” a las empresas públicas la gestión de dichos sectores estratégicos y/o la prestación de los servicios públicos» de acuerdo con el objeto o fin de la respectiva empresa pública, sin que la empresa pública pueda, a su vez, delegar dicha gestión a terceros; o, (ii) «“delegar” a otras empresas que no fueren públicas, la participación en dichos sectores estratégicos y/o en la prestación de servicios públicos».¹⁹

Tercero, el hecho de que intervengan empresas públicas en la gestión de las actividades reservadas al Estado no significa que están actuando de manera autónoma, aunque sean públicas, pues, las empresas públicas también requieren de autorización para actuar, y están sujetas a la regulación y control sectorial a cargo de otros órganos y entidades del Estado.

Cuarto, es posible la intervención excepcional de gestores privados en la realización de actividades reservadas al Estado, siempre que ello esté autorizado en la ley específica que regula el sector estratégico o el servicio público. Sin embargo, bien podría aplicarse el art. 100 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, hasta que la ley de la materia determine los casos de excepción en los que es posible la delegación a la iniciativa privada o a la economía popular y solidaria.

¹⁷ [Ecuador] Corte Constitucional. SCC No. 001-12-SIC-CC, de 5 de enero de 2012, publicada en el Registro Oficial (Suplemento) núm. 629, de 30 de enero de 2012

¹⁸ [Ecuador] SCC No. 001-12-SIC-CC, de 5 de enero de 2012, publicada en el Registro Oficial (Suplemento) núm. 629, de 30 de enero de 2012

¹⁹ [Ecuador] SCC No. 001-12-SIC-CC, de 5 de enero de 2012, publicada en el Registro Oficial (Suplemento) núm. 629, de 30 de enero de 2012

Conviene hacer algunas aclaraciones acerca de este criterio vertido por la Corte Constitucional a este respecto. El art. 100 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones introdujo un régimen de declaración de excepcionalidad subsidiario con el que se autoriza la delegación de gestión de un proyecto público al sector privado. Lo que la Corte ha determinado, en otros términos, es que, si los casos de delegación excepcional a la iniciativa privada no están previstos explícitamente en la ley sectorial, es posible autorizarlos administrativamente, caso por caso, si media la decisión del Presidente de la República manifestada en un decreto ejecutivo.

Finalmente, la Corte Constitucional ecuatoriana no hizo referencia alguna a los bienes y servicios que, siendo de interés general, no corresponden a las clases de los servicios públicos o de los sectores estratégicos. Es la legislación secundaria la que se ha ocupado de este asunto.

Por esta razón, para actividades públicas referidas a bienes y servicios cuya provisión no está sujeta a una reserva pública, la Administración pública no está sometida al criterio de excepcionalidad y su régimen para proceder con la delegación de la gestión al sector privado.

Este criterio está explícitamente incorporado recientemente al ordenamiento jurídico; en efecto, en el COA se puede leer:

La delegación de actividades económicas que no correspondan a servicios públicos o sectores estratégicos, esto es, aquellas que no se encuentren reservadas constitucional o legalmente al Estado, no está sujeta al criterio de excepcionalidad previsto en el inciso precedente, sino a los criterios de eficiencia y eficacia administrativas.²⁰

En síntesis, desde la perspectiva del régimen constitucional ecuatoriano es posible concebir bienes y servicios cuya provisión se ha encomendado al Estado de manera exclusiva, *i. e.*, los relacionados con sectores estratégicos y los servicios públicos, y bienes y servicios cuya provisión se ha encomendado al Estado, mediante la asignación de una competencia, pero sin que ejerza esta potestad de manera exclusiva.

A través del art. 12 del Reglamento a la LIAPP ecuatoriana se ha introducido un concepto que correspondería al género de prestaciones públicas delegables a la iniciativa privada en cuyo ámbito se incluyen las actividades en sectores estratégicos, los servicios públicos y aquellas actividades de competencia pública que se desarrollan en concurrencia con el sector privado, tales como, el desarrollo de vivienda de interés social o el desarrollo urbanístico. Se trata de los «servicios de interés general».

(a) Ámbito material de un proyecto APP

Como en todo proyecto público, la causa final de la delegación al sector privado de una competencia de gestión es la provisión de bienes, obras o servicios a la comunidad, aunque el receptor inmediato sea la misma Administración delegante, *v. gr.* la construcción de la infraestructura, su operación y mantenimiento por parte del gestor privado, para que la Administración delegante sea la que provea los servicios a la comunidad.

²⁰ [Ecuador] COA, art. 74.

Hemos señalado ya que, de acuerdo con el art. 14.1 de la LCSP, el contrato de concesión de obras está identificado en función del tipo de contraprestación autorizada (*i. e.*, la cesión del derecho de explotación) con respecto a su objeto que está vinculado con el que corresponde a cualquier contrato de obra.

Se entiende por «obra», (i) al resultado de las tareas de ingeniería civil y construcción, que cumple una función económica o técnica en sí mismo (*v. gr.*, una vía, pero podría incluirse en el concepto los trabajos de instalación de una planta de potabilización);²¹ o (ii) la modificación de la forma o sustancia del terreno o su vuelo, o el mejoramiento del medio físico o natural (*v. gr.*, dragado del fondo de un río para habilitarlo para el transporte).²² Para que se trate de una obra, el conjunto o sus elementos²³ requieren —en principio— tener autonomía funcional, en el sentido de que sea «susceptible de ser entregada al uso general o al servicio» previsto.²⁴

Con este criterio en mente, el objeto de un contrato de concesión de obras, puede consistir en las siguientes prestaciones a cargo del concesionario:

- La ejecución de una obra, aislada o conjuntamente con la redacción del proyecto (*i. e.*, el diseño y planificación), o la realización de alguno de los trabajos enumerados en el anexo 1 de la misma LCSP. Este anexo 1, basado en clasificación europea de actividades económicas,²⁵ incluye actividades de construcción (división 45) tales como, la preparación de obras (grupo 45,1), construcción general de inmuebles y obras de ingeniería civil (grupo 45,2), instalación de edificios y obras (grupo 45,3), acabado de edificios y obras (45,4) y alquiler de equipo de construcción o demolición dotado de operario (45,5).
- La ejecución de una obra según el diseño y planificación determinados («ejerce influencia decisiva») por la entidad del sector público contratante.²⁶
- La rehabilitación, conservación y mantenimiento de construcciones existentes.
- Además de estas prestaciones, que podrían señalarse como principales, el contrato de concesión de obras podría incluir:²⁷
- La adecuación de la obra para ajustarlas a los requerimientos funcionales del servicio asociado.
- Reposición o mantenimiento mayor de las obras para la correcta provisión del servicio.
- La intervención del concesionario en obras accesorias a la principal (con el alcance previsto para estas) o actuaciones ambientales vinculadas.

²¹ En el régimen se aclara que el objeto de la obra es un bien inmueble. [España] LCSP, art. 13.2.

²² [España] LCSP, art. 13.2.

²³ En caso de que se requiera contratar unidades diferenciadas, que no puedan ser utilizadas autónomamente, se requiere la debida motivación de la entidad contratante sobre la conveniencia de contratar este elemento diferenciado. [España] LCSP, art. 13.3.

²⁴ [España] LCSP, art. 13.3. Es posible, no obstante la contratación de obras parciales cuando se trata de la ejecución de obras en colaboración con empresarios particulares, de acuerdo con el apartado 4 del art. 30 *ibidem*.

²⁵ [UE] Reglamento (CEE) n.º 1893/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, que establece la clasificación europea de actividades económicas.

²⁶ [España] LCSP, art. 13.1.b).

²⁷ [España] LCSP, art. 14, apartados 2 y 3.

En el caso de los contratos de concesión de servicios españoles, su objeto corresponde a servicios de su titularidad o competencia cuando estos son susceptibles de explotación económica por particulares.²⁸

Cuando los servicios son «servicios públicos», antes de la concesión, es necesario establecer su régimen jurídico, reconociéndose la actividad como propia de la Administración y defendiendo el alcance de las prestaciones a favor de las personas y, en general, los aspectos jurídicos, económicos y administrativos referidos a su prestación.

En el contrato de concesión de servicios se debe determinar el alcance de los servicios a ser provistos (*v. gr.*, objeto y niveles de servicio) y el ámbito territorial al que se refiere la concesión.

En el caso de Ecuador, el art. 13 de la LIAPP señala que el ámbito material en el que se puede desarrollar un proyecto con delegación de gestión a la empresa privada es en lo que ha denominado «sectores de interés general». No obstante, define vagamente los «sectores de interés general» como los bienes, obras o servicios a cargo de la Administración (i) que hayan sido determinados en leyes o (ii) por el Comité APP. En el sistema jurídico ecuatoriano no hay leyes particulares que directamente hayan atribuido la provisión de ciertos bienes, servicios o ejecución de obras la calificación de «sector de interés general», por lo que, en la práctica, le correspondería únicamente al Comité APP determinarlos.

Sin perjuicio de ello, la misma LIAPP ha dejado establecido ejemplos de bienes, servicios u obras que se han de estimar, de partida, dentro de los «sectores de interés general», esto es, infraestructura, desarrollo urbano, proyectos inmobiliarios y aquellos vinculados con vialidad e infraestructuras portuaria y aeroportuaria. Es muy notorio que en esta ejemplificación se haya incluido el género «infraestructura» que tiene como significado toda obra para la provisión de un servicio, por lo que parece que si en la práctica es posible ejecutar un proyecto público en todo ámbito de la actividad pública que suponga la realización de una infraestructura, son mejor guía las limitaciones incorporadas en el mismo art. 13 de la LIAPP.

Adicionalmente, el legislador ecuatoriano se ha ocupado de determinar de manera explícita ciertas actividades de competencia pública que pueden ser delegadas al sector privado, de manera prioritaria. El art. 14 del Reglamento de la LIAPP determina que todo tipo de actividades productivas, de investigación y desarrollo pueden ser gestionados a través de la modalidad de APP, con independencia de que estén reservadas al Estado o que Administración pública participe en concurrencia con el sector privado.

Por cuanto hemos revisado del régimen constitucional y derivado, con la referencia a «sector de interés general» se debe entender en cualquier caso, (i) los servicios que corresponden a los sectores estratégicos, (ii) a los servicios públicos y (ii) a los otros servicios que el Estado provee sin reserva o exclusividad.²⁹ El concepto, por tanto, se refiere a un género del que sus especies son los servicios que tienen reserva pública y aquellos que pueden ser provistos por el Estado pero sin reserva pública.

²⁸ [España] LCSP, art. 284.1

²⁹ En el proyecto de ley original, el término «sector» no existía; en su lugar, se usó el sintagma «servicios de interés general». El Reglamento de la LIAPP se ha ocupado de aclarar estos conceptos.

(b) Financiación total o parcial como objeto del proyecto

Como lo he apuntado ya, una APP, además de ser una modalidad de gestión de la actividad pública con intervención del sector privado, es un mecanismo de financiación del que dispone el Estado.³⁰ Si esto es así, la cuestión a contestar es si puede darse una APP sin que el promotor privado y/o el gestor privado deban realizar una inversión.

Es posible que el socio privado asuma los riesgos de la explotación (mantenimiento, disponibilidad o nivel de servicio) y que de ello dependa su retribución, aunque el riesgo es relativamente menor al que implica que haya tenido que invertir capital propio y gestionar la financiación externa para el desarrollo de una infraestructura, su mantenimiento o equipamiento.

Inicialmente, en el Ecuador, debido a la definición legal de APP,³¹ se estimó que, en ausencia de algún riesgo vinculado con la financiación, no habría APP. En efecto, se considera APP a la modalidad de gestión delegada, por la que la Administración encomienda a una empresa privada la ejecución de un proyecto público y su financiación, total o parcial.³²

No obstante, se debe considerar que la definición de la LIAPP sobre la modalidad de gestión de la actividad pública se realiza únicamente para propósitos de la ley y en tal contexto debe ser entendida la descripción de lo que es una APP. Además, el COA se encargó de ampliar este criterio de modo tal que, en aplicación de los arts. 74 y siguientes de este cuerpo normativo, sería posible una APP puramente de servicios.

Estos criterios fueron recogidos en el Reglamento de la LIAPP de modo que ahora en el sistema jurídico ecuatoriano el equivalente a la concesión de servicios española es plenamente posible.

En el caso de España, el art. 265.1 de la LCSP determina que las obras que son objeto de la concesión deben ser financiadas, al menos, parcialmente por el concesionario, quien siempre asume el riesgo operacional.³³ De acuerdo con el art. 14.4 de la LCSP el riesgo operacional en la explotación de las obras puede estar referido al riesgo de demanda, el de suministro o ambos. El riesgo de demanda, por definición estipulativa, consiste en la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato. El riesgo de suministro consiste —dice la regla— en que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda.³⁴

³⁰ [Ecuador] LIAPP, art. 8.

³¹ [Ecuador] LIAPP, art. 8 («Se define por asociación público-privada la modalidad de gestión delegada por la que el Gobierno Central o los Gobiernos Autónomos Descentralizados encomiendan al gestor privado, la ejecución de un proyecto público específico y su financiación total o parcial, para la provisión de bienes, obras o servicios a cambio de una contraprestación por su inversión, riesgo y trabajo, de conformidad con los términos, condiciones, límites y más estipulaciones previstas en el contrato de gestión delegada»).

³² No hay APP en los términos de la LIAPP, por tanto, en los contratos y más fórmulas asociativas que realizan las EP, en virtud de los arts. 34 y 35 de la LOEP.

³³ [España] LCSP, art. 265.1.

³⁴ Este concepto resulta oscuro, porque parece referirse a la situación en que el suministro se ha organizado de modo que no satisface los requerimientos de mercado. Hay riesgo para el concesionario, en tales circunstancias, cuando se ha invertido en una obra de tal modo que resulta un exceso para atender los reclamos de la comunidad. En tal caso, la visión tradicional del riesgo de disponibilidad

En lo que nos interesa resaltar en estas líneas, el concesionario asumiría el riesgo operacional en la explotación de las obras, cuando no es posible conocer si se podrá recuperar las inversiones realizadas o los costes en que ha incurrido en la explotación, en condiciones normales de funcionamiento. La incertidumbre debe ser real y no, como lo señala la ley, meramente nominal o desdeñable, pues los resultados, dependen enteramente de la exposición del empresario, con sus virtudes y defectos, en el mercado. Como se puede apreciar, el sentido de la exigencia de que exista, al menos parcialmente, una inversión efectuada por el concesionario en los contratos de concesión de obras se conecta con la definición misma de la institución, en función de los efectos del riesgo trasladado.

Por otra parte, en la disposición que dispone una inversión, al menos parcial a cargo del concesionario, está definido también el hecho de que la Administración concedente puede aportar también. En consistencia con este enunciado, el apartado 2 del art. 265 de la LCSP autoriza la intervención de la Administración en la financiación de la obra cuando se justifica por «razones de rentabilidad económica o social, o concurren singulares exigencias derivadas del fin público o interés general de las obras objeto de concesión». Se trata de conceptos de textura abierta («concepto jurídico indeterminado») que deben ser analizados en el contexto de los principios de necesidad, idoneidad y eficacia previstos en el art. 28 de la LCSP y sometidos a aprobación del Consejo de Ministros de acuerdo con el art. 324 de la LCSP. Además, nótese que, en el sistema jurídico español, la ONE interviene también en su análisis sobre la razonabilidad de la rentabilidad y el riesgo de demanda trasladado al concesionario, considerando los importes que provienen de la Administración concedente en el plan financiero del proyecto.

La Administración concedente está habilitada a intervenir en la inversión a través de subvenciones o préstamos reintegrables, con o sin interés.³⁵ Además, el sector público puede intervenir en la financiación de la inversión necesaria en el proyecto, aunque no se trate de la autoridad concedente. En tal caso, la financiación pública estará sujeta a los términos de los convenios entre el financiador público y el concedente. Finalmente, también puede provenir la financiación pública de organismos nacionales o internacionales

(c) Prohibiciones explícitas para la delegación de la actividad pública al sector privado

Otro aspecto de la regulación del ámbito y límites para la delegación de gestión corresponde a aquellas actividades que, en ningún caso, pueden ser objeto de proyectos públicos delegados al sector privado. En algunos de los sistemas jurídicos analizados, no solo que el traslado de las actividades públicas está restringido a casos excepcionales, sino que de manera explícita se prohíbe cualquier forma de gestión privada en determinados ámbitos.

referidos a los indicadores de la provisión, correspondería a un defecto de diseño que debe ser corregido, según las estipulaciones contractuales.

³⁵ [España] LCSP, art. 252.

Por ejemplo, en Bolivia está prohibido explícitamente que el acceso al agua y el alcantarillado pueda ser objeto de concesión o privatización, por ser calificados como derechos humanos.³⁶ En el Ecuador, la situación es similar, aunque la intervención privada es posible de manera limitada.

El régimen de prohibiciones y limitaciones para el uso de la modalidad de APP en el Ecuador está incluido en los art. 13 de la LIAPP y 12 del Reglamento de la LIAP.

Primero. Cuando el proyecto se refiere específicamente a la provisión de un servicio público, se exige que por excepción sea el Comité APP el responsable de autorizar tal gestión delegada.

Debe notarse que el régimen general para la declaración administrativa de la necesidad excepcional de usar la modalidad de APP, previsto en el COPCI³⁷ y el COA,³⁸ ya atribuyen esta competencia al Presidente de la República y a la máxima autoridad administrativa del GAD. Parecería, entonces que esta atribución del Comité APP parecería una duplicación de actos en los que se hace la misma declaración. No obstante, me parece que la incertidumbre queda eliminada si se considera que todo proyecto público del ámbito nacional debe ser aprobado por el Comité APP e incorporado al Registro de Proyectos APP, por lo que, la idea de excepcionalidad controlada por el Comité de APP se agrega en los actos de autorización de los proyectos de APP.

Segundo. La LIAPP reitera que cualquier actividad relacionada con un sector estratégico está sometida a su norma sectorial y limita la concesión de los beneficios tributarios en caso de proyectos en sectores estratégicos, excepto cuando se trata de proyectos de generación hidroeléctrica y otras energías alternativas.

Finalmente, la LIAPP y Reglamento de la LIAPP³⁹ señalan que no es posible delegar la planificación, rectoría, regulación y control en ningún sector que, en todo caso, siempre estará a cargo del Estado. Además, el art. 13 de la LIAPP prohíbe la delegación de la gestión de «servicios de interés general» para los que se haya excluido constitucional o legalmente la participación de la empresa privada. Este sería el caso de los servicios de agua potable y de riego y de saneamiento.

En España, por otra parte, la única referencia explícita sobre una limitación material para el empleo de la concesión en España corresponde al caso de la concesión de servicios. No se puede emplear la modalidad, cuando los servicios «impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos».⁴⁰ Dado que la prestación de servicios bajo competencia del Estado es en sí mismo el ejercicio de una autoridad concedida por el sistema jurídico a la autoridad, el enunciado se lo entiende como potestades públicas que en ningún caso podrían variar, ni aún por decisión normativa; por ejemplo, la potestad normativa, la potestad sancionadora o cualquier otra ablativa.

³⁶ [Bolivia] Constitución boliviana, art. 20, apartado II.

³⁷ [Ecuador] COPCI, art. 100.

³⁸ [Ecuador] COA, art. 77.

³⁹ [Ecuador] LIAPP, art. 13; y Reglamento de la LIAPP, art. 12.

⁴⁰ [España] LCSP, art. 284.1

(d) Componentes del proyecto y vinculación de actividades (*bundling*)

En el ciclo ordinario de un proyecto dirigido a suministrar un servicio a través de una infraestructura se pueden distinguir, al menos, los siguientes componentes: planificación y diseño, construcción, equipamiento, la operación y mantenimiento, y, por supuesto, la financiación del proyecto mismo. No todo proyecto a ser ejecutado por un gestor privado incluye cada uno de los componentes descritos.

La *planificación y diseño* están referidos a los otros componentes del proyecto a cargo del gestor privado. Cuando el proyecto incluye tareas constructivas, sean de obras nuevas o de mejoramiento o rehabilitación de obras existentes, el diseño ha de permitir determinar la solución más eficiente para alcanzar la funcionalidad y las prestaciones requeridas y todos los estudios técnicos y de detalle para emprender la construcción, siempre dentro del marco definido en las bases técnicas del pliego de contratación. Para la explotación de la infraestructura, es de cargo del gestor privado la planificación organizacional y de los procesos con los que se llevará adelante los servicios a los que se refiere y, en general, todos los aspectos necesarios para la explotación de la obra. En lo que respecta al mantenimiento, es responsabilidad del gestor privado definir el plan de mantenimiento de las obras para sostener en el tiempo su nivel funcional.

El *diseño*, en sí mismo, es un riesgo que usualmente se transfiere al gestor privado, de modo que, por ejemplo, los costes de corrección en diseños defectuosos de cuenta del gestor privado.

El componente de *construcción* incluye todos los casos en los que el proyecto implique algún tipo de edificación. La construcción incluye, por tanto, obras nuevas o a cualquier otro tipo de intervención constructiva en obras existentes, sean mejoras o rehabilitaciones.

Junto las tareas constructivas, si las hay, o incluso de modo independiente en obras existentes, el componente de *mantenimiento* de la obra de infraestructura se considera «clave»⁴¹ y se realiza de acuerdo con los criterios determinados en las bases técnicas y el contrato.

En ciertas circunstancias, el *equipamiento* es uno de los aspectos principales o de mayor peso en el proyecto: este es el caso, por ejemplo, del equipamiento requerido en terminales portuarios.

Las obligaciones del gestor privado en el componente de *operación* varían en función del objetivo del proyecto.⁴² Así, la organización y procesos a ser implementados por el gestor privado deben ajustarse a la necesidad de proveer el servicio, utilizando la infraestructura, según sea el receptor:

- el usuario, como en el caso de un proyecto en el que se incluye la operación de una vía de peaje; o
- el mismo Estado, como medio para que sea éste el que satisfaga la necesidad del usuario, como cuando se trata de un proyecto que incluye la operación de

⁴¹ BM, BAD y BID. *Asociaciones Público-Privadas: Guía de Referencia*, versión 2.0, Washington, Banco Mundial, 2014, p. 19.

⁴² Se dice que esta variación depende del «activo subyacente y del servicio asociado». Cfr. BM, BAD y BID. *Asociaciones Público-Privadas: Guía de Referencia*, versión 2.0, Washington, Banco Mundial, 2014, p. 19.

soluciones hospitalarias para que el Estado provea a la comunidad asistencia sanitaria.

Los componentes y las actividades relacionadas con cada uno de ellos no necesariamente se presentan como fases secuenciales. Por ejemplo, es posible que, sin perjuicio de la ejecución de obras iniciales, la construcción de otras mejoras o el equipamiento deba producirse en el futuro bajo una condición suspensiva acordada como número de TEU (*Twenty-foot Equivalent Unit*⁴³) alcanzados, en un proyecto típico de desarrollo portuario; en este caso, en el proyecto se puede verificar los distintos componentes en distintos momentos del desarrollo del proyecto.

En todos los proyectos de infraestructura, sin embargo, el gestor privado asume la *financiación* o una parte relevante de él. La posibilidad de intervención parcial de la misma Administración en la financiación del proyecto ejecutado bajo la modalidad de APP es una de las notas esenciales de una APP contemporánea, lo que se ha resaltado en el modelo internacional. Cuando en la estructura financiera del proyecto se incluyen pagos de la Administración vinculados con la operación y/o el mantenimiento de una obra (nueva o existente), estos se establecen en función de indicadores relacionados con el nivel de servicio comprometido. También es posible que los pagos a cargo de la Administración estén vinculados al uso efectivo del servicio provisto o en general la demanda, como en el caso de los peajes en sombra. A estos aspectos, que requieren ser sometidos a evaluación constitucional en función de los límites materiales y formales impuestos, le dedicamos el capítulo quinto.

El rol del gestor privado, de acuerdo con el modelo internacional, ha sido tradicionalmente previsto en los sistemas jurídicos de los países de referencia, ya en el grupo de países que se ha ajustado a la nomenclatura de las APP, ya en aquellos que han propiciado únicamente reformas en sus instituciones originales. Similares criterios sobre el rol del gestor privado en la concesión de obra pública constan en los ordenamiento jurídicos de Argentina, Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador, Nicaragua, Panamá y Venezuela. Colombia, El Salvador, Guatemala, Honduras, México y Paraguay han contemplado en sus nuevas leyes el mismo tipo de actividades a ser encomendadas a un gestor privado bajo la modalidad de APP.

Las actividades que se encomiendan a la empresa privada son, en la práctica, un diferenciador de las APP respecto de otras modalidades de contratación pública y, por supuesto, dentro del género de las APP, el rol del gestor privado genera especies de APP.

El gestor privado en una APP asume la responsabilidad principal de llevar adelante los componentes esenciales del proyecto de manera integrada (*bundling*) para obtener eficientemente el resultado comprometido;⁴⁴ el resultado funcional en la ejecución del proyecto es el que ha de evaluar (con base en unos indicadores preestablecidos); y, los niveles de eficiencia a ser alcanzados en el desarrollo del proyecto dependen de la manera en que se enlazan los componentes a ser atribuidos al gestor privado del que se espera, con base en el interés empresarial que alienta su actividad,

⁴³ Medida de la capacidad de transporte marítimo expresada en contenedores.

⁴⁴ Cfr. E. Iossa y D. Martimort. «Risk allocation and the costs and benefits of public private partnerships», en *RAND Journal of Economics*, vol. 43, núm. 3, 2012, pp. 442-474. Ponen énfasis en los costes y beneficios que la planificación e implementación de agrupamiento en los proyectos de APP.

innovación y la adecuada administración de los recursos disponibles para conseguir los niveles de servicio requeridos. El gestor privado recibe los beneficios de la reducción de los costes de operación y mantenimiento si ha ejecutado el diseño y construcción eficientemente, por lo que el agrupamiento de los componentes del proyecto es un factor de diferencia relevante respecto de la contratación desagregada tradicional.⁴⁵

Finalmente, el tipo y la importancia de los riesgos transferidos al gestor privado son el resultado de su rol en el proyecto.

(e) La intervención de la Administración delegante en las especificaciones del proyecto (medios y resultados) y los contratos celebrados por el gestor privado y sus decisiones de medio

El nivel de especificación del proyecto a ser delegado es un asunto inicial del que debe ocuparse la Administración pública antes de la etapa de contratación del gestor privado.

El nivel de detalle que se emplea en la formulación del proyecto público a ser delegado implica también un modo de asignación de riesgos entre las partes —en ocasiones involuntario—, en el sentido de que el resultado en la implementación del proyecto puede depender de las exigencias previstas —en el diseño— del proyecto. De este modo, si hay desvíos —*v. gr.*, en los servicios a ser prestados— derivados del detalle provisto por la Administración pública en la formulación del proyecto, el gestor privado podría imputarlos a un diseño que no ha sido efectuado por él.

Esto explica la razón por la que, en las mejores prácticas en la preparación de un proyecto público a ser gestionado en la modalidad de APP, las especificaciones a ser determinadas por la Administración pública se deben referir fundamentalmente a los resultados esperados (*outputs*), de modo que el gestor privado esté a cargo del diseño de los medios para alcanzarlos (*inputs*).

No obstante, la Administración pública puede reservarse el derecho a intervenir en ciertos aspectos con un propósito preventivo, siempre en consideración a la necesidad de mitigar riesgos más generales que no son objeto de la relación contractual o que, siéndolos, el impacto puede traducirse en efectos dañosos respecto de los que un gestor privado tiene únicamente responsabilidad patrimonial. Por ejemplo, la calidad de los materiales a ser empleados en una específica infraestructura, aunque pueda estar ligado al riesgo de mantenimiento asumido por el gestor privado, también puede implicar riesgos vinculados con la vida de los usuarios de la obra; o, el desarrollo programado de las obras tiene relevancia con respecto a la oportunidad con la que se debe proveer el servicio público y tiene impacto en la confianza del público en el modelo de gestión en general, aunque la demora implique para el gestor privado en el proyecto específico la aplicación de multas o el retraso en la recepción de los ingresos

⁴⁵ La privatización regulada, no obstante, puede ser mejor que una APP cuando el contrato debe ser renegociado continuamente para atender los incrementos de demanda del servicio cuando la infraestructura debe ser adecuada a tales incrementos. Cfr. E. Engel, R. Fischer y A. Galetovic. «Public-private partnerships: when and how», [en línea], Universidad de Chile, Facultad de Economía y Negocios, 19 de julio de 2008, [consulta: 13/02/2016]. Disponible: <http://www.econ.uchile.cl/uploads/publicacion/c9b9ea69d84d4c93714c2d3b2d5982a5ca0a67d7.pdf>

destinados al pago del servicio de la deuda, aspectos que afectarán su posición financiera.

Por otra parte, la Administración pública podría intervenir con respecto a las relaciones contractuales que instrumente el gestor privado para llevar a cabo el proyecto y decisiones de medio a cargo del gestor privado. Caben muchas posibilidades que se pueden reducir a tres muy generales: (i) La Administración pública podría intervenir en un esquema de control previo que le permita autorizar la celebración de contratos o la adopción de decisiones en función de las previsiones más generales determinadas en el contrato APP; (ii) la Administración pública puede intervenir en un control posterior de modo que los desvíos en esta materia que no sean corregidos en tiempo oportuno, constituya una causal de terminación anticipada del contrato; o, (iii) una combinación de los dos criterios, atendiendo la relevancia de las relaciones implicadas.

El enfoque de la autorización previa al gestor privado para la celebración de los contratos o decisiones necesarios para alcanzar los resultados previstos en el proyecto a ser delegado, al menos en los que se han calificado como principales, suele ser empleado por el prestamista externo en un esquema de financiación de *project finance*. Un concepto tan impreciso como el de efecto «sustancial» en un sistema de contratos concebido como cerrado, suele ser la referencia para la intervención de los prestamistas externos en la autorización de las relaciones contractuales.

Esta intervención externa —pensada desde el interés de repago de un crédito— permite considerar que el control *ex ante* por parte de la Administración pública pueda ser limitado a supuestos de extrema importancia para el interés público, como los que se desprenden de los motivos que sirvieron de base para la adjudicación del contrato de APP a específicos promotores privados. Piénsese, por ejemplo, en el contrato que debe ser celebrado entre los promotores privados que se presentaron como consorciados en el proceso de concurso público y con respecto a los cuales la Administración pública evaluó los requisitos legales, técnicos o económicos antes de adoptar su decisión de adjudicación. Otro caso podría ser el de los contratos que el gestor privado celebre con partes relacionadas o ubicadas en plazas en las que no es posible acceder a información, cuando los controles de la Administración pública previstos son *ex post* y los desvíos podrían ser de gran impacto. En todo caso, cualquier instrumento de financiación en el que el prestamista externo requiera de la Administración pública su consentimiento o la manifestación de su conocimiento, necesariamente requerirá control previo.

Cualquiera sea el esquema de control —previo o posterior— los criterios con los que se realiza deben formar parte del contrato APP, cuando estos no se encuentran señalados en el sistema jurídico.

(f) Especificación del alcance del proyecto: disponibilidad y niveles de servicio

Como se ha señalado precedentemente, los proyectos de APP se caracterizan porque la Administración pública fijan los objetivos o resultados (*outputs*) del proyecto en función de las actividades delegadas al gestor privado. tales resultados se miden, con las

consecuencias previstas en el contrato de gestión delegada, a través de indicadores.⁴⁶ Un proyecto sin indicadores de resultados no podría ser considerado como una APP.

El equilibrio entre los estímulos que se generan para la reducción de costes del ciclo de vida del proyecto y los requerimientos de calidad del servicio debe ser adecuadamente administrado en una APP, pues, el gestor privado no tendría ningún estímulo para invertir en mejoras de tal naturaleza.⁴⁷

Los indicadores como es común deben ser específicos, medibles, alcanzables, relevantes y programables. Para cada indicador se debe determinar además el medio de verificación de modo que, con una base objetiva, las tareas de monitoreo y fiscalización puedan ser desarrolladas sin propiciar controversias sobre el entendimiento de el cumplimiento de los objetivos a cargo del gestor privado.

La norma reglamentaria oriente también sobre el modo de definir los indicadores sobre el nivel de servicio o el cumplimiento de los objetivos previstos para la actividad encomendada al gestor privado en el proyecto. En primer lugar, los indicadores deben estar orientados hacia el servicio y no tanto con relación a los medios empleados para su provisión. Por otra parte, los indicadores podrían consistir en una indicación de los niveles de servicio o criterios de disponibilidad de la infraestructura.

Los desvíos en los indicadores de la gestión delegada usualmente tienen efectos económicos para el gestor privado:

- Las prestaciones económicas a cargo de la Administración pública pueden estar vinculadas al nivel de cumplimiento de un indicador. De modo que el ingreso del proyecto, por ejemplo, podría verse afectado porque se ha establecido que su cálculo depende de la disponibilidad de la infraestructura.
- Se puede establecer sanciones, en este caso contractuales, vinculadas con los desvíos en los indicadores.

Únicamente en los casos más graves, los desvíos en los indicadores pueden implicar una causal para dar por terminado el contrato por causa imputable al gestor privado. Estos supuestos suelen estar acompañados de la posibilidad de ajuste de la conducta del gestor privado en un plazo razonable y en la posibilidad de que los financiadores externos al proyecto puedan ejercer sus *step-in rights* que, a diferencia de lo que ocurre en el mundo angloamericano, se instrumentan a través de figuras tradicionales romano-germánicas, como las cesiones condicionales de la posición contractual.

Por el número de indicadores, medios de verificación y procedimientos de control, el sistema jurídico ecuatoriano exige que se adopte la forma de un manual que se integra al contrato como parte integrante.

⁴⁶ En este sentido, el art. 18 del Reglamento de la LIAPP.

⁴⁷ Cfr. E. Engel, R. Fischer y A. Galetovic. «Public-private partnerships: when and how», [en línea], Universidad de Chile, Facultad de Economía y Negocios, 19 de julio de 2008, [consulta: 13/02/2016]. Disponible: http://www.econ.uchile.cl/uploads/publicacion/c9b9ea69d84d4c93714c2d3b2d_5982a5ca0a67d7.pdf

2. Los riesgos del proyecto, su distribución y gestión

La identificación, evaluación y gestión de riesgos en un proyecto de APP es otro de los asuntos centrales de la modalidad de gestión de la actividad pública.⁴⁸ El equilibrio entre los estímulos que se generan para la reducción de costes del ciclo de vida del proyecto y los requerimientos de calidad del servicio debe ser adecuadamente administrado en una APP, pues, el gestor privado no tendría ningún estímulo para invertir en mejoras de tal naturaleza.⁴⁹ En este apartado quiere hacer explícito el hecho de que el análisis de riesgos requiere una gran cantidad de información que no siempre se dispone y, en tales condiciones, se basa en las asunciones y apreciación del analista. En una buena parte de los casos los errores en este tipo de estudio se materializan en renegociaciones de los contratos APP o la quiebra de los proyectos. El hecho de que el proceso tenga un alto contenido especulativo es la premisa para señalar críticamente que los proyectos APP, desde la perspectiva de lo público, no son una garantía de eficiencia que, como se ha señalado, es el objetivo a satisfacer que emplean los promotores más adeptos a la herramienta.

La idea de que los riesgos de un proyecto público en la modalidad de APP se distribuyen entre los participantes muestra, también, la diferencia notable entre el proyecto de APP y el contrato de gestión delegada con el que se instrumenta la relación entre la Administración pública y el gestor privado.

Los riesgos que se identifican, evalúan y gestionan son del proyecto público a ser implementado. Esto contrasta con el análisis de riesgos con respecto a los objetivos asignados a la misma Administración como gestor de los intereses de la comunidad. No es lo mismo considerar la probabilidad e impacto de un evento dañoso con respecto a la consecución de los objetivos de un proyecto en específico que hacerlo con respecto a los objetivos de la comunidad con respecto a los derechos que se buscan satisfacer con el desarrollo de la actividad pública. Una visión amplia del problema exige, en primer lugar, separar los objetivos generales a cargo del Estado con aquellos que corresponden a una actuación particular expresa en un proyecto público. De este enfoque se desprende, por ejemplo, el análisis de sostenibilidad y riesgo fiscal y, también, el que corresponde a la equidad al momento de tomar una decisión sobre la conveniencia de la modalidad de gestión a ser empleada para la implementación del proyecto público.

El modo de gestionar los riesgos en el proyecto de APP depende de la asignación original, según su diseño original. Un daño a terceros, por ejemplo, puede ser gestionado a través de la contratación de un seguro por responsabilidad civil. En teoría este riesgo podría ser retenido por la Administración (como cuando el daño se refiere a la provisión del servicio con los medios que mantiene disponibles el gestor privado), trasladado al gestor privado (como cuando se refiere a los casos en que el gestor privado es responsable del servicio provisto) o compartido (como cuando se fija un límite sobre el monto de responsabilidad de una u otra parte). La asignación original del riesgo a una

⁴⁸ Cfr. [Australia] Department of Treasury and Finance (Victoria). *Guidance Material. Risk Allocation and Contractual Issues. A guide*. Melbourne: DTF, 2001.

⁴⁹ Cfr. E. Engel, R. Fischer y A. Galetovic. «Public-private partnerships: when and how», [en línea], Universidad de Chile, Facultad de Economía y Negocios, 19 de julio de 2008, [consulta: 13/02/2016]. Disponible: <http://www.econ.uchile.cl/uploads/publicacion/c9b9ea69d84d4c93714c2d3b2d5982a5ca0a67d7.pdf>

de las partes determina quien deberá asumir los gastos necesarios para implementar la medida de mitigación considerada o elegir la que más convenga. Se ha encontrado que no siempre es posible que se generen relaciones interdependientes que permitan distribuir los riesgos del proyecto entre la Administración Pública y el gestor privado, sino, por el contrario, en muchas ocasiones, el socio privado se vuelve dominante de modo que, en función de la potenciación de su ganancia, traslade los riesgos al delegante.⁵⁰

Por otra parte, la asignación del riesgo implica, en la práctica, que el contrato de gestión delegada deberá especificar las obligaciones que le corresponden a la parte a la que se le ha asignado este riesgo en el proyecto. Por ejemplo, se podría establecer la obligación de contratar el seguro por responsabilidad civil, la determinación de su cuantía, las características del asegurador, la obligación de justificar periódicamente la vigencia del seguro, etcétera.

Los aspectos generales sobre los riesgos y sus distribución están usualmente regulados en los sistemas jurídicos de referencia, pero no los asuntos de detalle que dependen de la formulación y evaluación del proyecto de APP.

(a) La gestión de riesgos y su método

El riesgo es definido como el efecto de la incertidumbre sobre los objetivos de una organización.⁵¹ El riesgo se expresa en términos de una combinación de la probabilidad de ocurrencia de un evento y su impacto o consecuencias sobre lo esperado.⁵²

El riesgo puede afectar a cualquier clase de figura subjetiva: Estado en su conjunto, entidad u órgano público, empresa privada, colectivo de sujetos o a un individuo en particular. A todas estas figuras subjetivas se hace referencia cuando se emplea el término «organización» en las definiciones técnicas y, en general, en el método, las técnicas y las herramientas en la gestión del riesgo.⁵³

Los objetivos eventualmente afectados por la materialización del riesgo pueden ser concebidos, asimismo, con distintas referencias. Por ejemplo, puede tratarse de objetivos relacionados con las condiciones de salud o seguridad en las que se realiza el trabajo; los referidos a la conservación del ambiente; específicos vinculados con un determinado proyecto; los generales de un emprendimiento; y, por supuesto, los personales de cualquier sujeto, en relación con su patrimonio o plan de vida.

⁵⁰ C. Lonsdale. «Post-contractual lock-in and the UK Private Finance Initiative (PFI): the cases of national savings and investments and the Lord Chancellor's Department», en *Public Administration*, vol. 83, 2005, pp. 67-88. El autor concluye que lo relevante no es que se pueda trasladar el riesgo, sino cuando.

⁵¹ Organización Internacional de Normalización. *ISO 31000:2009 - Risk management - Principles and guideline*, p. 1: § 2.1 («riesgo.- efecto de la incertidumbre sobre los objetivos»). El término «riesgo», en el lenguaje común, describe la posibilidad de que algo suceda, usualmente, con una connotación negativa. A diferencia de su uso en el inglés, en castellano, «riesgo» se vincula con la idea misma de probabilidad; sin embargo, cuando nos referimos a la «probabilidad» de manera estricta ponemos énfasis en la traducción matemática de aquella posibilidad de que un evento suceda, cualquiera sea su consecuencia (positiva o negativa). Se trata, pues, de uno de los elementos para la evaluación del riesgo.

⁵² Cfr. ISO 31000, § 2.1, n. 4.

⁵³ Cfr. ISO 31000, § 1, «Ámbito de aplicación».

El concepto de riesgo está vinculado con la idea central de la consecución de unos determinados «objetivos». En el caso de un proyecto de APP, el cumplimiento de dichos objetivos se puede ver afectado, positiva o negativamente, por eventos cuya ocurrencia es incierta. La gestión de riesgos se dirige a potenciar las oportunidades y a controlar las amenazas, de modo que el cumplimiento de los objetivos del proyecto sea posible de manera eficiente.

Desde la perspectiva de los estándares internacionales, las normas ISO 31000 e ISO 31010 y la guía ISO 73:2009 contienen los elementos fundamentales en la materia. La guía ISO 73 contiene las definiciones genéricas de términos relativos a la gestión de riesgo. La norma ISO 31000 establece los principios y las directrices genéricas sobre la gestión del riesgo. La norma ISO 31010, por su parte, «suministra directrices sobre la selección y aplicación de técnicas sistemáticas para la valoración del riesgo».⁵⁴

Teniendo como base una serie de desarrollos técnicos, la gestión de riesgos es ahora un elemento común en los sistemas jurídicos traídos desde el *public management*.⁵⁵ Por ejemplo, en el Ecuador, como en una buena parte de los países hispanoamericanos,⁵⁶ se ha adoptado un régimen público de normas de control interno.⁵⁷ Para los asuntos vinculados con la deuda pública, la Contraloría General del Estado ecuatoriana expidió la guía para su auditoría.⁵⁸ En cada uno de estos instrumentos la gestión de riesgos es central. Su trascendencia se conecta con los procedimientos administrativos de determinación de responsabilidad administrativa, civil y de indicios de responsabilidad penal en la gestión de recursos públicos en el Ecuador.

En el gráfico 2.2 se presenta el esquema de los subprocesos referidos a la gestión de riesgos.

En la definición del contexto interno y externo en el proceso se busca determinar aquellos factores que afectan de manera específica a la gestión de los riesgos. Se requiere revisar, por ejemplo, el ambiente social y cultural, político, jurídico, financiero, tecnológico, los denominados impulsores y las tendencias que tienen impacto en los objetivos y la relaciones con las partes involucradas externas, sus percepciones y valores. La revisión del contexto interno incluye, entre otros aspectos, la estructura de la organización y la distribución de roles; las políticas y los instrumentos de planificación producidos; los medios disponibles, tales como sistemas y tecnologías, procesos, recursos humanos y sus calificaciones; la relación que existe entre las partes involucradas internas; así como sus percepciones y valores; la cultura de la organización; la

⁵⁴ Organización Internacional de Normalización. *ISO 31010: 2009, IDT- Risk management – Risk assessment techniques* [La gestión de riesgos – Técnicas de valoración del riesgo], ISO, 2009, p. 1.

⁵⁵ AIRMIC, ALARM y IRM. *A structured approach to Enterprise Risk Management (ERM) and the requirements of ISO 31000* [en línea], [consultado: 10/10/2014], p. 9. Disponible: www.airmic.com. [Colombia] Ministerio de Hacienda y Crédito Público. *Metodología «Valoración y seguimiento de riesgos en contratos estatales»*. Bogotá: Ministerio de Hacienda y Crédito Público, 2011, p. 40.

⁵⁶ Cfr. [Chile] Ministerio Secretaría General de la Presidencia. *Implantación, mantención y actualización del proceso de gestión de riesgos en el sector público*. Documento Técnico núm. 70. Santiago: s/e, 2016.

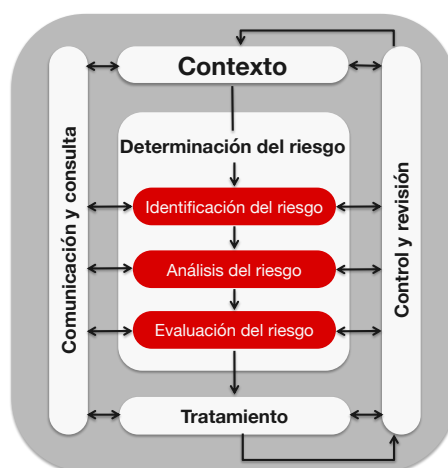
⁵⁷ [Ecuador] Acuerdo de la Contraloría General del Estado No. 39, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 87, de 14 de diciembre de 2009.

⁵⁸ [Ecuador] Acuerdo de la Contraloría General del Estado No. 5, publicada en el Registro Oficial No. 412, de 24 de marzo de 2011.

información disponible; los métodos y la práctica constante frente a la adopción de decisiones.

La identificación del riesgo consiste en establecer la fuente (factor) del riesgo, la causa y las consecuencias. La norma ISO 31000 señala que se «debería identificar las fuentes de riesgo, las áreas de impacto, los eventos (incluyendo los cambios en las circunstancias), y sus causas y consecuencias potenciales». ⁵⁹ Identificar el evento riesgoso implica necesariamente establecer el objetivo, general o específico, en relación al cual se efectúa el análisis: se trata de definir el punto de referencia. Considere ahora la diferencia que existe en la identificación de los riesgos que asume la Administración pública en un proyecto APP con respecto al objetivo de proveer el servicio público a los integrantes de la comunidad, frente a los riesgos de los participantes con respecto a los objetivos propios del proyecto de APP. La tabla 2.1 («Técnicas de determinación del riesgo») se presenta las referidas técnicas y el señalamiento de su aplicación recomendada.

Gráfico 2.2: Proceso de gestión del riesgo



Fuente: AIRMIC, ALARM y IRM. A structured approach to Enterprise Risk Management (ERM) and the requirements of ISO 31000 [en línea], [consultado: 10/10/2014], p. 9. Disponible: www.airmic.com

El grupo de tareas referidas al análisis y evaluación del riesgo tiene como fin discriminar algunos de los eventos riesgosos enumerados, eliminar los redundantes y los que no tienen consecuencias importantes, y ordenar a los sustanciales en términos de relevancia y su necesidad de atención. La técnica más sencilla y de uso común para estos propósitos es el análisis de escenarios mediante el cual se valora la importancia de cada evento de riesgo en términos de (i) magnitud del impacto del evento riesgoso en el cumplimiento del objetivo y (ii) probabilidad de ocurrencia del evento.

Los impactos son caracterizados con base en criterios cualitativos y cuantitativos y a cada uno se le asigna un valor de 1 a 5 en función de su gravedad en relación con el cumplimiento del objetivo. Es evidente que la definición de la gravedad del impacto ha pasado, en primer lugar, por la determinación de los objetivos eventualmente afectados.

⁵⁹ ISO 31000, p. 17

Son los objetivos, metas e indicadores los que permiten definir el modo de analizar la gravedad del impacto. Así, por ejemplo, en el análisis de los riesgos de un proyecto, típicamente se determinan objetivos, metas e indicadores en torno al alcance, la calidad, el tiempo y el coste de aquello que hay que hacer, por lo que la gravedad del impacto ha de ajustarse a los criterios que sirvieron para fijar los indicadores de cumplimiento de las metas propuestas. De modo que, el impacto en los objetivos de costes y tiempo del proyecto siempre estará relacionado con algún criterio cuantitativo, mientras que el impacto en el alcance y la calidad, podrá incorporar criterios cualitativos.

La información de evaluación de la relevancia del impacto luego se la emplea en la valoración del nivel de riesgo, a través de la relación entre el impacto y su frecuencia. Con el mismo enfoque presentado para analizar el impacto se puede emplear una matriz para definir la probabilidad de ocurrencia o frecuencia. Las técnicas que se han de preferir (Tabla 2.1: «Técnicas de determinación del riesgo») para evaluar la probabilidad son todas aquellas que se basen en la información histórica disponible.

Tabla 2.1: ISO 31010 — Técnicas de determinación del riesgo

HERRAMIENTAS Y TÉCNICAS	PROCESO DE DETERMINACIÓN DEL RIESGO				
	Identificación del riesgo	Análisis del riesgo			Evaluación del riesgo
		Impacto	Probabilidad	Nivel de riesgo	
Lluvia de ideas	RA (1)	NA (2)	NA	NA	NA
Entrevistas estructuradas o semiestructuradas	RA	NA	NA	NA	NA
Delphi	RA	NA	NA	NA	NA
Listas de verificación	RA	NA	NA	NA	NA
Análisis primario de peligros	RA	NA	NA	NA	NA
Estudios de peligro y operatividad (HAZOP)	RA	RA	A (3)	A	A
Análisis de peligros y puntos críticos de control (HACCP)	RA	RA	NA	NA	RA
Valoración del riesgo ambiental	RA	RA	RA	RA	RA
Estructura ¿qué pasaría si? (SWIFT)	RA	RA	RA	RA	RA
Análisis de escenario	RA	RA	A	A	A
Análisis del impacto en el negocio	A	RA	A	A	A
Análisis de la causa principal	NA	RA	RA	RA	RA
Análisis de modo y efecto de falla (EMEF)	RA	RA	RA	RA	RA
Análisis de árbol de fallas	A	NA	RA	A	A
Análisis de árbol de eventos	A	RA	A	A	NA
Análisis de causa y consecuencia	A	RA	RA	A	A
Análisis de causa y efecto	RA	RA	NA	NA	NA
Análisis de capas de protección (LOPA)	A	RA	A	A	NA
Árbol de decisión	NA	RA	RA	A	A
Análisis de confiabilidad humana	RA	RA	RA	RA	A
Análisis de esquema en corbatín (<i>bow tie</i>)	NA	A	RA	RA	A
Mantenimiento enfocado en la confiabilidad	RA	RA	RA	RA	RA
Análisis de circuito furtivo	A	NA	NA	NA	NA
Análisis de Markov	A	RA	NA	NA	NA
Simulación de Monte Carlo	NA	NA	NA	NA	RA
Estadísticas y redes Bayesianas	NA	RA	NA	NA	RA
Curvas FN	A	RA	RA	A	RA
Índices de riesgo	A	RA	RA	A	RA
Matriz de consecuencia y probabilidad	RA	RA	RA	RA	A
Análisis de costo y beneficio	A	RA	A	A	A
Análisis de decisión por criterios múltiples (MCDA)	A	RA	A	RA	A

(1) Rotundamente aplicable | RA

(2) No aplicable | NA

(3) Aplicable | A

Fuente: ISO 31010, p. 17.

La matriz de la gravedad o nivel del riesgo da un fundamento para jerarquizar los riesgos. Los riesgos de la zona roja tienen la mayor nivel y prioridad, seguidos por los de la amarilla. Los de la zona verde se consideran sin consecuencia relevante y se los suele ignorar a menos que cambie las circunstancias que los contextualizan.

La matriz está estructurada en forma típica en torno al impacto y a la probabilidad de un evento de riesgo; se basa en una disposición 3x3 o 5x5 de los elementos, donde cada uno representa un conjunto distinto de valores de impacto y probabilidad. La zona roja se ubica en la esquina derecha superior y significa que el riesgo es crítico, mientras que los eventos que corresponden a la zona verde, que se ubica en la esquina izquierda inferior, se consideran riesgos tolerables. El riesgo moderado, la zona amarilla, se extiende hacia abajo en la parte central del indicativo de la matriz. Como suele considerarse que el impacto es más importante que la probabilidad, la zona roja de mayor riesgo se extiende por debajo de la columna de alto impacto.

Gráfico 2.3: Matriz probabilidad-impacto

	Alto impacto (8)	Riesgo medio (1x8 = 8)	Riesgo alto (2x8 = 16)	Riesgo alto (3x8 = 24)
	Moderado impacto (4)	Riesgo bajo (1x4 = 4)	Riesgo medio (2x4 = 8)	Riesgo alto (3x4 = 12)
	Bajo impacto (2)	Riesgo bajo (1x2 = 2)	Riesgo bajo (2x2 = 4)	Riesgo medio (3x2 = 6)
		Baja probabilidad (1)	Moderada probabilidad (2)	Alta probabilidad (3)
		PROBABILIDAD		

Fuente: Elaboración propia, a partir de [Chile] Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Implantación, mantención y actualización del proceso de gestión de riesgos en el sector público. Documento Técnico núm. 70. Santiago: s/e, 2016.

En la matriz de riesgo (bidimensional) no se incorpora como factor de análisis, la capacidad de la organización para detectar oportunamente el evento riesgoso, criterio importante para estructurar el tratamiento del riesgo. Por esta razón, se recomienda definir las dificultades de detección en función del evento riesgoso considerado. Se trata de conocer cuánto cuidado se ha de tener ante la capacidad de respuesta de la organización. Del mismo modo, la calificación de 1 es la más baja, mientras que la calificación más alta se daría a los eventos que sólo se descubrirían después que fuera demasiado tarde. El producto del impacto, la probabilidad y la capacidad de detección es igual al valor del riesgo.

Se suelen hacer variaciones en las escalas de evaluación según el nivel de sofisticación de las técnicas empleadas; sin embargo, el principio es el mismo: se trata de

evaluar el nivel de riesgo para poder priorizar las actividades de tratamiento y el empleo de los recursos disponibles.

Una vez que se identifica, analiza y se evalúa el evento de riesgo, se debe tomar una decisión acerca de la respuesta adecuada para gestión ese riesgo. La respuesta puede clasificarse como mitigadora, de omisión, de transferencia, de distribución y de retención.

- La *mitigación del riesgo* supone procurar su reducción como primera alternativa a ser considerada. Las estrategias para mitigar el riesgo son: (i) reducir la probabilidad de que el evento se presente o (ii) disminuir el efecto que el evento adverso podría tener en el objetivo.
- Omitir el riesgo es modificar la decisión para eliminar la contingencia o situación. Aunque resulta imposible eliminar todos los eventos de riesgo, es posible evitar algunos peligros específicos antes de actuar o dejar de hacerlo.
- Trasladar el riesgo a otra parte es también usual. Por ejemplo, cuando se contrata un seguro de responsabilidad civil.
- Al distribuir el riesgo lo que se busca es asignar proporciones del riesgo a distintas partes, según su capacidad de gestión en términos de eficiencia.
- El riesgo se retiene al desarrollar un plan de contingencia para el momento en que el evento negativo se produzca. En varios casos se toma una decisión de aceptar el riesgo de que ocurra un evento y absorberlo.

Como se verá inmediatamente, cuando se prepara un proyecto de APP, la identificación, análisis y evaluación de los riesgos son tareas ordinarias. Con base en ello se distribuye los riesgos entre la Administración y el gestor privado, se traslada ciertos riesgos a terceros y, finalmente, se retienen ciertos riesgos para los que se requiere gestión un plan de contingencias. Este último aspecto no se lo suele observar con frecuencia, pues se asume que todos los riesgos definidos y asignados a las partes a través de los contratos de gestión delegada ya tienen medidas de respuestas en el mismo proyecto. Lo cierto es que, según se haya señalado el objetivo público, el riesgo general del proyecto (su fracaso) requiere tener un plan de respuesta no solo en lo que respecta a los aspectos financieros públicos (sostenibilidad y riesgo fiscal, sino también con respecto a la continuidad del servicio asociado al proyecto.

(b) Riesgos y costes de transacción

El procedimiento de delegación de la gestión de un proyecto público a un gestor privado implica el intercambio de información incompleta e imperfecta entre los participantes. Por ello, desde la Economía Institucional se ha tratado el tema dentro del marco conceptual y las técnicas de la economía de los costes de transacción.⁶⁰

⁶⁰ Ver a este respecto los trabajos de O. Williamson. *Instituciones económicas del capitalismo*. México: Fondo de Cultura Económica, 1989. Williamson utiliza el enfoque del coste de transacción para definir sus implicaciones en, entre otras materias, las políticas públicas y en la regulación de servicios públicos. Se puede consultar también, en el ámbito hispanoamericano, X. Arias y G. Caballero. «Instituciones, costes de transacción y políticas públicas: un panorama», en *Revista de Economía Institucional*, vol. 5, núm. 8, 2003, pp. 117 - 146; Y. Gorbaneff, A. Cortés, S. Torres y F. Yepes. «Teoría de costes de transacción, formas de

La licitación, los actos en ella y sus fases, los criterios de evaluación y control fijados en el procedimiento administrativo, la conducta recíproca en la ejecución del contrato e implementación del proyecto, las causas y decisiones de renegociación del contrato de APP, entre otros, son nodos de información, en los que cada parte está sujeta a conductas oportunistas de su contraparte y otros participantes.

Estas conductas se pueden gestionar como riesgos a los que se les asigna les asigna un precio o a través de la implementación de mecanismos de mitigación. La decisión misma de inversión en un país específico, por ejemplo, supone un precio al que se lo suele identificar como prima de riesgo. Las decisiones discrecionales de la Administración, en el contexto del ejercicio de una potestad exorbitante (*v. gr.*, el rescate de la concesión) usualmente se limita a través de la determinación de consecuencias económicas derivadas de este caso de terminación del contrato.

En cualquier caso, la materialización del riesgo o la concreción de la conducta oportunista lleva finalmente a procesos de renegociación o a la quiebra de la relación.⁶¹

(c) **Riesgo público general y riesgo empresarial**

Todo inversionista privado realiza una evaluación del riesgo del emprendimiento. Con base en él, adopta una decisión de inversión. Desde la perspectiva financiera, el inversionista relaciona el riesgo con la rentabilidad del capital que empleará en el proyecto.

Un proyecto es viable desde la perspectiva del inversionista (*i. e.*, es comercialmente atractivo), si los flujos del proyecto (ingresos y egresos) le generan una rentabilidad aceptable por el nivel de riesgo asumido y si tales flujos, junto con las garantías, colaterales y seguros, son suficientes para obtener la financiación de terceros en una combinación adecuada de financiación.

En la estructuración financiera del proyecto, el inversionista busca separar claramente los riesgos del proyecto en sí mismo y los que le corresponden por el capital que invierte y las actividades que asume como tercero frente al gestor privado (por ejemplo, como constructor u operador).

Como más adelante detallo, en un *project finance*, la rentabilidad que obtiene el promotor privado se deriva de los flujos de las actividades de construcción, de la operación y/o de la inversión misma. Mientras mayor es el riesgo del proyecto que asume el inversionista, mayor será la rentabilidad exigida, especialmente cuando el riesgo no se puede diversificar o distribuirse entre otros participantes.

Desde la perspectiva de la Administración, los riesgos no se los evalúa únicamente desde la perspectiva financiera. Aunque la Administración con respecto al proyecto específico espera generar ahorros por efecto de la modalidad de financiación escogida («valor por dinero»), se debe ocupar del impacto que tiene el proyecto y el

gobernación y los incentivos en Colombia: un estudio de caso», en *Estudios Gerenciales*, núm. 29, 2013. pp. 332 - 338; o, J. Tavera Colugna. «Por qué las reformas del Estado fracasan? Un enfoque de costes de transacción», en *Economía*, [PUCP], vol. 22, núm. 43, 1999, pp. 9 - 95.

⁶¹ Cfr. G. Ferro. *Riesgo político y riesgo regulatorio: problemas en la concesión de sectores de infraestructura*. [Texto de Discusión núm. 25]. Buenos Aires: Centro de Estudios Económicos de la Regulación [Departamento de Economía y Finanzas, Universidad Argentina de la Empresa], 2001, p. 7

conjunto de proyectos de su programa de APP con respecto a las finanzas públicas en el corto, mediano y largo plazo. Junto a este tipo de riesgo general materia de las finanzas públicas están los riesgos más importantes referidos a los objetivos de provisión de los servicios públicos a su cargo en términos de calidad, universalidad, accesibilidad, continuidad, etc. El impacto en la comunidad del fracaso de un proyecto de APP se refleja, no solo en más gastos con cargo al presupuesto público y el desvío de los usos planificados en otras actividades públicas, sino especialmente en el bienestar, en clave de derechos fundamentales, que se espera alcanzar con la implementación del proyecto público.

(d) Gestor privado, distribución de riesgos y sistema de contratos

La identificación y asignación de riesgos entre los participantes del proyecto público a ser ejecutado se realiza a través de los contratos que integran el sistema.

Se ha hecho explícito que, en la realidad, el gestor privado suele ser un instrumento de los promotores privados (específicamente, del constructor —se señala—) que intervienen en el proyecto.⁶² De modo que si el gestor privado no tiene una administración independiente, la intervención de los financiadores externos en la evaluación del proyecto limita en cierto grado decisiones arbitrarias, especialmente, en lo que respecta a los propios intereses de los prestamistas que, a la postre, fijan reglas y estipulaciones de control en la gestión, especialmente en lo que corresponde al manejo de los desembolsos y los riesgos a asumir con terceros. Pero la evaluación de viabilidad financiera del proyecto efectuada por los financiadores externos, no impide que las condiciones ventajosas que se pueden derivar del control de las relaciones que se instrumentan entre el gestor privado y sus partes vinculadas sean trasladadas a la Administración y a la comunidad —por esa vía— en forma de costes incrementados en la implementación del proyecto.

La mayor parte de los sistemas jurídicos han acogido, por la necesidad de que el proyecto sea comercialmente viable en un contexto de competencia de entornos institucionales, reglas que permiten una deliberada estructuración legal para proteger a los promotores privados de cualquier relación con la Administración pública a través del gestor privado, más allá de su importancia como (i) contenedor aislado de los flujos financieros e instrumento no contaminado de control en la gestión financiera del proyecto, o, (ii) instrumento de facilitación de la intervención de la Administración para asegurar la continuidad del servicio público, en casos extremos en los que el contrato APP debe terminar.

⁶² Cfr. G. Vinter. *Project Finance. A legal guide*. Londres: Sweet & Maxwell, 1998, pp. 24 y ss. La solución a la que se refiere el autor con respecto al riesgo que se desprende del control que los promotores privados mantienen sobre el gestor privado, con respecto a los flujos de salida del proyecto en su beneficio, en forma de costes y gastos, está en el espacio de las relaciones entre el gestor privado y los financiadores externos. El uso de los índices financieros como criterio que permita las autorizaciones de desembolsos a las partes vinculadas con el gestor privado.

(e) **La asignación de riesgos en el modelo internacional**

La mayor parte de los estudios y análisis sobre APP se focaliza en la asignación de riesgos entre los participantes.⁶³ La distribución de riesgos, en el marco de las recomendaciones derivadas del modelo internacional,⁶⁴ consiste en determinar quién está en capacidad de ofrecer la mejor respuesta frente al potencial evento dañoso que puede afectar los objetivos del proyecto mismo.

En concreto, los riesgos se distribuyen cuando a través del contrato de gestión delegada se definen los derechos y obligaciones de cada parte. No obstante, no es una tarea sencilla pasar de una matriz de distribución de riesgos, a la estructuración de un contrato con la determinación de los derechos y obligaciones de cada parte. De hecho, da la impresión que una vez que se ha elegido el modo en que se asignará los riesgos (distribución preferida) es posible trasladar toda la implicación de las asignaciones efectuadas al contrato. Esta idea no es exacta, porque antes de llegar al contrato, se necesita definir las actividades y tareas concretas que se desprenden de la atribución del riesgo. Por ejemplo, es común encontrar en las matrices de riesgo estándar en un contrato de APP que incluya obra pública que la disponibilidad del emplazamiento es un riesgo de la Administración. Este criterio presupone que la identificación y valoración del bien, el ejercicio de la potestad de expropiación y el pago de la respectiva indemnización son asuntos puramente públicos; sin embargo, es posible transferir el riesgo de gestión y financiación del procedimiento al gestor privado cuando la potestad pública que implica la expropiación genere el efecto liberatorio del inmueble inmediatamente, como en el caso ecuatoriano.

La asignación de riesgos es el mecanismo básico de transferencia de obligaciones para hacer frente a las circunstancias de las que se puedan desprender pérdidas o diferencias en costes, tiempo o calidad en la gestión del proyecto. La tarea se ubica en la relación directa entre la Administración delegante y el gestor privado, usualmente excluyendo a los usuarios finales.⁶⁵ El sentido de hablar de riesgos en la construcción del contrato es definir, pues, tales obligaciones teniendo como referencia el impacto y probabilidad de ocurrencia de eventos dependientes de la acción u omisión de cada parte y también de eventos fuera de su control en los resultados esperados de la implementación del proyecto. Hay riesgos que se transfieren al gestor privado y otros los retienen la Administración. En un contrato bien estructurado existirá la respuesta a cualquier situación que de algún modo afecte los objetivos del proyecto.

⁶³ Cfr. BM, BAD y BID. *Asociaciones Público-Privadas. Guía de Referencia*, v. 2.0, Washington: Banco Mundial, 2004, pp. 152 y ss.

⁶⁴ [Australia-Victoria] Department of Treasury and Finance. *Risk Allocation and Contractual Issues*. Melbourne: Department of Treasury and Finance, 2001; [RU] HM Treasury. *Standardization of PFI2 Contrats*. Londres: HM Treasury, 2012; OCDE ; Banco Asiático de Desarrollo (BAD), Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD), Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Banco Islámico de Desarrollo (BIsD) y el Grupo del Banco Mundial (GBM) y Public-Private Infrastructure Advisory Facility (PPIAF). *APMG PPP Certification Guide* [en línea], 2016, [consulta: 15/02/2017]. Disponible: <https://ppp-certification.com/ppp-certification-guide-spanish>

⁶⁵ L. Bing, A. Akintoye, P. Edwards y C. Hardcastle. «The allocation of risk in PPP/ PFI construction projects in the UK», en *International Journal of Project Management*, vol. 23, núm. 1, 2005, pp. 25-35.

Como se ha señalado, el ejercicio de asignación de riesgos está en la esencia del objetivo de diseño del contrato que es la búsqueda de la eficiencia.⁶⁶ La transferencia de las consecuencias financieras del riesgo, en teoría, produce el incentivo para que el socio privado desarrolle la infraestructura y preste el servicio (objetivos del proyecto), según los criterios de calidad, oportunidad y coste previstos (factores de referencia), de la manera más eficiente posible, pues de ello depende su rentabilidad.

No obstante, mientras mayores son los riesgos transferidos al gestor privado, mayor será el coste de la facilidad financiera que se obtiene a través del uso de la modalidad. Es mayor la prima de riesgo, se dice.⁶⁷ Como contrapartida, la transferencia del riesgo al gestor privado debería implicar un ahorro para la Administración equivalente al valor de la pérdida esperada o impacto potencial (probabilidad de ocurrencia multiplicado por el impacto). La teoría indica que la decisión es eficiente si la prima de riesgo es menor que la pérdida potencial. Esta aproximación muestra que el sobre coste que se puede desprender del uso de la modalidad de gestión de APP, a título de prima de riesgo, funciona como una especie de seguro, porque la pérdida potencial no es un evento cierto, pero si llegar a ocurrir, el daño sería mayor que la prima pagada por la intervención del gestor privado. Este análisis es el que se concreta en el estudio de comprador público-privado al que me he referido previamente. Desde el punto de vista de la gestión de los riesgos, la herramienta permitiría definir el valor por dinero (ahorro en los recursos públicos) que se desprendería de la transferencia del riesgo al gestor privado, a partir de la diferencia entre el coste que asumiría la Administración si retiene los riesgos del proyecto público menos la prima que está pagando por la intervención del gestor privado en su implementación.

Como una cuestión de hecho, se alega que el gestor privado tiene mayor capacidad para minimizar la pérdida esperada o está en mejores condiciones para generar respuestas adecuadas para gestionar los riesgos (*i. e.*, mitigar el riesgo, trasladarlo a terceros a mejores precios, redistribuirlo entre otros participantes —constructor, operador, aseguradora—, etc.).

Todo lo dicho es la teoría en que se funda el criterio de eficiencia en la selección de la modalidad de gestión. Pero incluso en teoría, no todas las bases del criterio tienen justificación.

En efecto, no es posible afirmar que el sector privado está en condiciones de gestionar de mejor modo que la Administración pública cualquier riesgo. En principio, los riesgos que puede asumir el gestor privado son aquellos para los que éste puede acceder a mecanismos de mercado para organizar la respuesta; ahí es donde puede haber algún criterio de eficiencia. Por ejemplo, no podría esperarse que el gestor

⁶⁶ Ball, Heafey y King muestran la importancia de la transferencia de riesgos en las APP y su relevancia en el objetivo de generar valor por dinero en este tipo de modalidad de gestión. Cfr. R. Ball, M. Heafey y D. King. «Risk transfer and value for money in PFI projects», en *Public Management Review*, vol. 5, núm. 2, 2003, pp. 279-290.

⁶⁷ La prima de riesgo adquiere la forma de tasa interna de retorno, costes financieros u obligaciones contingentes vinculadas con el precio de la construcción o la explotación. Cfr. Banco Asiático de Desarrollo (BAD), Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD), Banco Interamericano de Desarrollo (IDB), Banco Islámico de Desarrollo (BIsD) y el Grupo del Banco Mundial (GBM) y Public-Private Infrastructure Advisory Facility (PPIAF). *APMG PPP Certification Guide* [en línea], 2016, [consulta: 15/02/2017]. Disponible: <https://ppp-certification.com/ppp-certification-guide-spanish>

privado pueda asumir el riesgo de demanda ahí cuando esta viene determinada por decisiones de autoridad.

Tampoco es posible que el gestor privado, a cambio del incremento de una mayor retribución, asuma todos los riesgos identificables. Los riesgos transferibles son solamente aquellos que permiten la viabilidad comercial del proyecto.

El ahorro esperado por efecto de la ocurrencia del evento riesgoso transferido puede no concretarse en razón del incumplimiento contractual como anomalía ordinaria que se encuentra controlada desde la perspectiva de los promotores privados al interponer en la relación al gestor privado como una entidad empresarial con propósito específico. Es decir, mientras que para el promotor privado su riesgo máximo se limita al capital en riesgo colocado en el gestor privado, desde la perspectiva de la Administración el riesgo mayor es el fracaso del proyecto en sí mismo.

Desde la perspectiva de la Administración, por otra parte, los objetivos puramente financieros, esto es, los que se refieren a los costes del proyecto o su impacto fiscal y repercusión presupuestaria, aunque parecen primar en la práctica, no son los únicos que en realidad se consideran al adoptarse una decisión de retener riesgos. En otros términos, estas decisiones de retención de los riesgos en un proyecto público gestionado con una APP pueden estar en el peligroso espacio de objetivos de coyuntura de la administración actuante. Esta situación hace que la Administración sea más tolerante al riesgo y tenga necesidad de retenerlos cuando espera que exista un gestor privado que intervenga en un proyecto público.

Puede emplearse una variedad de criterios para clasificar los riesgos referidos a un proyecto de APP.

Por ejemplo, se puede considerar que los riesgos de un proyecto APP por su naturaleza podrían categorizarse como políticos, macroeconómicos, técnicos o comerciales. Por su especificación los riesgos podrían ser macroriesgos, mesoriesgos o microriesgos. Es menos común que se presente el análisis de riesgos por el rol asignado a las partes.⁶⁸

En la tabla 2.2 («Categorización de riesgos por nivel, naturaleza y factor») se ejemplifica el modo de clasificar los riesgos por su especificación.

⁶⁸ Cfr. BM, BAD y BID. *Asociaciones Público-Privadas: Guía de Referencia*, versión 2.0, Washington, Banco Mundial, 2014, p. 152

Tabla 2.2: Categorización de riesgos por nivel, naturaleza y factor

NIVEL	CATEGORÍA	FACTOR
Macroriesgos	Políticos	Gobierno inestable
		Expropiación o nacionalización de activos.
		Mal proceso de toma de decisiones públicas
		Fuerte oposición política / hostilidad
	Macroeconómicos	Mercado financiero pobre
		Volatilidad de la tasa de inflación
		Volatilidad de la tasa de interés
		Eventos económicos influyentes
	Legal	Cambio de legislación
		Cambio en la regulación fiscal
		Cambio regulatorio sectorial
	Social	Falta de tradición de provisión privada de servicios públicos
		Nivel de oposición pública al proyecto
	Naturales	Fuerza mayor
		Condiciones geotécnicas
		Clima
		Medio ambiente
Mesoriesgos	Selección del proyecto	Adquisición de terrenos (disponibilidad del sitio)
		Nivel de demanda del proyecto
	Financieros	Disponibilidad de financiación
		Atracción financiera del proyecto a los inversores Altos costos financieros
	Riesgos residuales	Riesgos residuales
		Retraso en las aprobaciones y permisos de proyectos
	Diseño	Deficiencia de diseño
		Técnicas de ingeniería no probadas.
	Construcción	Costo de construcción sobrepasado
		Demora de tiempo de construcción
		Disponibilidad de material / mano de obra
		Cambios de diseño tardíos
		Mano de obra de baja calidad
		Variación excesiva de contrato
		Insolvencia / incumplimiento de subcontratistas o proveedores
	Operación	Costo de operación sobrepasado
		Ingresos operacionales por debajo de lo esperado
		Baja productividad operativa
		Costos de mantenimiento más altos de lo esperado.
		Mantenimiento más frecuente de lo esperado
Microriesgos	Relacionamiento	Organización y riesgo de coordinación
		Experiencia inadecuada en APP
		Distribución inadecuada de responsabilidades y riesgos.
		Distribución inadecuada de la autoridad en la sociedad.
		Diferencias en el método de trabajo y el conocimiento entre socios
	Terceros	Falta de compromiso de cualquiera de los socios
		Responsabilidad civil de terceros
		Crisis de personal

Fuente: L. Bing, A. Akintoye, P. Edwards y C. Hardcastle. «The allocation of risk in PPP/ PFI construction projects in the UK», en International Journal of Project Management, vol. 23, núm. 1, 2005, pp. 25-35.

El esquema más utilizado, sin embargo, se refiere a la revisión de los riesgos por las fases de desarrollo del proyecto de APP, como aparece en la tabla 2.3.

Formalmente, la identificación y asignación del riesgo consta en una matriz que se incluye desde el inicio en los documentos del proyecto y que finalmente constará en el contrato de gestión delegada.

La matriz de riesgos cambia en su nivel de desarrollo en función de la fase de estudios en la que se encuentra el proyecto. De modo que, en las fases iniciales de preparación del proyecto, la identificación de los riesgos y su asignación permitirá los estudios y evaluación acerca de la conveniencia de emplear la modalidad de gestión a nivel de prefactibilidad y avanzar con los estudios de factibilidad, para concluir con la estructuración y formulación del contrato de gestión delegada a partir de un detalle mayor incluido en la matriz de riesgos final.

Tabla 2.3: Riesgos en un proyecto APP por su naturaleza y la fase en el ciclo del proyecto. Esquema

		PREPARACIÓN Y ORGANIZACIÓN	CONSTRUCCIÓN	EXPLOTACIÓN	TERMINACIÓN	
FACTORES DEL PROYECTO		Riesgo del sitio fallas geológicas, expropiaciones y servidumbres retrasadasC	Riesgo de construcción sobrecostos por retrasos, sobrecostos por desvíos, etc.	Riesgo comercial subestimación de la demanda	Riesgo de valor residual submanutenimiento	
		Riesgo de diseño inadecuada planificación		Riesgo de costos operativos subestimación de la demanda		
		Riesgo financiero cierre financiero, falta de apetencia de los bonos		Riesgo de disponibilidad desvío en los niveles de servicio o indicadores de cumplimiento		
DECISIONES POLÍTICAS Y REGULATORIAS	PROYECTO		Órdenes de variación y modificaciones en el alcance Variaciones luego del desarrollo	Riesgo de refinanciamiento subestimación de la demanda		
		Cancelación del proyecto Desaprobaciones de entes políticos		Riesgo de expropiación rescate del proyecto	Vigencia del contrato terminación anticipada	
		Permisos ambientales y de otra naturaleza retraso o falta de emisión de autorizaciones		Riesgo de incumplimiento contractual retraso o impago de prestaciones	Riesgo de transferencia del activo disputas sobre el estado del activo	
	SECTOR O ECONOMÍA	Riesgos referidos con la gestión de los asuntos comunitarios resultados negativos en consultas		Riesgo de restricciones específicas limitaciones operativas para la infraestructura	Riesgo de desinstalación requerimientos de disposición ajustados	
		Riesgo de cambio en regulaciones sectoriales recortes tarifarios, variaciones en límites en emisiones, requisitos tecnológicos, requisitos laborales, etc.				
		Riesgo de cambio en régimen tributario cambio de tipos impositivos, incorporación de nuevos tributos, etc.				
		Riesgo de transferencia y convertibilidad de la moneda impedimentos para la repatriación de dividendos, control de cambios, etc.				
		Riesgo judicial impredecibilidad del comportamiento de los tribunales, impedimentos acerca de la efectividad de las decisiones, etc.				
		Riesgo de corrupción e interferencias de mercado falta de transparencia en los procesos de licitación, requerimientos de coimas, etc.				
		AMBIENTE MACROECONÓMICO Y SOCIAL		Riesgo de cambio en las bases macroeconómicas moneda, volatilidad del tipo de cambio, volatilidad de la tasa interés, inflación, etc.		
Riesgo de cambios en las bases sociales envejecimiento de la población, cambio de hábitos generalizados, etc.						
FUERZA MAYOR CASO FORTUITO	Riesgos de origen humano guerra, disturbios sociales generales o huelgas, etc.					
	Riesgos de origen natural terremotos, fallas geológicas, etc.					

Fuente: World Economic Forum y The Boston Consulting Group. Strategic Infrastructure. Mitigation of Political & Regulatory Risk in Infrastructure Projects. Ginebra: WEF, 2015, p. 41.

Aunque la preparación del matriz de riesgo parecería en principio un asunto de carácter técnico, el enfoque jurídico es fundamental, no solo desde la perspectiva del *legal due diligence* o revisión legal,⁶⁹ sino especialmente por la determinación del marco de posibilidades que el ordenamiento jurídico ofrece para acometer una distribución de riesgo en uno u otro sentido.

⁶⁹ Ver L. Hernando Cebriá. *La revisión legal («legal due diligence») en el derecho mercantil. Transparencia y control en operaciones de inversión y en adquisiciones y fusiones de empresa*. Granada: Comares, 2008.

(f) Riesgos y viabilidad comercial y financiera del proyecto de APP

La base en la que se sostiene la relación que se entabla entre la Administración pública y el sector privado para la implementación de un proyecto público a través de las APP es el «adecuado» reparto de los riesgos implicados. Todos los sistemas jurídicos de referencia asumen que la asignación de los riesgos es óptima cuando el responsable es el que se encuentra en mejor situación para gestionarlos eficientemente.

Las APP, además de ser una modalidad de gestión de la actividad pública, son un instrumento de financiación de la Administración. Por ello, junto a este criterio, todos los sistemas jurídicos proveen medios para facilitar la financiación del proyecto en el que participa usualmente el sector privado. Estos medios de auspicio agregados al régimen de las APP, en realidad, conducen a que el impacto de los riesgos del proyecto que se materializan siempre termine trasladado a la sociedad, por lo que el fracaso empresarial se limita a la pérdida parcial de la inversión del promotor privado.

Un proyecto de APP que traslade riesgos con probabilidades altas de ocurrencia o impacto importante al sector privado es comercialmente inviable. Un proyecto de APP que, de cualquier modo, traslade riesgos relevantes al financiador externo es financieramente inviable (no es financiable). Así que, pese al discurso que con frecuencia se hace sobre la relevancia que tiene la distribución de los riesgos entre las partes, lo cierto es que su transferencia usualmente no depende del criterio neutral de la técnica, sino de la capacidad de negociación de las partes. Los países hispanoamericanos —pero también España con relación a sus pares— han cedido y ajustado sus sistemas jurídicos a los requerimientos del mercado de infraestructuras y financiero para que sea posible la participación del sector privado en los programas de inversión pública.

Así las cosas, las ventajas derivadas del reparto de riesgos entre el sector público y el sector privado no parece ser un argumento fáctico que conduzca a la decisión de elegir la modalidad para el desarrollo de una actividad pública.

(g) Los contratos de concesión de obra pública y de servicios en España: la transferencia del riesgo operacional como elemento esencial en su caracterización

El art. 14 de la LCSP, define el contrato de concesión de obras del siguiente modo:

La concesión de obras es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo anterior, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquel consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra en el sentido del apartado cuarto siguiente, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio.⁷⁰

⁷⁰ [España] LCSP, art. 14.1

En el art. 15, de la LCSP, se define el contrato de concesión del siguiente modo:⁷¹

1. El contrato de concesión de servicios es aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio.⁷²

En los dos casos, el elemento esencial para estimar que la obra o el servicio se presta bajo régimen de concesión es la transferencia del denominado «riesgo operacional». Se estima que se ha producido la transferencia del riesgo operacional «cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión» La transferencia del riesgo operacional, de ser real y no «meramente nominal o desdeñable».

Los subtipos de riesgo operacional a ser transferido al concesionario son el riesgo de demanda, el riesgo de suministro o ambos. El riesgo de demanda, por definición estipulativa, consiste en la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato. El riesgo de suministro consiste en que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda. En este sentido, el riesgo de suministro está vinculado con la calidad o cantidad del suministro. En lo que corresponde a la calidad, el asunto se ajusta al criterio estándar del nivel o disponibilidad del servicio. En cuanto a la cantidad del suministro, el enfoque se concretaría el déficit o exceso en de oferta vinculado con un defecto de diseño.

El riesgo operacional es distinto al riesgo y ventura general a cargo del contratista. En efecto, en armonía con el art. 197 de la LCSP, el art. 254 *ibidem* establece que el la ejecución del contrato de concesión se efectúa a riesgo y ventura del concesionario; no obstante, agrega de modo específico que al concesionario le corresponde el riesgo operacional de la concesión salvo los eventos de fuerza mayor regulados en el art. 239 *ibidem* (respecto de aquella porción de la obra que haya sido ejecutada por la Administración de conformidad con el art. 252.2 de la LCSP).

Por otra parte, dado que la Directiva 2014/23/UE como la LSCP no limitan la concesión de servicios a los servicios que se puedan calificar como servicios «públicos», la nueva Ley ha introducido reglas específicas cuando la concesión de servicios se refiera a servicios públicos:⁷³

- El establecimiento de su régimen jurídico para la provisión del servicio público y, entre otras cuestiones, los aspectos jurídicos, económicos y administrativos

⁷¹ Ver R. Sahún Pacheco. «El riesgo en las concesiones de servicios, en particular, el riesgo operacional», en J. M. Gimeno Feliú. *Observatorio de los contratos públicos*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 567-587.

⁷² [España] LCSP, art. 15.1.

⁷³ Cfr. J. L. Martínez-Alonso Camps. «La nueva configuración de la gestión indirecta de los servicios públicos de resultados de la Ley de Contratos del Sector Público de 2017. Algunas consideraciones con especial incidencia en el subsistema local», en J. M. Gimeno Feliú. *Observatorio de los contratos públicos*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018 pp. 77-113.

relativos a la prestación del servicio (lo que se viene a denominar su «publicatio»);

- la imposibilidad de embargo de los bienes afectos;
- el secuestro o la intervención del servicio público;
- el rescate del mismo; o,
- el ejercicio de poderes de policía en relación con la buena marcha del servicio público de que se trate.

Todos estos aspectos, *mutatis mutandis* son aplicables a la etapa explotación de obra, bajo el régimen de un contrato de concesión de obra.

En el caso de los contratos celebrados por poderes adjudicadores que no son Administraciones Públicas, el legislador español ha determinado que cuando se encomienda el servicio de elaboración del proyecto de obra, componente que, como regla integral, se integra en proyectos APP de tipo *greenfield*, el contratista es responsable de los defectos y errores, en los términos del art. 314 de la LCSP.⁷⁴

(h) Reglas de asignación necesaria de riesgos en los países hispanoamericanos

Aunque la tarea de asignar riesgos entre las partes en una APP es esencialmente técnica y depende de cada proyecto, en los sistemas jurídicos este aspecto puede ser determinado directamente en los sistemas jurídicos, ya como algo que caracteriza a las APP o como un criterio que debe ser empleado en la formulación del contrato APP. La transferencia del riesgo operacional caracteriza el contrato de concesión en España, como lo examino más adelante. En este apartado, revisamos algunas de las disposiciones incorporadas en los sistemas jurídicos hispanoamericanos que están dirigidas a preestablecer el modo en que la Administración debe actuar respecto de ciertos riesgos.

En México los riesgos de operación, prestación de servicios y, en los casos en que el componente esté previsto, la financiación y la construcción deben ser asignados al gestor privado.⁷⁵ Es posible, no obstante, que la Administración delegante realice modificaciones en virtudes del art. 119 de la Ley APP mexicana. El caso mexicano muestra una técnica de asignación de algunos riesgos que es exigida normativamente.

Por otra parte, en Uruguay, por ejemplo, la asignación de riesgos en el contexto de una APP es flexible, aunque su sistema jurídico determina el objetivo que se deba alcanzar con la distribución de los riesgos del proyecto:⁷⁶ el sistema jurídico uruguayo establece que se debe contemplar una «adecuada» distribución de riesgo con el objetivo de minimizar el coste asociado a los mismos.

Estas dos técnicas se pueden observar en los sistemas jurídicos de referencia. No obstante, en el caso español, como la asignación del riesgo operativo al concesionario, normativamente exigida, determina la naturaleza de la relación. En otros términos, si no aparece tal atribución del riesgo operativo al gestor privado, el contrato no es de

⁷⁴ [España] LCSP, art. 320.

⁷⁵ [México] Ley APP mexicana, art. 108.

⁷⁶ [Uruguay] Ley APP uruguaya, art. 4, D).

concesión y debe ser evaluado desde el régimen jurídico que le corresponda por el tipo de prestación prevista en el objeto del contrato.

En el Ecuador, como parte de la definición provista por el art. 8 de la LIAPP, un proyecto que se gestiona bajo la modalidad de APP presupone la adecuada distribución de riesgos y beneficios derivados. Además de esta, hay muy pocas reglas previstas en la LIAPP en esta materia, a saber:

Primero, el art. 3, numeral 2, de la LIAPP señala que: «en toda asociación público-privada se deberá hacer una identificación y valoración de los riesgos y beneficios durante la vigencia del proyecto, los cuales serán asumidos, transferidos o compartidos por la entidad pública delegante y el gestor privado, de conformidad con lo establecido en el contrato». En mismo sentido consta expresado en el enunciado del art. 4, numeral 3, de la LIAPP. La norma exige, por tanto, la producción de una adecuada matriz de riesgos que se refleje posteriormente en el contrato a través de los derechos y obligaciones que se pacten.

Segundo, el art. 4, numeral 1, de la LIAPP determina que cuando se encargue los componentes de construcción y/o los de operación y mantenimiento al gestor privado, el riesgo de diseño y planificación debe ser necesariamente a él asignado.⁷⁷ Esta determinación implica, en realidad, que no será posible que la Administración delegante se encarga de definir el modo en que el gestor privado debe alcanzar los *outputs* del proyecto o que, en cualquier caso, las tareas de planificación y diseño efectuadas por la Administración delegante, en ningún caso, pueden ser señaladas como determinantes en la relación contractual entre la Administración delegante y el gestor privado.

A nivel reglamentario se ha dispuesto que en todo proyecto de APP se debe identificar y asignar los riesgos «a aquel con mayores capacidades para administrarlos a un menor coste, y teniendo en consideración el interés público y el tipo de proyecto».⁷⁸ El enunciado recoge una buena práctica en gestión de riesgos.

C. SUJETOS PARTICIPANTES EN EL PROYECTO DE APP

1. Entidad delegante: aspectos generales

Las entidades delegantes son los promotores públicos del proyecto de APP y su rol es central en todo el procedimiento administrativo y ciclo del proyecto,⁷⁹ como responsables sectoriales y de la actividad misma que es objeto de la delegación al gestor privado. En lo que interesa a esta investigación, entidad delegante es la autoridad que debe adoptar una decisión sujeta a las reglas de justificación que se desarrollan en la tercera parte de esta memoria.

Las entidades delegantes están sujetas a las competencias de control atribuidas en el sistema jurídico a otros órganos de la Administración pública y a ellas les corresponde

⁷⁷ [Ecuador] LIAPP, art. 4.1

⁷⁸ [Ecuador] Reglamento de la LIAPP, art. 16.

⁷⁹ El art. 9 de la LIAPP determina la responsabilidad de la Administración titular de la competencia a ser delegada en todo el ciclo del procedimiento.

mantener la relación jurídica con el gestor privado a través del contrato de gestión delegada.⁸⁰

Se identifica como «entidad delegante» al órgano del Estado que está habilitado a trasladar a un sujeto del Derecho privado, el ejercicio de la competencia de gestión que el sistema jurídico le ha atribuido para desarrollar un proyecto referido a la prestación de un servicio público a su cargo. La habilitación legal para decidir la delegación de la competencia es lo que se denomina «potestad concedente» que se ejerce con respecto a las competencias materiales asignadas al órgano público.

Conceptualmente, no todo órgano público que tiene atribuida una competencia material necesariamente tiene asignada la potestad concedente. Es posible, por ello, que una entidad materialmente competente para acometer un proyecto en determinado sector no esté habilitada para proceder con su delegación al sector privado y que se haya atribuido esta competencia a otro órgano del Estado de manera concentrada.

En la mayor parte de los países de referencia, la potestad concedente es desconcentrada y descentralizada. En principio, toda entidad titular de una competencia en cierta materia tiene la capacidad de delegar a la empresa privada la gestión de un proyecto público a su cargo. Esta regla tiene excepciones y, en la mayor parte de los casos, está sujeta a regulaciones centralizadas y controles externos.

En este apartado, me ocupo de los aspectos generales de la organización administrativa en el Ecuador y las APP, como un ejemplo acerca del modo en que considero se debe abordar la relación entre las competencias materiales atribuidas a una entidad pública y la potestad concedente. Un marco similar se puede observar en otros sistemas jurídicos de los países de referencia, a los que me referiré con el mismo método comparativo empleado

(a) Administraciones Públicas y otros poderes adjudicadores en España

(i) Identificación de categorías en el sistema jurídico español y la potestad concedente

El art. 3 de la LCSP, de Contratos del Sector Público, fija el contenido de las categorías de entes del sector público para propósitos del sistema de contratación pública.

Primero. Son entidades del sector público todas aquellas entidades referidas en el art. 2 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, con las siguientes aclaraciones y especificaciones:

- Por separado, se integra al sector público, para propósitos del régimen de contratación pública, a las Diputaciones Forales (órganos ejecutivos) y las Juntas Generales (órganos legislativos) de los Territorios Históricos del País Vasco.⁸¹

⁸⁰ [Ecuador] COA, art. 47 («La máxima autoridad administrativa de la correspondiente entidad pública ejerce su representación para intervenir en todos los actos, contratos y relaciones jurídicas sujetas a su competencia. Esta autoridad no requiere delegación o autorización alguna de un órgano o entidad superior, salvo en los casos expresamente previstos en la ley»).

⁸¹ [España] Ley 27/1983, de 25 de noviembre, de Relaciones entre las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y los Órganos Forales de sus Territorios Históricos. Nótese que el art. 2 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público incorpora a los conceptos de «sector público» y «Administración pública» únicamente la categoría de «Administraciones de las Comunidades Autónomas». Las

- En el sector público institucional se desagrega entre los organismos públicos vinculados con la Administración General del Estado —siguiendo las previsiones de la Ley General Presupuestaria— a las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social⁸² y las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.⁸³
- En el caso de las fundaciones públicas, en el sistema de contratación pública español se precisa el supuesto de su calificación referido al control de decisión en el patronato señalado en el art. 128.1.c) de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público para las fundaciones públicas estatales, en el sentido de que se consideran en este grupo las fundaciones públicas en las que en sus patronatos se hubiera atribuido la mayoría de derechos de voto a representantes del sector público —y no solamente del «sector público institucional»—.
- Integran el sector público, las sociedades mercantiles en las que las entidades del sector público —incluidas empresas mercantiles en las mismas circunstancias y excluidas las mutuas— que, como se ha señalado, sean titulares de una participación de más del 50 % en su capital social o (ii) que se encuentren respecto de estas entidades en el supuesto de un grupo empresarial,⁸⁴ esto es, cuando una empresa mercantil del sector público «ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras empresas mercantiles, aunque el sector público no sea titular de la participación mayoritaria.⁸⁵
- Integran el sector público para propósitos del régimen de contratación, cualquier otro sujeto de derecho que se haya creado «específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia». Se trata de una disposición residual que busca cubrir cualquier otro supuesto no considerado previamente, pero que pone énfasis en la idea de la participación mayoritaria en la financiación, propiedad o control de la entidad o actividad a cargo del sujeto.
- Integran también el sector público, toda asociación constituida con las entidades que integran el sector público para propósitos del régimen de contratación pública.

particularidades de los Órganos Forales y la referencia normativa comentada explican la especificación introducida en el art. 3 de la LCSP.

⁸² Son 6 de acuerdo con el INVESPE y, en el contexto del art. 2 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público integran el sector público institucional y corresponderían al conjunto de organismos públicos vinculados con las Administraciones Públicas, en este caso con la Administración General del Estado, a través del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social.

⁸³ En el INVESPE, al 31 de diciembre de 2019, constan registradas 27. Del mismo modo que entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social integran el sector público institucional y corresponderían al conjunto de organismos públicos vinculados con las Administraciones Públicas, en este caso con la Administración General del Estado, a través del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social.

⁸⁴ [España] Ley del Mercado de Valores, Texto refundido aprobado mediante Real Decreto Legislativo 4/2015, publicado en el BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015, art. 5.

⁸⁵ [España] Código de Comercio, publicado en el BOE núm. 289, de 16 de octubre de 1885, art. 42.

Segundo. Identificadas las entidades que integran el sector público, en la LCSP se califica como «Administración pública», en primer lugar, a los organismos y entidades señaladas como tales en el art. 2 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, con las siguientes aclaraciones:

- Se incluyen en la categoría las Diputaciones Forales (órganos ejecutivos) y las Juntas Generales (órganos legislativos) de los Territorios Históricos del País Vasco.
- Del sector público estatal, se hace referencia explícita a Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social, que pueden ser considerados organismos de Derecho público vinculados con la Administración General del Estado dentro del conjunto de entidades que integran el sector público institucional en los términos de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público.
- Se agrega a las Universidades públicas, que son excluidas como Administraciones públicas de acuerdo con la Ley de Régimen Jurídico Administrativo.
- En el caso de los consorcios y cualquier otra entidad de Derecho público que integre el sector público, distintas a las incorporadas en la categoría, para que sea considerada Administración pública, para propósitos del régimen de contratación pública, se debe cumplir que (i) pueda ser considerada un poder adjudicador y (ii) no se financie mayoritariamente con ingresos de mercado; se entiende que ha ocurrido el supuesto, si la entidad se considera un «productor de mercado» de acuerdo con el SEC (SEC 2010).⁸⁶

Tercero. Se califica como poder adjudicador a las Administraciones públicas, previamente definidas, las fundaciones públicas, las mutuas colaboradoras de la Seguridad Social, las asociaciones de poderes adjudicadores y las personas jurídicas (de Derecho privado o público) que dependan financieramente o sujetas al control de algún poder adjudicador, excepto cuando su actividad sea de carácter industrial o mercantil. En este último subconjunto se excluye, además, los fondos carentes de personalidad jurídica.

Cuarto. Un medio propio personificado es una persona jurídica, de Derecho público o privado, que se emplea como un instrumento de gestión de una entidad del sector público para ejecutar «de manera directa prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, a cambio de una compensación tarifaria».⁸⁷ La relación entre la entidad pública gestora y su instrumento se desarrolla en virtud de un encargo, que no constituye un contrato de conformidad con el régimen de contratación pública.

(ii) *Entes del sector público español que no son poderes adjudicadores*

En el caso de los contratos celebrados por entes del sector público que no sean poderes adjudicadores,⁸⁸ están sujetos a la reglamentación propia aprobada por cada

⁸⁶ [UE] Reglamento (UE) N° 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al SEC Nacionales y Regionales de la Unión Europea (Texto pertinente a efectos del EEE), apdos. 3.16 y siguientes

⁸⁷ [España] LCSP, art. 32

⁸⁸ [España] LCSP, art. 321.

ente.⁸⁹ En cualquier caso, las regulaciones particulares están sujetas a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación.⁹⁰ ⁹¹ No obstante, las reglas de habilitación muestran que en el ámbito de contratación de estos entes están excluidos los contratos de concesión.⁹² En el marco general de contratación pública español es muy claro que la titularidad de la potestad concedente no alcanza a entes del sector público que no son poderes adjudicadores. Sin embargo, se ha habilitado la potestad concedente a poderes adjudicadores que no son Administraciones Públicas, incluso mediante adjudicación directa.

(iii) Prerrogativas y deberes de la Administración pública

El art. 261 de la LCSP regula las denominadas potestades exorbitantes y las competencias ordinarias de la Administración en el contexto de los contratos de concesión de obras.⁹³ Con sujeción al principio de legalidad, el órgano de contratación —o en su caso, al que se le atribuya específicamente la competencias—, está habilitado a ejercer las siguientes competencias: (i) interpretar los contratos; (ii) la potestad de variación; (iii) decidir el restablecimiento del equilibrio económico del contrato a favor del interés público;⁹⁴ (iv) decidir la resolución del contrato;⁹⁵ (v) establecer las tarifas máximas de uso de las obras;⁹⁶ (vi) potestad de control; (vii) la potestad de rescate e intervención; (viii) la potestad sancionadora; y (ix) la competencia para afectar el orden normal de la operación, indemnizando al concesionario

⁸⁹ A nivel estatal se prevé un informe preceptivo a cargo del órgano de asesoría jurídica, antes de la aprobación del órgano competente. En el caso de los entes del sector público español que no son poderes adjudicadores, también están habilitados a realizar contratación directa, sin sujeción a sus propias reglas en función de las cuantías de la contratación. Se utilizan los mismos criterios de habilitación por la cuantía que se emplean para el caso de los contratos celebrados por poderes adjudicadores que no son Administración Pública, no obstante los casos están limitados a los contratos de obras (menos de 40.000 euros), servicios y suministros menos de 15.000 euros). [España] LCSP, art. 321.2.a).

⁹⁰ La adjudicación debe efectuarse a quien ha presentado la mejor oferta en términos de calidad-precio, según el régimen general de contratación pública. [España] LCSP, art. 145.

⁹¹ Del mismo modo que para el caso de los contratos celebrados por poderes adjudicadores que no son Administraciones Públicas, en el caso de entes públicos que no son poderes adjudicadores, los efectos, modificación y extinción de los contratos están sujetos a normas de Derecho privado ([España] LCSP, art. 322) y la responsabilidad del contratista a cargo del diseño de los proyectos para la ejecución de las obras está sujeta al régimen previstos de modo ordinario en la LCSP ([España] LCSP, art. 314).

⁹² El art. 321 de la LCSP se refiere exclusivamente a los contratos de obras, servicios y suministro.

⁹³ [España] LCSP, art. 190. Esta disposición enuncia las potestades exorbitantes de la Administración en general. Las que son generales son «la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, declarar la responsabilidad imputable al contratista a raíz de la ejecución del contrato, suspender la ejecución del mismo, acordar su resolución y determinar los efectos de esta». Además, se incluye la potestad de inspección, restringida de acuerdo con la ley y cada contrato.

⁹⁴ [España] LCSP, art. 270.

⁹⁵ [España] LCSP, art. 279 y 280.

⁹⁶ [España] LCSP, art. 261.1.e). Se trata de una prerrogativa que debe ser analizada a la luz de la reserva de ley. Esta prerrogativa se vincula con la calificación de la tarifas como prestaciones patrimoniales de carácter público, pero no llega a concretarse la exigencia constitucional sobre la reserva normativa. En este caso, ¿el auxilio permitido en una reserva de ley relativa, autoriza al concesionario a practicar tales variaciones en un rango?

Con respecto a las potestades listadas en el art. 190 de la LCSP, se ha previsto el procedimiento para su ejercicio,⁹⁷ norma que resulta aplicable a los contratos de concesión por efecto del art. 251 *ibidem*. De modo general, en todo procedimiento en que se adopte una decisión con respecto al ejercicio de estas prerrogativas, se debe escuchar al contratista. Cuando se trate de una entidad estatal, se requiere el informe del servicio jurídico, salvo en lo que respecta a la constitución, reposición y reajuste de garantías⁹⁸ y la resolución por demora,⁹⁹ caso este último que no se aplica a los contratos de concesión. Además, el informe del Consejo de Estado o su equivalente en el ámbito de las Comunidades Autónomas, en (i) los contratos en los que haya oposición del contratista, (ii) las modificaciones no previstas en el pliego cuando su cuantía sea superior al 20 % del precio inicial (sin IVA) e igual o superior a 6 millones de euros y (iii) las reclamaciones por responsabilidad contractual contra la Administración cuando el monto de la pretensión indemnizatoria es igual o superior a 50 mil euros.

(b) Administración Pública Central, organización territorial y los gobiernos autónomos descentralizados en el Ecuador

En el Ecuador, la Administración Pública Central comprende a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, los ministerios de Estado, las entidades adscritas o dependientes de los anteriores y las entidades del sector público cuyos órganos de dirección estén mayoritariamente integrados por órganos o servidores públicos de Administración Pública Central.¹⁰⁰ Se le reconoce personalidad jurídica propia para sus actos, contratos y demás relaciones sujetas al derecho interno¹⁰¹ y concentra la mayor parte de las competencias administrativas del Estado en el nivel nacional.

Para la administración del territorio, el Estado ecuatoriano se organiza en regiones, provincias, cantones y parroquias rurales. A cada unidad territorial le corresponde un gobierno autónomo descentralizado («GAD»). Los GAD, además, para el ejercicio de sus competencias pueden constituir mancomunidades. En el marco de la organización territorial, pueden constituirse también regímenes especiales de gobierno: distritos metropolitanos, circunscripciones territoriales de pueblos y nacionalidades

⁹⁷ [España] LCSP, art. 191.

⁹⁸ [España] LCSP, art. 109.

⁹⁹ [España] LCSP, art. 195.

¹⁰⁰ [Ecuador] COA, art. 45. Una diferencia relevante con otros sistemas jurídicos está en que, de acuerdo con esta disposición, el Presidente de la República, mediante derecho ejecutivo, tiene la competencia de crear, reformar o suprimir los órganos o entidades de la Administración Pública Central, cualquiera sea su origen, lo que incluye las entidades y órganos creados por ley. Esta potestad de auto organización de la Administración Pública Central tiene base en la competencia constitucional otorgada al Presidente de la República para «[d]irigir la administración pública en forma desconcentrada y expedir los decretos necesarios para su integración, organización, regulación y control» y «[c]rear, modificar y suprimir los ministerios, entidades e instancias de coordinación». [Ecuador] Constitución, art. 147, numerales 5 y 6.

¹⁰¹ [Ecuador] COA, art. 46, segundo inciso. En el Ecuador tienen personalidad jurídica de Derecho público, las entidades a las que la Constitución o la ley les ha otorgado esta cualidad, la Administración Pública Central y las empresas públicas. Nótese que, de acuerdo con el art. 74 del COA, la habilitación para proceder con la delegación se un proyecto público a una sujeto de Derecho privado está atribuida al «Estado y sus instituciones» sin ninguna restricción.

indígenas, afroecuatorianas y montubias y el consejo de gobierno de la provincia de Galápagos.

(i) *Competencias exclusivas y competencias concurrentes: aproximación*

En el art. 65 del COA se define como *competencia* a la «medida en la que la Constitución y la ley habilitan a un órgano para obrar y cumplir sus fines, en razón de la materia, el territorio, el tiempo y el grado». Se trata de la definición más general en el ordenamiento jurídico sobre la distribución de las potestades públicas.

Para propósitos de la regulación de las competencias asignadas constitucionalmente como exclusivas y concurrentes entre los distintos niveles de gobierno territorial, el art. 113 del COOTAD establece que las competencias —a las que se refiere la Constitución— son «capacidades de acción de un nivel de gobierno en un sector» (*i. e.*, un criterio de medida de estas habilitaciones para obrar en razón de la materia), y se las ejerce a través de «facultades» (*i. e.*, otra forma de agregar en una categoría ciertas competencias atribuidas en razón de la materia).

La «gestión» está catalogada como una de las «facultades públicas»; estas se definen como las «atribuciones para el ejercicio de una competencia por parte de un nivel de gobierno». Junto a la de gestión están las facultades de rectoría, la planificación, la regulación y el control (art. 116 del COOTAD).

Estas diferenciaciones terminológicas y conceptuales únicamente tienen sentido para señalar que, sobre determinada materia, la que corresponde a un sector, todos los niveles de gobierno tienen un rol, excepto en lo que se denomina sectores privativos, por lo que la exclusividad prevista a nivel constitucional para el ejercicio de una competencia está atenuada en beneficio de la rectoría del nivel nacional de gobierno (el «Estado Central»).

Precisamente, en los arts. 109 a 112 del COOTAD se diferencian los sectores privativos, los estratégicos y los comunes. Cada sector es un área de intervención y responsabilidad que desarrolla el Estado. Los sectores privativos son áreas de intervención y responsabilidad exclusiva del nivel nacional de gobierno. En los sectores estratégicos, definidos conforme consta en el art. 313 de la Constitución, el Estado Central se reserva la rectoría y la determinación del modelo de gestión. Finalmente, en los sectores comunes, que serían las áreas de intervención pública residual —todo aquello que no sea privativo o estratégico—, el Estado Central se reserva la rectoría en el ámbito de sus competencias exclusivas.

Aunque las competencias exclusivas son de titularidad de un solo nivel de gobierno, de acuerdo con la Constitución y la ley, la gestión puede realizarse de manera concurrente entre diferentes niveles de gobierno.¹⁰² A diferencia de las competencias exclusivas, en las materias en las que varios niveles de gobierno intervienen como titulares, la gestión debe obligatoriamente ser también concurrente.

(ii) *La «potestad concedente» en el Ecuador*

Según la definición legal de APP en el Ecuador,¹⁰³ las entidades estatales habilitadas a delegar la gestión del proyecto público son la Administración Pública

¹⁰² [Ecuador] COOTAD, art. 114.

¹⁰³ [Ecuador] LIAPP, art. 8.

Central —en la norma referida como el «Gobierno Central»—¹⁰⁴ y los GAD. No obstante, las normas generales acerca de la «[d]elegación de gestión excepcional a sujetos de Derecho privado»¹⁰⁵ no limitan la potestad concedente a otras instituciones del Estado que estarían también habilitadas.¹⁰⁶

En cuanto a los GAD, estos son las juntas parroquiales rurales, los concejos municipales, los concejos metropolitanos, los consejos provinciales y los consejos regionales.¹⁰⁷ En el caso de la provincia de Galápagos, se la ha concedido un «gobierno de régimen especial»,¹⁰⁸ el Consejo de Gobierno del Régimen Especial de la provincia de Galápagos, cuyo órgano colegiado superior —el Pleno— está integrado en su mayoría por representantes de entidades que integran la Administración Pública Central,¹⁰⁹ por lo que para propósitos del régimen que le resulta aplicable, con independencia del régimen especial al que está sometido, el Consejo integraría sometido a los requisitos que son propios de la Administración Pública Central.

De todos los órganos del Estado enunciados, lo que resulta relevante es determinar al titular de la competencia material a la que se refiere el proyecto público, pues, para todos los efectos del régimen aplicables a la modalidad de APP, este órgano es el que asume la condición de «entidad delegante».¹¹⁰

Conviene hacer referencia a las excepciones a la vinculación entre la atribución de una competencia material y la titularidad de la potestad concedente. En el sistema jurídico ecuatoriano, aunque son titulares de competencias en determinadas materias, las empresas públicas no son entidades delegantes, pues en sí mismas son un instrumento de gestión de la actividad pública a cargo de la entidad rectora del sector en el que operan. No obstante, en virtud del deber de coordinación al que están sujetas en su calidad de entidades públicas, pueden ser llamadas a colaborar en el procedimiento previsto para los proyectos de APP, como «administradores de los bienes públicos vinculados con la delegación de gestión de la que se trate».¹¹¹

Para el desarrollo de las tareas asignadas a la entidad delegante, se puede apoyar en el Comité APP que, como lo he apuntado, está dotado de una competencia de

¹⁰⁴ Nótese que la definición de Gobierno Central en el sistema jurídico ecuatoriano tiene una específica referencia en el artículo innumerado agregado luego del art. 8 del COPFP. De acuerdo con esta regla, el «Gobierno Central» o «Estado Central» se identifica con el conjunto de entidades que integran la «Función Ejecutiva» y aquellas que corresponden al Régimen Especial de Galápagos.

¹⁰⁵ [Ecuador] COA, art. 74.

¹⁰⁶ Con este criterio, por ejemplo, la Función Judicial, a través del Consejo de la Judicatura, podría emprender un proyecto de APP para proveerse de los medios físicos y tecnológicos para proveer el servicio público a su cargo. De lo contrario, no lo podría hacer, porque aunque tenga la competencia material para emprender el proyecto, no estaría autorizado a gestionarlo con participación privada.

¹⁰⁷ [Ecuador] Constitución, art. 238 («Los gobiernos autónomos descentralizados gozarán de autonomía política, administrativa y financiera, y se regirán por los principios de solidaridad, subsidiariedad, equidad interterritorial, integración y participación ciudadana. En ningún caso el ejercicio de la autonomía permitirá la secesión del territorio nacional.- Constituyen gobiernos autónomos descentralizados las juntas parroquiales rurales, los concejos municipales, los concejos metropolitanos, los consejos provinciales y los consejos regionales»).

¹⁰⁸ [Ecuador] Constitución, art. 258.

¹⁰⁹ [Ecuador] Ley Orgánica de Régimen Especial de la Provincia de Galápagos, publicada en el Registro Oficial (Suplemento) núm. 520, de 11 de junio de 2015, art. 10.

¹¹⁰ [Ecuador] Reglamento de la LIAPP, art. 28.

¹¹¹ [Ecuador] Reglamento de la LIAPP, art. 28.

coordinación y organización de los procedimientos en el ámbito de la Administración Pública Central.

En el caso de los gobiernos subnacionales, el titular de la potestad concedente no está en cabeza del órgano ejecutivo del GAD. En su lugar, se le ha otorgado esta competencia específicamente al órgano con competencia normativa, que se entendería se trata del órgano legislativo,¹¹² aunque como es bien conocido las máximas autoridades administrativas tiene también competencias normativas limitadas al ámbito interno, salvo expresa previsión en la ley.¹¹³

2. Promotores privados y el gestor privado

(a) El gestor privado

Conviene iniciar este análisis diferenciando al gestor privado y al promotor privado. Sus roles y responsabilidades son muy distintos en el proceso administrativo y el ciclo del proyecto APP. La forma y función del gestor privado es relevante para entender la fragilidad de la idea en que se soporta toda APP: la distribución «adecuada» de los riesgos del proyecto entre sus participantes.

En primer lugar, el gestor privado es usualmente una compañía anónima constituida con el único objeto de implementar el proyecto (*special purpose vehicle*, en adelante «VPE»)¹¹⁴ y asumir la posición de contraparte contractual de la Administración delegante, en calidad de gestor privado.¹¹⁵

En ocasiones, la VPE puede adoptar otra forma jurídica según el objeto del proyecto público a ser desarrollado. Por ejemplo, para la implementación de un proyecto inmobiliario o urbanístico usualmente se emplea la figura del fideicomiso mercantil, muy extendida en el ámbito hispanoamericano. En el Ecuador, los fideicomisos mercantiles, además de constituir un fondo autónomo respecto del que es de titularidad del fiduciario, de los constituyentes o de los beneficiarios, adquiere personalidad jurídica para adquirir derechos y obligaciones, a través del fiduciario, en cumplimiento de las instrucciones previstas en el contrato de fideicomiso.¹¹⁶ Esto facilita

¹¹² [Ecuador] COOTAD, art. 283 («Esta delegación se realizará mediante acto normativo del órgano competente [...]).»).

¹¹³ [Ecuador] COA, arts. 89.5, 128 y 130.

¹¹⁴ Ver al respecto L. Hernando Cebriá. *Entidades de propósito (o cometido) especial y otras entidades vehiculares o puente. Una aproximación a su configuración tipológica desde el Derecho de Sociedades*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2017.

¹¹⁵ [Ecuador] LIAPP, art. 10; y, Reglamento de la LIAPP, art. 29.

¹¹⁶ [Ecuador] COMYF, art. 109 («Por el contrato de fideicomiso mercantil una o más personas llamadas constituyentes o fideicomitentes transfieren, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporeales, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica para que la sociedad administradora de fondos y fideicomisos, que es su fiduciaria y en tal calidad su representante legal, cumpla con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario.- El patrimonio autónomo, esto es el conjunto de derechos y obligaciones afectados a una finalidad y que se constituye como efecto jurídico del contrato, también se denomina fideicomiso mercantil; así, cada fideicomiso mercantil tendrá una denominación peculiar señalada por el constituyente en el contrato a efectos de distinguirlo de otros que mantenga el fiduciario con ocasión de su

la organización del proyecto, protege los intereses particulares de cada partícipe en función de las instrucciones otorgadas y permite una liquidación ágil a la conclusión del proyecto. Evidentemente su uso está limitado a proyectos cuya temporalidad es relativamente corta y el nivel transaccional es reducido.

En ocasiones una VPE puede ser coparticipada por la entidad delegante y el promotor privado; en tales circunstancias, la APP es de aquellas que se suelen denominar «institucionales». El art. 12 de la LIAPP ecuatoriana establece que para el caso de las APP institucionales, la estructura jurídica ha de ser el resultado (la aplicación) de un contrato. De modo que, las APP institucionales son la consecuencia de la ejecución del contrato de gestión delegada. Por ejemplo, es posible que en el contrato de gestión delegada se haya estipulado la necesidad de constituir una compañía mixta, gestora del proyecto, de modo que la compañía de economía mixta es el resultado de la ejecución de las estipulaciones del contrato de gestión delegada, con independencia del vehículo empresarial que emplee el gestor privado para participar en este asocio institucional. En el ejemplo propuesto, la empresa mercantil está sujeta al régimen previsto para la compañía de economía mixta.¹¹⁷

Aunque tiene una función especialmente financiera, la configuración jurídica del gestor privado aísla la responsabilidad de los promotores privados y financiadores externos con respecto a las relaciones jurídicas derivadas de la implementación del proyecto. En este sentido, el gestor privado es ordinariamente la contraparte contractual de cada uno de los instrumentos que integran el sistema de contratos con los que se estructura legalmente el proyecto.

La compañía del proyecto es un instrumento central en la técnica del *project finance*. No tiene medios empresariales propios, por lo que estos se obtienen a través de los contratos principales del proyecto: el contrato de construcción o el contrato de operación y mantenimiento, son los ejemplos típicos.

La implementación de proyectos públicos no ofrece ninguna peculiaridad en los elementos básicos del sistema de contratos característicos en cualquier proyecto financiado a través de la técnica del *project finance*, salvo por el marco de habilitaciones y restricciones originadas en el sistema jurídico para un proyecto de titularidad pública. Conviene enfatizar este hecho porque es usual que, por la tendencia referida, los participantes en la estructuración legal de un proyecto público para su implementación en la modalidad APP suelen prescindir de esta variación que resulta relevante en los sistemas de tradición continental,¹¹⁸ en los que el principio de legalidad preside las

actividad.- Cada patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil), está dotado de personalidad jurídica, siendo el fiduciario su representante legal, quien ejercerá tales funciones de conformidad con las instrucciones señaladas por el constituyente en el correspondiente contrato.- El patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil), no es, ni podrá ser considerado como una sociedad civil o mercantil, sino únicamente como una ficción jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través del fiduciario, en atención a las instrucciones señaladas en el contrato»).

¹¹⁷ [Ecuador] Ley de Compañías, arts. 308 y siguientes. De acuerdo con el art. 310 *ibidem*, las entidades del sector público pueden aportar a una compañía de economía mixta, entre otras, «la concesión de prestación de un servicio público por un período determinado».

¹¹⁸ Debe notarse que en materia APP el encuentro de las tradiciones jurídicas es especialmente intenso. La estructuración financiera de un proyecto está marcada por las prácticas del mundo angloamericano que observa los sistemas de contratos como relaciones puramente comerciales. No resulta extraño afirmar,

posibilidades de actuación pública. Las peculiaridades de la naturaleza pública del proyecto y el modo en que se abordan en los sistemas jurídicos y en los contratos del proyecto determinan la viabilidad financiera del proyecto.

(i) *Ausencia de experiencia técnica o solvencia en el gestor privado*

Es necesario insistir que el gestor privado aparece en las estructuraciones legales como un contenedor de derechos y obligaciones contractuales, sin que de él se pueda predicar los atributos de experiencia técnica o la solvencia que respalden las obligaciones asumidas en el contrato APP.¹¹⁹

Se asume que la experiencia técnica y la solvencia, además de los requerimientos legales en los sistemas jurídicos, son aportados por los promotores privados que se presentan como oferentes en los procedimientos de concurso. Sin embargo, este aporte se produce de modo indirecto, pues, si se busca conservar la separación entre el gestor y los promotores privados, estos últimos se suelen mantener como accionistas por un cierto periodo y ser los subcontratistas del gestor privado para atender los aspectos principales del proyecto.

Las garantías técnicas y financieras que se otorgan en el contexto de un contrato APP se suelen reflejar en aquellas que se exigen de los subcontratistas, a la postre de los mismos promotores privados cuando actúan como tales.

El esquema de *back to back*, permite que los compromisos asumidos por el gestor privado frente a la Administración pública tengan un reflejo exacto en los contratos del gestor privado con terceros y los mismos promotores privados. Se trata de una modalidad empleada e impulsada por los prestamistas externos para asegurar que los flujos del proyecto afectados por desvíos en los aspectos técnicos y financieros del proyecto se mantengan según las previsiones del plan financiero.

(ii) *Los derechos y obligaciones del concesionario como gestor privado en el sistema jurídico español*

Entre los derechos del concesionario en un contrato de concesión de obras, que resultan relevantes en los aspectos financieros, están los de (i) explotar la obra y percibir la tarifa por el uso, (ii) mantener el equilibrio económico de la concesión, (iii) ceder la concesión, (iv) hipotecar la concesión y (v) titularizar sus derechos de crédito.¹²⁰

Además, junto a los derechos enunciados, el concesionario tiene derecho a utilizar los bienes de dominio público necesarios para implementar el proyecto y solicitar a la Administración proceda con los trámites de expropiación, imposición de servidumbres o desahucio necesarios con el mismo fin¹²¹ y cualquier otro que se le reconozca en la ley y el pliego.

En contrapartida, las principales obligaciones de los concesionarios,¹²² focalizando su enunciación en aquellas que tienen relevancia en los aspectos financieros, son las de (i) asumir los riesgos atribuidos, en particular, los operacionales y (ii) permitir el uso de las obras por todo usuario, según los principios de igualdad, universalidad y no

aunque no ocurra frecuentemente por algún tipo de rubor, que el entendimiento del prestamista externo sea el que impera en las definiciones de la estructura contractual.

¹¹⁹ Ver T. Medina Arnáiz. «El requisito de solvencia en la Ley de Contratos del Sector Público», en J. M. Gimeno Feliú. *Observatorio de los contratos públicos*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 167-223.

¹²⁰ [España] LCSP, arts. 257, 270, 214 y 273, en su orden, resultan pertinentes.

¹²¹ [España] LCSP, art. 257.

¹²² [España] LCSP, art. 258.

discriminación. No obstante, dado que se trata de una obligación que se cumple en función del pago de la tarifa, tal obligación convierte al servicio en un bien económico que admite exclusión.

Además, junto con estas obligaciones, el concesionario debe ejecutar las obras con arreglo a lo dispuesto en el contrato, cuidar del buen orden y de la calidad de las obras, indemnizar los daños que se ocasionen a terceros por causa de la ejecución de las obras o de su explotación,¹²³ proteger el dominio público que quede vinculado a la concesión y cualquier otra determinada en la ley o en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

(iii) *La cesión de los contratos de concesión*

El gestor privado, como titular de un activo relevante representado en los derechos de concesión podría llevarlo al mercado para ser sustituido o su reemplazo se origine en razones protegidas por el sistema jurídico, especialmente, con la necesidad de continuidad de la implementación del proyecto. Por esta razón, los sistemas jurídicos, sin limitar esta posibilidad, arbitran medidas para evitar que en las APP o las concesiones se configuren como negocios especulativos.¹²⁴

En España, por ejemplo, el traslado de los derechos derivados de los contratos se puede producir por efecto del régimen de sucesión del contratista cuando, producido un acto societario de reconfiguración empresarial, la entidad resultante está en situación de cumplimiento de los mismos requisitos que sirvieron de base para la adjudicación.¹²⁵ Es posible también que un tercero llegue a adquirir los derechos derivados del contrato, como efecto del régimen de ejecución de la hipoteca.¹²⁶ Sin embargo, en estos dos casos, el traslado de los derechos son un efecto legal y no una decisión empresarial. Para que se produzca el traslado de derechos desde el contratista hacia un tercero, y se produzca la modificación subjetiva, se requiere que la «cesión contractual» esté habilitada en los pliegos y se ajuste a los requisitos previstos en la ley.¹²⁷

De acuerdo con el art. 214 de la LCSP sería posible esta habilitación en los pliegos en la medida en que el cesionario satisfaga las cualidades técnicas o personales

¹²³ [España] LCSP, art. 196.

¹²⁴ Ver sobre la figura del responsable en los contratos españoles, en M. Ibáñez Pico. «La figura del responsable del contrato en los contratos de servicios y concesiones de servicios de la nueva ley de contratos del sector público», en *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 167, 2020, pp. 118-128.

¹²⁵ [España] LCSP, art. 98.

¹²⁶ [España] LCSP, art. 275.

¹²⁷ [España] LCSP, art. 214.2. El órgano de contratación es quien debe autorizarla, de manera previa y expresa. La autoridad tendrá dos meses para adoptar la decisión, vencido el cual se entenderá que la autorización ha sido otorgada. Solo será posible, desde el momento en que el contratista tenga ejecutada, al menos, el 20 % del precio del contrato. Para el caso específico de los contratos de concesión, la cesión solo será posible en fase de explotación, cuando está haya sido ejecutada en al menos una quinta parte del plazo del contrato. No obstante, estos requisitos no se aplican cuando el contratista se encuentra en concurso, pero se debe considerar que en los contratos de concesión, el acreedor pignoraticio o el acreedor hipotecario está habilitado a solicitar la cesión cuando los pliegos establezcan la posibilidad de subrogación de un tercero de la concesión con la finalidad de evitar su resolución anticipada. El cesionario esté habilitado para contratar con la Administración y cumple con los requisitos exigidos al cédete para la fase en que se encuentre la ejecución del contrato. La cesión se formalice mediante escritura pública.

del cedente o estas no hayan sido determinantes para la adjudicación y de la cesión no se derive una restricción en la competencia.

En caso de que los pliegos determinen que para la ejecución del contrato los adjudicatarios deben constituir una sociedad, se establecerá también la posibilidad de cesión de las participaciones, el régimen de cambio de control en los mismos términos regulados para la cesión contractual y, en su caso, los límites a la cesión de participaciones que no impliquen cambio de control cuando ello esté justificado.¹²⁸

(b) El promotor privado

Por otra parte, el promotor privado es usualmente el titular del gestor privado. El promotor privado se separa de la relación jurídica principal, frente a la Administración y terceros, en cuanto el VPE celebra el contrato. De acuerdo con el régimen aplicable, es a quien le corresponde constituir la VPE y realizar el aporte en numerario o especie que le sea exigido en las bases del pliego del concurso.

Otra fuente de financiación suelen ser los mismos recursos de los promotores, pero aportados al proyecto como deuda subordinada. El problema en estos casos se refiere exclusivamente a los aspectos de orden tributario: mientras no se produzca razones para considerar que el vehículo se encuentra en situación de subcapitalización, los préstamos subordinados son plenamente factibles y, casi siempre, se limitan por la intervención de terceros financiadores.

Los mercados de capitales son también una fuente de financiación. Un ejemplo de su empleo ha sido la titularización de los flujos futuros derivados de la participación de la ciudad de Quito en el proyecto del nuevo aeropuerto. Aunque los recursos resultantes del proceso no se han destinado a una APP, conviene señalarlo porque se ha mostrado que acudir al mercado de capitales con título es una fuente de financiación que bien puede ser empleada en el Ecuador, pese a las limitaciones tradicionales.

Además de los préstamos externos, otra fuente de financiación del proyecto y el gestor privado suele tener origen en los mismos los promotores privados, pero aportados como deuda subordinada. Los asuntos relevantes que emergen en estos casos se refieren exclusivamente a los aspectos de orden tributario: mientras no se produzca razones para considerar que el gestor privado se encuentra en situación de subcapitalización, los préstamos subordinados son plenamente factibles y, casi siempre, es una situación limitada por la intervención de terceros financiadores. Los mercados de capitales son también una fuente de financiación.¹²⁹ Los inversionistas en este caso no actúan como promotores privados del proyecto, aunque su inversión sea de riesgo.

Por otra parte, el promotor privado interviene en la fase preparatoria del proyecto cuando promueve una iniciativa privada.¹³⁰ Se encarga, en este contexto, de

¹²⁸ [España] LCSP, art. 214.1.

¹²⁹ Un ejemplo de su empleo ha sido la titularización de los flujos futuros derivados de la participación de la ciudad de Quito en el proyecto del nuevo aeropuerto. Aunque los recursos resultantes del proceso no se han destinado a una APP, conviene señalarlo porque se ha mostrado que acudir al mercado de capitales es una fuente de financiación que bien puede ser empleada en el Ecuador, pese a las limitaciones tradicionales.

¹³⁰ [Ecuador] Reglamento de la LIAPP, art. 20 y siguientes.

realizar todas las actividades de preinversión, lo que incluye la realización de los estudios de prefactibilidad y de factibilidad, a su costa y riesgo.

Durante el concurso público, el promotor privado es quien se presenta para ser calificado conforme a los requerimientos legales, técnicos y económicos previstos en las bases del concurso. Se asume que la solvencia técnica y financiera del promotor privado asegura que el gestor privado atenderá las responsabilidades encomendadas a través del contrato de gestión delegada. Esto es algo que no siempre es así, por la desvinculación jurídica del promotor privado con respecto a la Administración delegante.¹³¹

Finalmente, en general los promotores privados suelen ser subcontratistas del gestor privado, cuando el proyecto de APP no es para ellos un negocio puramente financiero. En efecto, el gestor privado es únicamente un administrador del proyecto y, normalmente, no está a cargo de las tareas constructivas o, incluso, operativas del proyecto público. Los promotores privados suelen ocupar la función de constructores en virtud de un contrato de construcción tipo «llave en mano» o «EPC» o de operadores con base en un contrato de operación y mantenimiento.¹³²

(c) Responsabilidad del promotor privado con respecto a la Administración y terceros

Uno de los aspectos relevantes en la viabilidad comercial de un proyecto de APP es la determinación de la responsabilidad de los promotores privados con respecto a la Administración y a terceros.

La constitución del gestor privado encapsula la responsabilidad en él, un sujeto de derecho creado únicamente como instrumento de implementación del proyecto. Desde el gestor privado se generan las relaciones con la entidad delegante, con los subcontratistas, con los financiadores externos, con los usuarios finales y, en general, con cualquier otro participante del proyecto.

En este sentido, el gestor privado facilita que las obligaciones asumidas con ocasión de la implementación del proyecto de APP no afecten la solvencia del promotor privado (si se utiliza el esquema de *project finance*) y limitan su exposición al riesgo (el capital aportado siempre estará en riesgo). Sin embargo, como queda indicado, en el proceso de concurso se evalúa al promotor privado como oferente. Por esta razón, en ocasiones se discute si el promotor privado debería tener alguna responsabilidad (al menos subsidiaria) por los actos del gestor privado.

¹³¹ Un caso que describe muy bien los efectos de este elemento estructural en los proyectos APP, especialmente los financiados en el esquema de *project finance* fue República del Ecuador c. TIDE y otros. El gestor privado abandonó una concesión portuaria en Manta y los promotores privados, con prestigio en el sector, no asumieron responsabilidad alguna, trasladando todas las cargas a la comunidad.

¹³² Prevenidos sobre cierto sesgo propio de una agremiación, con respecto a los modelos internacionales más usados se puede consultar los términos generales y particulares de contratos provistos por la International Federation of Consulting Engineers (FIDIC), especialmente *The FIDIC Golden Principles*. Ginebra: FIDIC, 2019; el Libro Plata (*EPC/Turnkey Contract*, 2.^a ed. Ginebra: FIDIC, 2017), Libro Rojo (*Conditions of Contract for Construction*, 2.^a ed. Ginebra: FIDIC, 2017), el Libro Amarillo (*Plant and Design-Build Contract*, 2.^a ed. Ginebra: FIDIC, 2017) y el Libro Dorado (*DBO Contract*, 1.^a ed. Ginebra: FIDIC, 2008). Existen comentarios y guías publicados por la misma entidad.

En el Ecuador, el promotor privado es el adjudicatario y, en tal condición, según lo determinen las bases del concurso, es quien está obligado a suscribir el respectivo contrato de gestión delegada. En tal caso, sería necesario que se haya previsto la cesión de la posición contractual a la VPE que constituya el promotor privado de acuerdo con los requerimientos del mismo contrato.¹³³ La vía alternativa —más extendida en la práctica— es que el promotor privado constituya el VPE para que éste sea quien suscriba el contrato de gestión delegada, en las condiciones señaladas en el pliego de bases y en el tiempo establecido para satisfacer las condiciones precedentes para la celebración del referido contrato.

Es evidente que los efectos jurídicos de una u otra opción son radicalmente distintos. En el primer escenario, el promotor privado asume una relación contractual directa con la Administración pública y la responsabilidad frente a ella por el incumplimiento de las obligaciones pactadas hasta que se produzca la condición estipulada para que se produzca la cesión de su posición contractual a favor del gestor privado. Los eventos a los que se vincula la realización de la condición de cesión de la posición contractual usualmente se refieren a la conclusión de las actividades previstas para la etapa de organización del proyecto, lo que incluye la misma constitución de la VPE, el cierre financiero, entre otros temas que permiten asumir que las etapas de inversión y operación del proyecto se desarrollaran con normalidad. No es conveniente que este tipo de relación se prolongue, porque el gestor privado es también una herramienta para concentrar los intereses del financiador externo, por lo que este esquema fluye en sentido inverso al mecanismo empleado para la financiación de proyectos.¹³⁴ En el segundo escenario, el promotor privado tiene una relación extracontractual con la Administración pública que, por ejemplo en el Ecuador, estaría únicamente regulada en el pliego de bases¹³⁵ y que, en general, está asegurada únicamente con una garantía de seriedad de la oferta que llegaría a ejecutarse en el evento de que no se llegue a suscribir el contrato de gestión delegada. Con esta fórmula, la constitución del gestor privado constituye una condición precedente para la suscripción del contrato, por lo que en estas circunstancias el cierre comercial tiende a postergarse hasta que se satisfagan requerimientos tales como la misma constitución de la VPE, la contratación de las garantías propias del contrato, los arreglos administrativos necesarios para registrarse como contribuyente y empleador, la designación de administradores y su inscripción en los registros públicos, la contratación del personal básico, etc.¹³⁶

(d) Control del gestor privado

En Ecuador, la regla general con respecto la relación entre el promotor privado y la VPE exige que los adjudicatarios del concurso público participen en el capital social

¹³³ [Ecuador] Reglamento de la LIAPP, art. 69.

¹³⁴ Ver sobre el esquema de financiación *project finance* en el capítulo V *infra*.

¹³⁵ [Ecuador] Reglamento de la LIAPP, art. 29.

¹³⁶ En cualquier caso, en el Ecuador, se exige que en el pliego de bases se determine explícitamente cuál será la responsabilidad del promotor privado con relación al desarrollo del proyecto y con respecto al gestor privado. [Ecuador] Reglamento de la LIAPP, art. 29, último inciso.

de la VPE en los mismos porcentajes determinados en la oferta cuando intervienen consorciados; esto tiene como explicación que la evaluación de los promotores privados en el concurso se realiza de modo tal que el resultado depende del grado de su participación en la implementación del proyecto.¹³⁷

Con este antecedente es usual en los sistemas jurídicos que se mantenga alguna restricción sobre el cambio de control del gestor privado, al menos, durante la etapa de construcción del proyecto. Una decisión en distinto sentido facilitaría que las APP se conviertan en un negocio puramente financiero para el promotor privado y que el proceso de evaluación de los promotores privados carezca de todo propósito. En efecto, si la decisión que se adopta en el concurso público se basa en cierta medida en las cualidades del oferente, no tiene sentido alguno que estas sean útiles para alcanzar la adjudicación e inmediatamente después se transfieren los derechos y obligaciones a terceros que no han sido considerados. Cualquier esquema que facilite esta conducta es contrario a los principios generales de transparencia y claramente perjudica a los demás oferentes.

El art. 30 del Reglamento de la LIAPP a este respecto únicamente señala que la «[t]ransferencias de acciones o de títulos representativos del capital, participación y/o control del gestor privado debe ser regulada en el contrato de gestión delegada de acuerdo con las guías expedidas por el Comité APP». No existe, pues, ningún criterio previsto normativo, más que la obligación de regularlo contractualmente.

En la propuesta original de la norma reglamentaria constó que los promotores privados que hubieren sido evaluados durante el procedimiento de concurso público no podían perder el control del gestor privado durante la etapa de construcción.

Además, en general, toda variación en el control del gestor privado o de las entidades que sean titulares del capital social, en cualquier nivel de la organización empresarial, suele requerir la autorización expresa de la entidad delegante y, en caso de que el requisito no sea satisfecho, este desvío es una causal de terminación anticipada del contrato.¹³⁸

¹³⁷ [Ecuador] Reglamento de la LIAPP, art. 29.

¹³⁸ Es muy conocido el caso en el que Oxy demandó a la República del Ecuador al amparo del TBI suscrito con Estados Unidos de América en razón de que, en el año 2006, se declaró la caducidad del contrato con el que venía operando en el país. La caducidad fue declarada porque se había producido una transferencia de acciones sin notificación y autorización de la autoridad ecuatoriana como lo dispone la Ley de Hidrocarburos con la que se suscribió el contrato. En el ámbito del Centro de Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones del Banco Mundial, la empresa obtuvo finalmente en el año 2015 un laudo de mayoría, revisado por el Comité de Anulación, por 1.061,7 millones de dólares, sin considerar intereses y costas judiciales. Lo que nos interesa subrayar de este laudo es que el tribunal consideró que la aplicación de la caducidad prevista en la legislación ecuatoriana sería contrario al derecho internacional e implicaría una medida equivalente a la expropiación por tratarse de una medida desproporcionada. El criterio disidente señaló que esta manifestación del tribunal excedía en mucho cualquier competencia de un tribunal arbitral porque se estaba juzgando la legislación aplicable al caso y no la conducta del Estado. Ver, Laudo de 5 de octubre del 2012, Caso CIADI No. ARB/06/11, Occidental Petroleum Corporation y otros c/ República del Ecuador, [consulta: 15/03/2016]. Disponible: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C80/DC2672_Sp.pdf. Este laudo y otros tantos motivó la constitución de un proceso de «Auditoría Integral de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en materia de Inversiones, CAITISA» que propició la denuncia del Ecuador de varios instrumentos internacionales.

Ahora bien, la autorización requerida no debía ser negada si el adquirente cumple con, al menos, los mismos criterios que sirvieron de base para elegir a los promotores privados durante el procedimiento de concurso. Este criterio hace que recaiga la justificación en cabeza del promotor privado interesado en la transferencia, pero fundamentalmente, se justifica en las razones de base por las que se realiza un concurso público para seleccionar a los responsables del proyecto, con independencia de que tal responsabilidad se disuelva al interponer entre la Administración y el promotor privado una VPE.

Además, cualquiera señala etapa de ejecución del contrato, la restricción sobre los cambios de propiedad no suele ser aplicable:

- en los supuestos en que el acreedor del gestor privado deba emplear derechos de intervención o sustitución (*step-in rights*) sobre el deudor por efecto de las garantías y seguridades que ordinariamente se ofrecen para atender el objetivo de que el proyecto sea aceptable para un financiador externo; y
- en los casos en que, a juicio de la entidad delegante y sin perjuicio de la aplicación de las sanciones civiles estipuladas en el respectivo contrato, la transferencia solicitada por el promotor privado sea indispensable para asegurar la continuidad del proyecto o la salvaguardia de derechos de terceros, acreedores o usuarios.

3. Destinatarios de los servicios derivados del proyecto APP. Especial referencia a los usuarios

En la actualidad es generalizada la autorización contenida en los sistemas jurídicos para que los servicios derivados de la implementación del proyecto de APP, tenga o no una infraestructura asociada, puedan ser provistos al usuario final —entendido como un integrante la comunidad— o a la misma Administración delegante u otro órgano público, según la estructura de organización de la Administración.¹³⁹

Por ejemplo, en el caso de los usuarios, la LIAPP establece dos reglas básicas en los numerales 4 y 6 del art. 3:

- «En el diseño y ejecución de los proyectos públicos no se podrán excluir áreas geográficas, grupos sociales y pueblos y nacionalidades que requieran el bien, obra o servicio que genere el proyecto»
- «El Estado y el gestor privado tendrán la obligación de proteger a los usuarios finales y brindarles información clara y suficiente sobre sus derechos, así como atender y resolver sus reclamos de manera oportuna».

Finalmente, lo que se busca es que los principios del servicio público previstos en el art. 315 de la Constitución ecuatoriana sean efectivos.

Por otra parte, en un proyecto de generación eléctrica, por ejemplo, la Administración es la que provee los ingresos del proyecto cuando, además del contrato de gestión delegada, suscribe un contrato de compraventa de potencia y electricidad (*Power Purchase Agreement*, PPA). Dependiendo la forma en que se ha organizado el sector

¹³⁹ [Ecuador] Reglamento de la LIAPP, art. 34.

eléctrico, los flujos del proyecto dependerán o no de los presupuestos públicos. En el Ecuador, aunque el título habilitante lo otorga el órgano rector del sector, un PPA sería suscrito por la empresa pública distribuidora de energía (el adquirente de mayor tamaño en el mercado) y, por ello, se necesitaría su intervención para la estructuración de un proyecto público en este sector.

El rasgo identificador de que nos encontramos ante un contrato de gestión delegada y un proyecto de APP, bajo el punto de vista del destinatario del servicio, es que el ingreso del gestor privado cualquiera sea el receptor de las prestaciones a su cargo es variable en función de la utilización del servicio o de un indicador vinculado con el nivel del servicio o la disponibilidad de los medios a ser provistos.

No hay una APP, por ejemplo, cuando la Administración paga al gestor privado en cuotas fraccionadas el monto de la inversión efectuada por su contratista con la rentabilidad pactada, cualquiera sea la denominación que se emplee, porque el ingreso del proyecto no está sujeto a riesgo alguno y no depende de las capacidades de gestión trasladadas al sector privado. Esta situación anómala se puede observar frecuentemente en proyectos en los que se califica como pago por disponibilidad (PPD) las aportaciones de capital en riesgo provistas por la Administración delegante o cuando estos mismos pagos dejan asegurado el ingreso del gestor privado en niveles tales que, cualquiera sea su conducta, está asegurado el pago de los costes y gastos necesarios para la operación y mantenimiento de la infraestructura y la provisión del servicio, el servicio de la deuda contratada para financiar el proyecto y la retribución por la inversión, riesgo y trabajo del gestor.

Esta idea requiere estar muy presente cuando se evalúa la pertinencia de emplear un mecanismo de aseguramiento de ingresos mínimos —los ingresos mínimos garantizados, IMG— para reducir el riesgo en un proyecto, especialmente en un *greenfield*. La autorización que los sistemas jurídicos otorgan para que la Administración pueda pactar este tipo de pasivo contingente, está fundamentada únicamente en la idea de que para que un financiador externo otorgue una facilidad financiera para el proyecto debe tener previsión sobre el hecho de que los flujos del proyecto, en cualquier circunstancia, deben ser suficientes para que se restituya el préstamo otorgado. Es evidente que las variaciones eventuales en el flujo de ingresos del proyecto, además, no debe afectar la provisión misma del servicio originado en la implementación del proyecto de APP, por tratarse del interés general tutelado por la Administración. De modo que, si el mecanismo busca asegurar que los financiadores externos provean los medios para financiar el proyecto y no se produzca un evento de *default*, y la Administración busca evitar que se suspenda o afecte el servicio público en manos del gestor privado, el único monto no asegurado sería el que corresponde a la inversión, riesgo y trabajo del gestor privado.

4. Otros participantes en el proyecto

Los sistemas jurídicos en materia de APP no suelen ocuparse de manera extensa sobre los otros participantes de un proyecto APP, al menos, no directamente.

No obstante, es posible observar reglas específicas sobre subcontrataciones,¹⁴⁰ lo que incluye el contrato de construcción y el contrato de operación y mantenimiento. En España, por ejemplo, es posible que el contratista subcontrate con terceros la realización parcial de las prestaciones del contrato, del modo autorizado en el pliego, salvo los casos de limitación previstos en la ley. Estas limitaciones no pueden generar una restricción a la competencia.¹⁴¹ La subcontratación está sujeta a las siguientes reglas:

- Cuando se lo señala en el pliego, los interesados deben señalar en su oferta la parte del contrato que van a subcontratar, el importe, el nombre o perfil del subcontratista (determinando, en este caso, las condiciones de solvencia profesional o técnica).
- El órgano de contratación debe ser notificado, sobre la intención de celebrar los subcontratos o inmediatamente después de suscrito si se trata de atender una emergencia, con la identificación e información de contacto del subcontratista, la justificación de su aptitud y experiencia en la materia y sobre el hecho de que no se encuentra impedido de contratar.¹⁴² Del mismo modo, se debe notificar sobre cualquier variación que se produzca en la información provista al respecto.
- Cuando la subcontratación no se ajuste al contenido de la oferta a este respecto, no podrá ejecutarse hasta que transcurran 20 días desde que realice el trámite de notificación. En cualquier caso, la notificación se hará incluso si el subcontratista se identificó solamente por su perfil durante el procedimiento de adjudicación.
- La subcontratación requerirá siempre autorización expresas se trata de contratos vinculados con seguridad del Estado.
- En ciertos contratos —entre los que no se incluye los de concesión—, la Administración debe señalar las actividades en las que no es posible la subcontratación, según la justificación consignada en el expediente de contratación.

La vulneración de las reglas básicas, acarrearán los efectos previstos en el pliego, que podrán consistir en lo siguiente:

- La imposición de una penalidad de hasta el 50 % del subcontrato.
- La resolución del contrato, cuando se haya previsto que los requisitos de subcontratación se han calificado como esenciales.

El contratista principal asume, en cualquier caso, la responsabilidad por las actuaciones del subcontratista ante la Administración, incluidas las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral. Además, el contratista debe pagar a sus subcontratistas y suministradores oportunamente en el marco de la ley, previa emisión de la correspondiente factura. En caso de demora, el contratista tiene derecho al cobro

¹⁴⁰ Ver, J. Jordano Fraga. «La subcontratación administrativa y el desafortunado mito urbano de la admisibilidad de la acción directa en la LCSP», en *Revista española de derecho administrativo*, núm. 207, 2020, pp. 75-100.

¹⁴¹ [España] LCSP, art. 215.

¹⁴² [España] LCSP, art. 71.

de intereses y, en su caso, de los daños causados.¹⁴³ Los derechos del subcontratista previstos en la LCSP son irrenunciables.

Los subcontratos y los contratos de suministro siempre tienen naturaleza privada, y los subcontratistas no tienen, por regla general, acción directa frente a la Administración.¹⁴⁴ No obstante, pese a que la relación entre el contratista principal y el subcontratista es privada, se ha habilitado a la Administración comprobar que se han producido los pagos debidos. Para este propósito, los contratistas deben remitir a la Administración el detalle de los subcontratistas y suministradores que participen en la ejecución del contrato, con las condiciones y términos de la subcontratación, así como la información sobre el cumplimiento de los pagos en tiempo. En el pliego se podrán establecer penalidades por estos conceptos. La comprobación e imposición de penalidades es obligatoria en contratos con cuantías superiores a 5 millones de euros y cuando la subcontratación sea igual o superior al 30 % del precio del contrato.¹⁴⁵

En el Ecuador, se ha previsto reglas sobre participación nacional.¹⁴⁶ Se trata de uno de los principios para la preparación, ejecución y evaluación de proyectos que potencialmente podría afectar la participación de organismos multilaterales de financiación en los que sus normas internas limitan la concesión de créditos en proyectos en los que se desplace la participación de contratista de los restantes países integrantes de la institución en beneficio de los connacionales del contratante. En relación con los financiadores externos, que son quienes mayores recursos aportan a la ejecución del proyecto, ninguna referencia se hace en la LIAPP. Las reglas más importantes en relación con ellos se encuentran en el Reglamento de la LIAPP, pero solamente con respecto a los aspectos en los que el paquete de garantías puede afectar la relación entre el gestor privado y la Administración.

Además, del constructor y el operador, se integran en la estructuración de un proyecto de APP, como proveedores de servicios del gestor privado o de la Administración pública, asesores especializados. El sistema jurídico ecuatoriano los considera desde distintas perspectivas.¹⁴⁷ En la etapa de preparación del proyecto, la Administración pública los puede contratar para desarrollar las tareas de estudios y estructuración, incluso dentro de una modalidad a riesgo por el resultado del proceso;¹⁴⁸ o, durante la etapa de ejecución es posible que intervengan en la gestión del contrato.¹⁴⁹

Hay terceros en el mercado que proveen servicios de asesoría especializada a los otros participantes de un proyecto de APP. Para asesoría general en la transacción, en sus aspectos económicos, financieros, legales y técnicos es usual (y en ocasiones fundamental) proveerse, mediante procedimientos transparentes y en el marco de una

¹⁴³ [España] LCSP, art. 216.

¹⁴⁴ De acuerdo con la disposición adicional quincuagésima primera de la LCSP, es posible que, de conformidad con las previsiones del pliego, el órgano contratante pueda hacer pagos directos a los subcontratistas a cuenta del contratista principal.

¹⁴⁵ [España] LCSP, art. 217.

¹⁴⁶ [Ecuador] LIAPP, art. 3, numeral 6.

¹⁴⁷ De acuerdo con el Reglamento de la LIAPP, art. 5, inc. 3, los «consultores, procuradores y demás personas que, durante ese mismo plazo, hubieren brindado, a cualquier título, servicios de asesoría a gestores privados para la planificación, elaboración y ejecución de dichos proyectos» no puede intervenir en el Comité APP como integrantes.

¹⁴⁸ [Ecuador] Reglamento de la LIAPP, art. 9, inc. 1.

¹⁴⁹ [Ecuador] Reglamento de la LIAPP, art. 71, inc. 3.

política de «buen diseño» de asesores independientes¹⁵⁰ Los asesores independientes podrían ser, entre otros, (a) firmas de abogados, con experiencia en asuntos de Derecho público en general, administrativo en particular, y/o en aspectos financieros y fiscales; (b) empresas de asesoría financiera, entre las que se cuentan aquellas que integran grupos o redes de contabilidad y asesoría, bancos de inversión o personas o empresas boutique dedicadas específicamente a APP, financiación público o gestión de servicios públicos; (d) empresas especializadas en aspectos técnicos en sectores particulares: transporte, telecomunicaciones, recursos naturales, etcétera, o en materias como gestión ambiental, gestión social, construcción o fiscalización de obras, por ejemplo; y, (e) estructuras públicas o empresas de titularidad pública, dedicadas a estas materias.¹⁵¹

El equipo del titular del proyecto, la Administración pública, siempre está a cargo de las decisiones en el procedimiento administrativo, de acuerdo a la distribución de competencias que tiene asignadas. La capacidad de motivar técnicamente estas decisiones, dentro del espacio de discrecionalidad que el ejercicio de una competencia de esta naturaleza le otorga, es un aspecto relevante en el ámbito jurídico. Lo que se espera, ordinariamente, es que los informes que justifiquen las decisiones en el proceso se produzcan en el seno de la organización administrativa. No obstante, esto no siempre es posible y la Administración debe contar con la información que le provee terceros especialistas en la materia.

Es un hecho que los asesores independientes son participantes constantes en todo programa APP, con independencia del grado de madurez del marco institucional y las capacidades construidas la organización administrativa. Desde la visión internacional, se considera que el alcance de la asesoría requerida puede variar, conforme mejoren las capacidades institucionales de la Administración pública, desde un esquema de asesoría de servicio completo a otros específicos,¹⁵² luego de haber construido una práctica consisten en los elementos comunes de los proyectos de APP.

Si la Administración pública requiere la participación de asesores independientes, los promotores y el gestor privado y los prestamistas, también requieren desde su posición este tipo de asesoría. Un prestamista requiere, por ejemplo, asesoría técnica y legal para determinar el riesgo del proyecto y arribar sus conclusiones de orden financiero. Por la naturaleza de la transacción o el lugar en el que se debe desarrollar el proyecto, es bastante evidente que no es ordinario contar con esas capacidades dentro de la organización. Del mismo modo, el promotor que busca participar en un proceso de selección, debe preparar su propuesta con ayuda de técnicos independientes que cubran los aspectos que su experiencia u objeto no tiene capacidad de administrar.

¹⁵⁰ Banco Mundial. *Toolkit: A guide for hiring and managing advisors for private participation in infrastructure*. Washington: Banco Mundial-PPIAF, 2001, p. 3 y ss. Es un extenso documento (un resumen ejecutivo y tres volúmenes) que contiene recomendaciones sobre los principios de selección de servicios de asesoría para APP, define fases en los procesos de reforma y ciclo de proyecto y el rol de los asesores, la situación de mercado y los mecanismos de financiación para alcanzar su participación y los mecanismos de selección de asesores.

¹⁵¹ European PPP Expertise Centre (EPEC). *Role and Use of Advisers in preparing and implementing PPP projects*. Luxemburgo: EPEC, 2014, p. 8

¹⁵² Cfr. BM, BAD y BID. *Asociaciones Público-Privadas. Guía de Referencia*, v. 2.0, Washington: Banco Mundial, 2004, p. 97.

Esta circunstancia muestra que los asesores independientes son un participante ordinario en los proyectos de APP y, por ello, su intervención en colaboración de los sujetos con un rol esencial en el proyecto presupone costes de transacción agregados que se trasladan usualmente a los que se debe trasladar al proyecto.

Por otra parte, la posibilidad de asumir el rol de asesor de una u otra parte puede generar tensión en los intereses que alientan el contenido de asesoría. Por ejemplo, un asesor comercial del proyecto que es retribuido en función del cierre de la transacción podría ser propicio a preparar un caso de negocio pro-mercado, si es que esta tarea se agrega a la de promover y colocar el proyecto en el mercado. Lo mismo se podría producir si el asesor financiero es también quien provee asesoría de carácter legal. El conflicto de interés es un aspecto que se debe considerar siempre.

En cualquier caso, las capacidades institucionales del equipo del titular del proyecto, si es que no pueden referirse inicialmente al detalle técnico del proyecto, deben en todo caso ser suficientes para asumir con solvencia la postura de contraparte, administrar los requerimientos del procedimiento administrativo y supervisar en términos cualitativos las actividades encomendadas a los asesores, mientras se adquiere las herramientas, durante la etapa de preparación del proyecto público, para hacer frente a las actividades y tareas de su implementación.

D. VIGENCIA DEL CONTRATO APP, TERMINACIÓN ANTICIPADA Y COMPENSACIONES

1. Perspectiva desde el modelo internacional

(a) Plazo y terminación

Los contratos de APP en el mundo suelen tener una duración definida, aunque pueden terminar anticipadamente por varias razones previamente reguladas. Cuando termina el contrato, además, el mismo marco institucional especifica el modo de cerrar el contrato y traspasar los activos del proyecto.

El enfoque común es que la Administración determine la duración del contrato «como la mejor estimación de tiempo necesario para que la parte privada obtenga el retorno requerido, con tarifas o niveles de pagos razonables».¹⁵³ Otra posibilidad contemplada es que, fijadas las tarifas o los pagos a ser realizados, la duración del contrato sea el criterio de adjudicación del contrato.¹⁵⁴ Otra posibilidad es el contrato tenga un tiempo variable en función del menor valor presente neto de los ingresos.¹⁵⁵

¹⁵³ Cfr. BM, BAD y BID. *Asociaciones Público-Privadas. Guía de Referencia*, v. 2.0. Washington: Banco Mundial, 2004, p. 166 y ss.

¹⁵⁴ Cfr. G. Fisher y S. Babbar. *Private Financing of Toll Roads*. Washington: Banco Mundial, s/f, pp. 7 y 8 [World Bank RMC Discussion Paper Series 117]

¹⁵⁵ Cfr. M. Kerf, R. David Gray, T. Irwin, C. Levesque, R. Taylor y M. Klein. *Concessions for Infrastructure: A Guide to Their Design and Award*. Washington: Banco Mundial, 1998, p. 83. [World Bank Technical paper núm. 399].

Por otra parte, los asuntos principales que deben ser resueltos en materia de terminación anticipada de un contrato APP son (i) quién tiene el derecho de hacerlo, en qué casos, de qué modo y cómo se liquidan las mutuas prestaciones de las partes.

Lo que se espera es que las dos partes estén en capacidad de terminar el contrato por las causas previamente previstas, en plano de igual. No obstante, lo que es usual es que la Administración esté dotada de la capacidad de resolver el contrato de manera unilateral y que el gestor privado deba acudir ante un tercero para alcanzar una declaración de resolución.

Por otra parte, las causas de terminación anticipada de un contrato de APP pueden ser agrupadas en tres categorías: (i) el incumplimiento de la parte privada, (ii) el incumplimiento o la decisión de la Administración y. (iii) la terminación del contrato por una causa que no depende de ninguna de las partes (*v. gr.*, la fuerza mayor).¹⁵⁶

En el modelo internacional, lo que se espera es que la Administración, en cada uno de los casos, realice un pago al gestor privado, aunque su importe dependa de la razón por la que el contrato debe terminar.¹⁵⁷ Además, se estima que la terminación del contrato es la última opción y, en este sentido, el pago compensatorio es un importante desestímulo.

En la tabla 2.4 se reflejan las causas de terminación anticipada y los mecanismos de compensación que se consideran las mejores prácticas en la materia.

(b) Efectos económicos de la terminación del contrato de APP

Una decisión relevante con respecto al marco institucional que gobierna un contrato APP son las consecuencias económicas de su terminación intempestiva y, en ciertas ocasiones, de la conclusión ordinaria del plazo del contrato.

Es ordinario que los bienes afectos al servicio público se trasladen en beneficio de la comunidad, especialmente cuando la infraestructura desarrollada con ocasión de la implementación del proyecto público se incorpora al demanio público —*v. gr.*, una vía pública o central hidroeléctrica ubicada en el curso de un río—. La cuestión que se debe contestar es si la transferencia de los activos se debe producir sin compensación cuando existen intereses —o derechos— económicos del gestor privado o terceros en el proyecto que no hayan sido satisfechos durante la ejecución del contrato.

¹⁵⁶ Ver E. Yescombe. *Public-Private Partnerships: Principles of Policy and Finance*. Oxford: Elsevier Science, 2013. Hay quien considera que el exceso de protección a los financiadores externos en circunstancias en que se debe terminar el contrato anticipadamente es un problema en proyectos que debe quebrar. Cfr. D. Ehrhardt y T. Irwin (2004) *Avoiding Customer and Taxpayer Bailouts in Private Infrastructure Projects: Policy toward Leverage, Risk Allocation, and Bankruptcy*. Washington: Banco Mundial, 2004, pp. 46-49. [World Bank Policy Research Working Paper 3274].

¹⁵⁷ Cfr. European PPP Expertise Centre (EPEC). *The Guide to Guidance: How to Prepare, Procure, and Deliver PPP Projects* [en línea], Luxemburgo: EPEC, 2011, p. 40-42, [consulta: 13/01/2016]. Disponible: www.eib.org/eppec/g2g/index.htm; European PPP Expertise Centre (EPEC). *Termination and force majeure provisions in PPP contracts* [en línea], Luxemburgo: EPEC, 2013, pp. 21-29, 41-45 y. 57, [consulta: 13/01/2016]. Disponible: https://www.eib.org/attachments/eppec/eppec_termination_and_force_majeure_en.pdf

Tabla 2.4: La terminación unilateral de los contratos de APP en el modelo internacional y los criterios de compensación

CAUSA DE TERMINACIÓN	ACTIVADORES USUALES	COMPENSACIONES
Incumplimiento de la parte privada	▶ No se completa la construcción. ▶ Incumplimiento constante de los estándares de desempeño. ▶ Insolvencia de la empresa del proyecto. ▶ A los prestamistas normalmente se les da "derechos a intervenir" para permitirles resolver los problemas debido a un contratista de bajo rendimiento; la terminación solo se produce si esto es inefectivo, o si los prestamistas deciden no hacerlo	▶ Los pagos de terminación normalmente se definen para garantizar que los accionistas asuman el peso del incumplimiento. ▶ Los prestamistas también pueden estar expuestos a alguna posible pérdida -para reforzar su incentivo para rectificar los problemas- aunque esto puede afectar la capacidad de financiamiento. ▶ Entre las opciones se incluyen: - El valor total o una proporción determinada de la deuda pendiente - El valor contable depreciado de los activos - El valor presente neto de los flujos de caja futuros (restando los costos de terminación). ▶ Los productos de volver a licitar la concesión en el mercado abierto, superando también, por consiguiente, la posible dificultad de encontrar espacio en el presupuesto para las obligaciones de pagos por rescisión que se materializan inesperadamente
Incumplimiento de la parte pública	▶ La parte pública no cumple con sus obligaciones del contrato.	▶ Un contrato justo debe garantizar que la parte privada no pierda si la parte pública opta por el incumplimiento. ▶ Los pagos por terminación en este caso se establecen normalmente en el valor de la deuda más algún monto de equidad, y también pueden incluir las utilidades perdidas a futuro (si existiesen).
Rescisión por interés público	▶ Muchas de las leyes de APP o de contratación pública permiten a la entidad contratante rescindir el contrato por razones de interés público.	▶ Normalmente debe ser equivalente al incumplimiento de la parte pública, de lo contrario, se crean incentivos perversos para terminar voluntariamente el contrato en lugar de incumplirlo (o viceversa).
Daño prolongado por fuerza mayor	▶ Debe definirse cuidadosamente en el contrato y limitarse a eventos de fuerza mayor prolongados no asegurables, que impidan el cumplimiento de las obligaciones.	▶ Normalmente entre las dos opciones anteriores, ya que ninguna de las partes está en falta.

Fuente: Banco Mundial, Banco Asiático de Desarrollo y Banco Interamericano de Desarrollo. Asociaciones Público-Privadas. Guía de Referencia, v. 2.0, Washington: Banco Mundial, 2004, p. 168

El asunto es especialmente complejo cuando se trata de un caso de terminación anticipada del contrato atribuible al incumplimiento del gestor privado. En general, la compensación por supuestos referidos a la terminación del contrato originada en una decisión unilateral de la Administración delegante suele estar vinculada a una fórmula que captura el daño emergente y, en ciertos casos, el reconocimiento de un moderado lucro cesante que opera como un desestímulo para decisiones arbitrarias. Por otra parte, la compensación por supuestos no imputables a las partes ordinariamente está referido a la valoración de aquello que queda en el dominio de la Administración delegante, aunque no en pocas ocasiones, se considera que tales casos producen los mismos efectos previstos para los supuestos en que la terminación se debe a una causa imputable a la Administración, especialmente, en lo que respecta a la deuda con terceros.

Hay intereses económicos del gestor privado o terceros no satisfechos a la conclusión del contrato, por ejemplo, cuando hay un remanente de la inversión no amortizada o cuando la deuda se encuentra insoluta.

Asumiendo que (i) el marco regulatorio no determina como una consecuencia de la terminación anticipada de un contrato de APP y (ii) si lo establece, la validez de este régimen no se ha puesto en disputa con relación a normas de superior jerarquía — instrumentos internacionales sobre derechos fundamentales o las normas constitucionales—, es esperable una discusión acerca de si es posible contractualmente un pacto conforme al cual el gestor privado renuncia a tales intereses o derechos

económicos en caso de que la terminación intempestiva se deba a una causa imputable a él. En contra de esta aproximación, se suelen presentar como objeciones, al menos, los siguientes argumentos:¹⁵⁸

- No es posible un efecto de esta magnitud, pues, equivaldría a una expropiación sin indemnización.
- Si no se considera como confiscación y se lo ha regulado como una sanción civil (de origen contractual), se trataría de una sanción desproporcionada, especialmente, cuando la razón del incumplimiento contractual se estima como menor.
- Un caso así, produce como efecto un enriquecimiento sin «causa justa» y es usual que ello esté proscrito en los sistemas jurídicos, cualquiera sea la tradición.

Desde la perspectiva de la viabilidad comercial y financiera de un proyecto APP, una estipulación en el sentido comentado es claramente un obstáculo, pues, implica el riesgo de que el gestor privado no pueda recuperar los ingresos necesarios para amortizar la inversión realizada con el capital de los promotores o que no esté en condiciones de honrar el servicio de la deuda. Por supuesto, esto dependerá, por una parte, del rigor de los supuestos definidos como causas de terminación anticipada y las capacidades del gestor privado para controlar las circunstancias de hecho que provocarían la terminación del contrato y, por otra, del marco en que el financiador externo pueda ejercer derechos de sustitución —*step-in rights*— del gestor privado o salvaguardar sus intereses en la nueva situación, por ejemplo, con respecto al gestor privado sustituto.

Desde la perspectiva de la Administración delegante y la opinión pública, por otra parte, que se desprenda un efecto económico relevante del incumplimiento contractual imputable al gestor privado es un objetivo a satisfacer en la estructuración legal de la relación, porque este efecto sería (i) una compensación parcial respecto de los intereses públicos afectados y (ii) un estímulo que persuada al gestor privado, promotores privados y financiadores externos a adoptar todas las medidas disponibles para evitar desvíos contractuales que afecten el interés público.¹⁵⁹ La discusión viene marcada por consideraciones de «justicia» y estratégicas. En cuanto al primer aspecto, desde una base emocional, no es concebible que la Administración pública deba pagar por los desvíos imputables al gestor privado. En lo que respecta al segundo, resultaría mejor para el sector privado, en determinadas circunstancias, provocar la terminación del contrato que honrar sus obligaciones; y, la promoción de la modalidad de gestión suele estar asentada en la idea de que la Administración pública reducir la presión en el presupuesto público, por lo que un desembolso extraordinario en circunstancias como la terminación intempestiva de un contrato de APP afecta claramente este objetivo, más

¹⁵⁸ Cfr. G. Vinter. *Project Finance. A legal guide*. Londres: Sweet & Maxwell, 1998, p. 34 y ss.

¹⁵⁹ Un buen caso de análisis sobre las consecuencias vinculadas con el hecho de que la Administración delegante no haya adoptado medidas en la estructuración legal del contrato APP que estimulen a las partes interesadas a tomar los recaudos para que no se abandone el proyecto en perjuicio de los intereses públicos es el proceso *Autoridad Portuaria de Manta (Ecuador) c. Terminales Internacionales del Ecuador —TIDE—, Hutchison Port Investments y Hutchison Port Holdings*. En este caso, el gestor privado abandonó el proyecto. Los daños generados, de acuerdo al laudo arbitral dictado en la reclamación de la Administración no podía ser satisfecho con el patrimonio del gestor privado.

allá de cualquier previsión y medio de mitigación de contingentes en la administración de las finanzas públicas.

Si en el equilibrio de estas posturas se ha adoptado la línea de evitar una expropiación, sin dejar de lado los efectos esperados ante un desvío de la conducta del gestor privado, el problema ulterior que se deriva es la determinación o el modo de fijar la compensación.

En algunos casos, en esta determinación se busca proteger la posición del financiador externo. En este sentido, para la definición del monto de la compensación por terminación del contrato de APP se promueve la necesidad de considerar, como mínimo, las deudas insolutas. Frente a este criterio se opone la idea de que esta línea de base empleada implica que el prestamista no habría asumido riesgo alguno en el proyecto.

Finalmente, en la definición del monto de compensación están presentes también los efectos fiscales por la naturaleza del pago. Esta compensación podría tratarse de la realización de un activo y, de acuerdo al sistema jurídico del país anfitrión, podría estar sujeta al impuesto a la renta por ganancias de capital. En este caso, la determinación del valor original de la concesión puede ser otro de los problemas a enfrentar, del mismo modo que el titular de la renta, si se considera que el mecanismo más sencillo de continuar con la ejecución del proyecto es manteniendo el gestor privado y sustituyendo a sus titulares.

2. Plazo ordinario y terminación anticipada de un contrato de gestión delegada en Ecuador

(a) Plazo fijo o variable, prórrogas y límites

Como en la mayor parte de sistemas jurídicos de referencia, en el Ecuador se ha previsto un plazo máximo para los contratos de gestión delegada. El plazo ordinario de vigencia de un contrato de gestión delegada es de 30 años contados desde la fecha de su suscripción, aunque es posible justificar la necesidad de un plazo mayor.¹⁶⁰

No obstante, es posible que el plazo pueda ser variable dentro del mismo límite. El plazo es variable cuando su vigencia depende de otro factor objetivo. Un buen ejemplo de la manera en que se estructura un contrato de gestión delegada con plazo ordinario variable es el caso de la adjudicación por el menor valor presente de ingresos. El esquema consiste en que el contrato tendrá vigencia únicamente hasta la fecha en que el gestor privado alcance el monto —en valor presente, con una tasa de descuento estandarizada para el proceso— que en la oferta adjudicada determinó como ingresos necesarios para satisfacer los costes y gastos de la explotación, el servicio de la deuda y la retribución por la inversión, riesgo y trabajo.¹⁶¹ El esquema ha sido usado en Chile y también en Colombia.

Por otra parte, es posible que el plazo ordinario de un contrato de gestión delegada pueda ser ampliado como fórmula de compensación por efecto de actos que

¹⁶⁰ [Ecuador] Reglamento de la LIAPP, art. 45.

¹⁶¹ La autoría del esquema les corresponde a E. Engel, R. Fischer y A. Galetovic. «A New Approach to Private Roads», en *Regulation*, s/n [Otoño], 2002, pp. 18-22.

modifiquen el equilibrio económico-financiero, en los casos específicamente regulados en el contrato.

Finalmente, la vigencia del contrato puede acortarse por un evento de terminación anticipada.

(b) Causas de terminación anticipada de los contratos de gestión delegada

En el Ecuador, varios aspectos sobre la vigencia y plazo de los contratos de gestión delegada están sujetos a las normas técnicas expedidas por el Comité APP, entre los que se cuenta la posibilidad de variar el límite reglamentario, los supuestos de terminación anticipada y las medidas de compensación en los casos en que la vigencia del contrato se acorta intempestivamente.¹⁶²

En la práctica, los contratos de gestión delegada en el Ecuador pueden terminar anticipadamente, en los supuestos y por el procedimiento regulado en el mismo contrato. Así, se definen los casos en que la entidad delegante puede dar por terminado el contrato de gestión delegada por eventos de constatación objetiva o por desvíos graves imputables al gestor privado, calificados por la misma entidad delegante, que no hubiesen sido subsanados en tiempo oportuno.

Así mismo, en el contrato se precisan los supuestos por los que el gestor privado podrá solicitar la resolución del contrato en casos de fuerza mayor o caso fortuito o por desvíos en el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la entidad delegante que no hubiesen sido subsanados en tiempo oportuno.

La terminación anticipada de un contrato de gestión delegada no puede generar la paralización o desmedro en la calidad del servicio público del que se trate

(c) Compensaciones en caso de terminación anticipada

En Ecuador, la información acerca de los supuestos en que terminan anticipadamente los contratos debe constar en los documentos del concurso, porque son un elemento de riesgo que debe ser valorado por los oferentes. Del mismo modo, en el pliego de bases y el modelo de documentos contractuales se deben determinar los criterios de compensación en los casos de terminación anticipada del contrato.

Es ordinario diferenciar los supuestos en función de la causa que genera la terminación anticipada. Cuando el caso se debe a una decisión unilateral del contrato por parte de la Administración, la compensación incluye, además de las inversiones no amortizadas, el total o una parte de las rentas futuras que dejó de percibir el gestor privado. Cuando el contrato termina por un supuesto que no resulta imputable a ninguna de las partes (evento de fuerza mayor insuperable, por ejemplo), la compensación se refiere exclusivamente a la restitución por parte de la Administración de las inversiones no amortizadas.

Finalmente, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones civiles determinadas en el mismo contrato por desvíos mayores en el cumplimiento de las obligaciones del gestor

¹⁶² [Ecuador] Reglamento de la LIAPP, art. 45.

privado que, además, den lugar a la terminación anticipada del contrato, el supuesto no es una justificación para la expropiación de los derechos económicos del gestor privado sobre la inversión que no estuviera íntegramente amortizada. Es usual que incluso en casos en que el gestor privado incumpla sus obligaciones bajo el contrato, en la medida en que las inversiones se hubieran realizado, la Administración asegure que la decisión de terminación del contrato no implique la cancelación del proyecto, sino la sustitución del gestor privado con la intervención de los financiadores externos. Si esto no fuera posible, siempre en la medida en que la inversión se hubiese realizado y la sociedad retenga el beneficio, la Administración tendrá que arbitrar los mecanismos adecuados para asegurar el modo de restituir a los financiadores externos, al menos, los recursos que se justifiquen se encuentran en los bienes del proyecto que no hayan sido amortizados en el momento de ocurrencia del evento.

Debe notarse que, en ocasiones, el proceso constructivo no dio frutos y, sin ningún resultado que pueda suponer un beneficio para la sociedad, la Administración tenga que incurrir en gastos para remover la intervención constructiva defectuosa o incompleta del gestor privado. En tal caso, lo que corresponde es que las cláusulas de indemnidad introducidas en el contrato, con independencia del régimen de compensaciones por terminación anticipada, opere de modo adecuado en sentido inverso al esperado. Se tiene que tener especial cuidado en evitar que el gestor privado inicie faenas constructivas sin haber alcanzado el cierre financiero que asegure la conclusión del proyecto en tiempo y forma. Lo más probable es que si esto no ha ocurrido, el proceso constructivo se verá interrumpido y, en tal caso, el riesgo por el resultado no podría ser asumido por la Administración a cargo de corregir los desvíos y los daños causados.

3. Terminación o extinción de los contratos de concesión en España

(a) Terminación ordinaria

Los contratos de concesión se extinguen por su cumplimiento o por resolución.¹⁶³ El concepto de resolución en el sistema jurídico español corresponde al de terminación anticipada que se emplea en el modelo internacional y el Ecuador.

(i) Cumplimiento del plazo y su prórroga en los contratos de concesión de obras

De modo general, la vigencia de los contratos del sector público se debe establecer considerando la «naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas, sin perjuicio de las normas especiales aplicables a determinados contratos».¹⁶⁴

Para el caso, de los contratos de concesión, el plazo es limitado en función de su objeto y debe quedar previsto en el pliego de cláusulas administrativas. Si la concesión pasa de los 5 años, el plazo máximo será el que se proyecte necesario para que el concesionario recupere su inversión y el rendimiento del capital invertido, tanto al inicio

¹⁶³ [España] LCSP, art. 209.

¹⁶⁴ [España] LCSP, art. 29.1.

como las que se deban realizar en ejecución del contrato. En todos los casos, estos plazos no pueden superar los siguientes límites:¹⁶⁵

- En las concesiones de obras y las de servicios en las que se incluyan obras, 40 años.¹⁶⁶
- En las concesión de servicios no sanitarios, 25 años.
- En la concesión de servicios sanitarios, 10 años.
- Las concesiones relativas a obras hidráulicas se pueden extender hasta los 75 años.¹⁶⁷

Los plazos inicialmente fijados no pueden ser ampliados en más del 15 % para restablecer el equilibrio económico del contrato.¹⁶⁸

En el cómputo del plazo general de la concesión, como el de realización de las obras, no se considera los periodos de suspensión imputables a la Administración o por fuerza mayor. No hay ampliación de plazo si se producen retrasos por causas atribuibles al concesionario, sin perjuicio de que se deba aplicar el régimen de penalidades.

La concesión se extingue por el cumplimiento del plazo previsto inicialmente, salvo que se hubieran acordado prórrogas para restablecer el equilibrio económico del contrato¹⁶⁹ o se hubieren definido reducciones.

Con la extinción del contrato de concesión, también fenecen los plazos de los demás contratos vinculados con la concesión y la explotación de las zonas comerciales.¹⁷⁰

(b) Resolución de los contratos de concesión

(i) Marco general de la resolución de cualquier contrato administrativo en España

Son causas generales de terminación anticipada o resolución de todo contrato administrativos españoles¹⁷¹ (i) la muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista;¹⁷² (ii) la declaración de concurso o de insolvencia; (iii) el mutuo acuerdo; (iv) la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista; (v) la demora en el pago por parte de la Administración por fuera de los plazos previstos en la ley; (vi) el incumplimiento de la obligación principal del contrato o de obligaciones específicas declaradas esenciales en el pliego o en el documento descriptivo dentro de los límites de la ley; (vii) la

¹⁶⁵ [España] LCSP, art. 29.6.

¹⁶⁶ Como se ha apuntado, en Ecuador el plazo ordinario alcanza hasta los 30 años. Sobre las ventajas y desventajas de plazos más cortos en una APP hay un debate abierto. Cfr. E. Iossa, G. Spagnolo y M. Vellez. *Best Practices on Contract Design in PPPs: Checklist*. Washington: Banco Mundial, 2007, pp. 73-78.

¹⁶⁷ [España] Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas, publicado en el BOE núm. 176, de 24 de julio de 2001, art. 134.a).

¹⁶⁸ [España] LCSP, art. 270 y 290.

¹⁶⁹ [España] LCSP, art. 270.3.

¹⁷⁰ [España] LCSP, art. 278.4.

¹⁷¹ [España] LCSP, art. 211.1.

¹⁷² De acuerdo con el art. 98 de la LCSP, el contrato se mantiene vigente si de la operación societaria se mantienen las condiciones de capacidad, ausencia de prohibición de contratar, y la solvencia exigida al acordarse al adjudicación,

imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no es posible modificar el contrato, o cuando son posibles modificaciones pero estas afectan el precio en más o menos el 20 % o más del precio inicial del contrato (sin IVA); y (viii) la falta de pago de las remuneraciones de los trabajadores o el incumplimiento de los convenios colectivos vigentes.

Cuando se producen varias causales con distintos efectos determinados para la extinción, se aplica la que haya ocurrido primero.¹⁷³

(ii) *Terminación anticipada de los contratos de concesión de obras*

Son causas de resolución del contrato de concesión de obras:¹⁷⁴

- Las previstas como causas generales de terminación de los contratos, excepto la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y la demora en el pago por parte de la Administración.
- La ejecución hipotecaria declarada desierta o la imposibilidad de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria por falta de interesados autorizados.
- La demora superior a 6 meses por parte de la Administración en satisfacer a favor del concesionario las obligaciones de pagar la contraprestación o de entregar los terrenos o los medios auxiliares.
- El rescate de la explotación de las obras. El rescate es la decisión unilateral de la Administración de retomar la gestión directa de la infraestructura, sin que exista causa o desvío imputable al gestor privado. Para que se pueda proceder con el rescate, el órgano de contratación debe justificar que la gestión directa es más eficaz y eficiente.
- La supresión de la explotación de las obras.
- La imposibilidad de la explotación de las obras debido a decisiones públicas adoptadas luego de la celebración del contrato.
- El secuestro o intervención de la concesión por un plazo superior a 3 años, sin que el concesionario haya podido garantizar que está en la posibilidad de asumir sus obligaciones.¹⁷⁵

Las causas de resolución o terminación anticipada de los contratos de concesión de servicios son, *mutatis mutandis*, las mismas señaladas para el contrato de concesión de obras.¹⁷⁶

(c) Efectos de la resolución de los contratos

La terminación de mutuo acuerdo, permite que las partes que estipulen acerca de sus derechos, siempre dentro de los límites de la ley.¹⁷⁷

¹⁷³ [España] LCSP, art. 211.2.

¹⁷⁴ [España] LCSP, art. 279.

¹⁷⁵ [España] LCSP, art. 263.3.

¹⁷⁶ [España] LCSP, arts. 211 y 294.

¹⁷⁷ [España] LCSP, art. 213. I. Calatayud Prats. «Riesgo y efectos de la resolución por incumplimiento del contratista de las concesiones de obra y servicio público: la liquidación del contrato (RPA) y la

El incumplimiento de la Administración, genera la obligación de pagar al contratista los daños y derechos que se le hubieran provocado.

En caso de que la terminación del contrato sea imputable a la culpa del contratista se debe incautar la garantía y éste debe indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda a la garantía.¹⁷⁸

En caso de que el contrato deba terminar porque no es posible superar su inejecución por la vía de la modificación autorizada legalmente, el contratista debe pagar por concepto de indemnización el 3 % del importe de la prestación dejada de realizar, «salvo que la causa sea imputable al contratista o este rechace la modificación contractual propuesta por la Administración».¹⁷⁹

En el acto con el que se adopta la decisión, se debe dejar constancia sobre la situación de la garantía si esta se hubiese rendido. En ciertos casos,¹⁸⁰ en los que la resolución es segura o altamente probable, cuando se inicie el expediente de resolución del contrato, se puede iniciar el procedimiento para la nueva adjudicación, aunque su conclusión pende de la terminación del expediente de resolución.¹⁸¹

Mientras no se sustituya al contratista, éste quedará obligado a mantener las medidas de seguridad necesarias para evitar un grave trastorno al servicio público o la ruina de lo construido o fabricado, según las instrucciones de la Administración. Cuando no haya acuerdo sobre la retribución del contratista, esta es fijada por la Administración con base en los precios empleados para la celebración del contrato. Esta decisión es impugnabile y la resolución debe adoptarse en un máximo de 15 días. Finalmente, en caso de que el contratista no pueda garantizar las medidas de prevención y conservación señaladas, la Administración puede intervenir directamente o a través de un tercero.

Cuando el contrato de concesión de obras o de servicios deba ser resuelto por causas imputables a la Administración, esta debe pagar al concesionario el saldo no amortizado de las inversiones realizadas por la expropiación de terrenos, la ejecución de obras y la adquisición de bienes para explotación de las obras o servicios objeto de concesión, atendiendo a su grado de amortización.¹⁸² El criterio para el cálculo es el de la amortización lineal de la inversión y debe ser fijado en un plazo máximo de 3 meses, si no se ha previsto otro distinto en el pliego.¹⁸³

Si la resolución del contrato es por una causa no imputable a la Administración, la compensación para el concesionario por las inversiones realizadas depende de la valoración de la concesión, determinada de acuerdo con el art. 281 de la LCSP.

No es imputable a la Administración, en cualquier caso, la resolución del contrato cuando se produce: (i) la muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, (ii) la declaración de concurso o la declaración de insolvencia, (iii) el incumplimiento de la

indemnización de daños y perjuicios», en *Revista General de Derecho Administrativo* [base de datos], núm. 44, 2017. [Iustel].

¹⁷⁸ [España] LCSP, art. 213.3.

¹⁷⁹ [España] LCSP, art. 213.4.

¹⁸⁰ [España] LCSP, art. 211.1, letras b), d), f) y g).

¹⁸¹ [España] LCSP, art. 213.6.

¹⁸² [España] LCSP, arts. 280.1 y 295.1.

¹⁸³ [España] LCSP, art. 280.1.

obligación principal o esencial del contrato,¹⁸⁴ (iv) la ejecución hipotecaria declarada desierta o la imposibilidad de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria por falta de interesados autorizados y (v) el secuestro o intervención de la concesión por un plazo superior a 3 años, sin que el concesionario haya podido asegurar la viabilidad de la concesión.¹⁸⁵

En el caso del contrato de concesión de obras, si se resuelve por una causa imputable al concesionario, se le incautará la garantía y deberá indemnizar a la Administración por los daños que excedan el monto de la garantía.¹⁸⁶

Con respecto al servicio objeto de la concesión, el incumplimiento de las obligaciones de la Administración o del concesionario produce los efectos determinados en el régimen del mismo servicio del que se trate.¹⁸⁷

Cuando el contrato de concesión de servicios debe resolverse porque la Administración ha demorado por más de 6 meses la entrega de la contraprestación o de los medios auxiliares, el concesionario tiene derecho a percibir los daños y perjuicios sufridos y el interés de demora desde la fecha de vencimiento del plazo señalado para su entrega y hasta la liquidación de la indemnización.¹⁸⁸

Cuando la resolución tiene origen en una causa imputable a la Administración¹⁸⁹ con independencia de la obligación de restituir la inversión no amortizada, la Administración está obligada a indemnizar al concesionario los daños y perjuicios provocados, incluido el lucro cesante¹⁹⁰ y la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no se deban revertir, considerando su grado de amortización.¹⁹¹

En el caso de los contratos de concesión de obras, además, la Administración está habilitada a resolver los contratos otorgados por el concesionario para el aprovechamiento de las zonas complementarias y/o los contratos de explotación comercial —pagando la indemnización que corresponda, incluso con cargo al concesionario si la resolución le es imputable—4. El órgano de contratación podrá acordar también la resolución de los contratos otorgados por el concesionario para el aprovechamiento de las zonas complementarias. El órgano de contratación podrá acordar también, como consecuencia de la resolución de la concesión, la resolución de los contratos otorgados de explotación comercial, abonando la indemnización que en su caso correspondiera. Si no se dispone la resolución de estos contratos, la situación permanecerá inalterada, con la única diferencia de que honrarán sus obligaciones, pero en beneficio de la Administración, salvo que haya acuerdo distinto.

Si el concesionario no cumpliera con las obligaciones del beneficiario de las expropiaciones, la Administración lo puede hacer y, en tal caso, se subroga en el crédito del expropiado.

¹⁸⁴ Los supuestos (i) a (iii) están previstos en las letras a), b) y f) del apartado 1, del art. 211 de la LCSP.

¹⁸⁵ Los supuestos (iv) y (v) están determinados en las letras a) y f) del art. 294 de la LCSP.

¹⁸⁶ [España] LCSP, art. 280.2

¹⁸⁷ [España] LCSP, art. 295.2.

¹⁸⁸ [España] LCSP, art. 295.3.

¹⁸⁹ [España] LCSP, art. 294, b), c), d) y e).

¹⁹⁰ [España] LCSP, art. 280.3.a).

¹⁹¹ [España] LCSP, art. 295.4.

(d) Nuevo proceso de adjudicación de la concesión resuelta

Cuando la concesión ha sido resuelta por causa no imputables a la Administración, se debe volver a convocar a una nueva licitación, que se realizará mediante subasta al alza y teniendo como único adjudicador el precio.¹⁹²

Cuando la subasta se declara desierta en la primera licitación, se convoca a una nueva en un plazo máximo de un mes, con el tipo de licitación del 50 % de la primera.

El adjudicatario de la subasta debe pagar el precio dentro del plazo máximo de 2 meses; si no lo hace oportunamente, la adjudicación queda sin efecto y se adjudica al que le sigue en orden o, si no hay más, se declara desierta la subasta.

Para participar en la subasta, el interesado debe obtener autorización de la Administración, para determinar si cumple los requisitos para asumir la concesión.

Cuando una subasta ha sido declarada desierta por segunda ocasión, el valor de la concesión será el tipo de la segunda subasta. Si esto ocurre, el concesionario inicial o los acreedores con al menos un 5 % del pasivo exigible de la concesionaria, en un plazo máximo de 3 meses, pueden presentar un nuevo comprador que pague al menos el tipo de la licitación de la segunda subasta.

Para establecer el tipo de la primera subasta se lo hará «en función de los flujos futuros de caja que se prevea obtener por la sociedad concesionaria, por la explotación de la concesión, en el periodo que resta desde la resolución del contrato hasta su reversión, actualizados al tipo de descuento del interés de las obligaciones del Tesoro a diez años incrementado en 300 puntos básicos».¹⁹³ Este último referente, puede ser modificado para adaptarlo a las condiciones de riesgo y rentabilidad observadas en los contratos del sector público. Los flujos netos de caja futuros —siguiendo el Plan General de Contabilidad— se cuantificarán en la media aritmética de aquellos obtenidos por la entidad en un periodo igual al que resta de la concesión. Si el remanente del plazo es superior al transcurrido, se tomará para el cálculo únicamente el transcurrido. Finalmente, si la resolución se produce antes de concluir la etapa de construcción el tipo de la licitación es del 70 % de la inversión ejecutada, según conste en las últimas cuentas anuales aprobadas, más las certificaciones posteriores y menos las subvenciones de capital que no hayan cumplido su finalidad.

Los contratos celebrados por poderes adjudicadores distintos a las Administraciones Públicas, el régimen de terminación de los contratos se somete, en general, al régimen de Derecho privado.¹⁹⁴

Para el caso de las concesiones de obras y servicios celebrados por poderes adjudicadores que no son Administraciones Públicas, además de que son aplicables los supuestos generales de terminación anticipada,¹⁹⁵ se ha previsto que, para proceder con el rescate de la concesión, la suspensión de la explotación, el secuestro o la intervención,

¹⁹² [España] LCSP, art. 281.1.

¹⁹³ [España] LCSP, art. 282.

¹⁹⁴ [España] LCSP, art. 319.1. La regla aclara, no obstante, que en estos casos se aplican en cualquier caso las reglas de la LCSP sobre obligaciones en materia medioambiental, social o laboral (art. 201); sobre condiciones especiales de ejecución (art. 202); sobre supuestos de modificación del contrato (arts. 203 a 205); sobre cesión y subcontratación (arts. 214 a 217); sobre racionalización técnica de la contratación (arts. 218 a 228); condiciones de pago (arts. 198.4, 201.4 y 243.1).

¹⁹⁵ [España] LCSP, arts. 279 y 294.

se requiere contar con la autorización del órgano estatal, autonómico o local al que está adscrito o le corresponda la tutela de la entidad contratante.

E. RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

1. Ajuste de los sistemas jurídicos hispanoamericanos al modelo internacional

En el modelo internacional, justificados en el hecho de que los contratos de gestión delegada son complejos, incompletos y de largo plazo, se promueve el uso de mecanismos alternativos de resolución de controversias para «asegurar que los conflictos se resuelvan de forma rápida y eficiente, sin la interrupción del servicio, y con una reducción del riesgo de discontinuidad debido a conflictos para ambas partes»¹⁹⁶

Con este criterio de referencia, se identifican como mecanismos de resolución de controversias, al menos, los siguientes:¹⁹⁷

- La mediación, en la que interviene un tercero autónomo que orienta a las partes o promueve soluciones al conflicto.¹⁹⁸
- Panel de expertos, que actúan como si se tratara de árbitros. Sus decisiones pueden ser vinculantes o no, pero usualmente se enfocan en problemas de orden técnico. El esquema ha sido usado en Chile.¹⁹⁹ El panel está conformado por tres expertos, uno elegido por la Administración, otro por el concesionario y el tercero por los designados por cada parte. En un primer momento actúan como panel de conciliación y luego, por acuerdo de las partes, como tribunal de arbitraje.
- El arbitraje internacional, en su forma administrada o *ad-hoc*.²⁰⁰
- La decisión del órgano regulador del sector. Fundada la opción en la idea de independencia del regulador, aparece esta como una opción para solucionar conflictos entre la Administración delegante y el gestor privado. No obstante, tiene una evaluación negativa desde la perspectiva del inversionista.

¹⁹⁶ Cfr. BM, BAD y BID. *Asociaciones Público-Privadas. Guía de Referencia*, v. 2.0, Washington: Banco Mundial, 2004, pp. 164-166.

¹⁹⁷ Cfr. M. Kerf, R. David Gray, T. Irwin, C. Levesque, R. Taylor y M. Klein. *Concessions for Infrastructure: A Guide to Their Design and Award*. Washington: Banco Mundial, 1998, pp. 92-105. [World Bank Technical paper núm. 399].

¹⁹⁸ Cfr. Silvia Barona Vilar. «¿Qué y por qué la mediación?», en A. Ortega Giménez, M. E. Cobas Cobiella y S. Barona Vilar (coord.). *Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario: cuestiones de actualidad*, 2013, Madrid: Difusión Jurídica, pp.13-50.

¹⁹⁹ Ver A. Jadresic. *Expert Panels in Regulation of Infrastructure in Chile*. Washington: PPIAF, 2007. [Working Paper núm. 2]

²⁰⁰ [Uruguay] Ley APP uruguaya, art. 54 («Para la solución de los conflictos que surjan con motivo de la aplicación, interpretación, ejecución, cumplimiento y extinción de los contratos celebrados en el marco de la presente ley, las partes deberán recurrir al arbitraje.- Los árbitros serán designados de común acuerdo por las partes o, en su defecto, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 480 del Código General del Proceso y deberán fallar de acuerdo a derecho. El laudo del Tribunal Arbitral será inapelable»). Cfr. D. Martins. «Solución de controversias en los contratos PPP con especial referencia al arbitraje», en *Estudios de Derecho Administrativo*, núm. 6, 2012, pp. 425-436.

- El sistema judicial ordinario, como en España. En el modelo internacional es una opción no recomendada por estimarla lenta y, fundamentalmente, inadecuada por las exigencias técnicas que exige el trapiento de los contratos de gestión delegada.

Algunos países integran los mecanismos de manera escalonada. En los procedimientos escalonados de solución de controversias se suele iniciar con la comunicación con la que se da a conocer a la contraparte sobre la existencia de una controversia referida al contrato de gestión delegada, especificándola y, si así se lo prevé, justificándola documentalmente cuando ello es posible. Esta comunicación determina la fecha en que formalmente inicia la controversia y las fases de los mecanismos previstos para resolver la disputa.

2. Arbitraje internacional comercial y de inversiones: aspectos generales

El arbitraje está presente desde hace siglos. Es una forma privada de resolución de controversias que, de manera alternativa a la jurisdicción ordinaria, permite una adopción que puede ser impuesta a las partes que han consentido en someterse al mecanismo. Los medios alternativos de resolución de controversias y el arbitraje en concreto son instrumentos que se basan en el consentimiento de las partes que los vincula en cualquier caso en situaciones futuras.²⁰¹

La particularidad que ahora abordamos es que el consentimiento que puede brindar el Estado para someterse a la decisión de un panel de sujetos carentes de potestades públicas, supone habilitaciones específicas en el sistema jurídico que implican la renuncia de jurisdicción, ley aplicable e inmunidad. Por esta razón es un asunto de enorme sensibilidad para un país anfitrión de una inversión en el ámbito de las APP.²⁰² Los asuntos de Derecho público parecen convertirse en este espacio de discusión en problemas entre sujetos de Derecho privado ligados por una relación convencional de tipo comercial, con independencia del interés público al que está subordinada la Administración en el desarrollo de sus actividades, como órgano institucional de la comunidad.

¿Cuándo es usual adoptar el mecanismo? El arbitraje está presente en asuntos complejos, de cuantías altas y que implican relaciones transfronterizas.

Los objetivos principales al introducir como fórmula de arreglo de las diferencias entre las partes están relacionados con la ejecutabilidad de la decisión con la que se soluciona la controversia, la confidencialidad, la flexibilidad en el procedimiento, la neutralidad con relación a un específico sistema jurídico, la especialización de los árbitros y la continuidad de la relación.

La ejecutabilidad de la decisión depende del soporte que brinda la comunidad internacional para asumir la etapa en que laudos arbitrales deben aplicarse. La

²⁰¹ Al respecto, ver D. Arias Lozano. «El arbitraje internacional», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 29, 2013, pp. 1-16.

²⁰² Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, Nueva York, 10 de diciembre de 2014, con resolución 69/116 durante la sexagésima novena sesión de la Asamblea de las Naciones Unidas.

confidencialidad, aplicable especialmente en el ámbito comercial, permite mantener al margen del conocimiento público el contenido de las controversias entre partes. Se espera que la imagen de los litigantes no sea afectada. La flexibilidad implica la posibilidad de usar medios informales de relacionamiento entre las partes y el tribunal, una calendario acordado o determinado por el tribunal y en general procedimientos que están destinados a la solución del conflicto específico y atiende a su propia naturaleza. Naturalmente, la flexibilidad está limitada por la necesidad de que el pleito tenga una solución conclusiva.

Hay disputas que no pueden ser sometidas a arbitraje, por varias razones. En relación con los costes, los arbitrajes suponen importes altos en comparación con el litigio ordinario ante los tribunales. En los arbitrajes internacionales existe también mecanismos de financiación que se están extendiendo en el mundo. Se trata de fondos de inversión sobre riesgos litigiosos.

Otro criterio que se suele disputar es la agilidad del procedimiento. Este aspecto depende de la organización de la administración de justicia como referente de comparación, pero fundamentalmente de las materias que pueden ser objeto de disputa.

En lo que respecta a la negociación de las cláusulas, los aspectos más importantes se pueden resumir en lo siguiente:

El arbitraje puede ser *ad-hoc* o administrado institucionalmente. La administración y supervisión de un proceso arbitral lo suelen realizar entidades dedicadas a ello,²⁰³ por lo que su capacidad de gestión facilita la sustanciación del procedimiento; permite que los costes sean predecibles, pero suelen ser más altos. Los arbitrajes *ad-hoc* se desarrollan sin supervisión, ayuda o guía de ninguna entidad especializada. Las partes determinan el procedimiento que seguirán para la resolución de controversias, aunque existen estándares internacionales.²⁰⁴

Los laudos se pueden ejecutar en la sede del arbitraje o en otro sitio con base en el Convenio de Nueva York (1958).²⁰⁵ El art. III de la Convención de Nueva York obliga a los Estados que forman parte a reconocer la efectividad de los laudos para su ejecución en sus territorios. Además de la Convención de Nueva York, hay instrumentos internacionales d tipo regional como la Convención Interamericana de 1975²⁰⁶ o la Convención Europea de 1961.²⁰⁷

²⁰³ En el ámbito internacional, por ejemplo, el Centro Internacional de de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, la Corte Internacional de Arbitraje dela Cámara de Comercio Internacional. Ver, al respecto, R. Dañino Zapata. «El CIADI: 40 años después», en *Themis. Revista de Derecho*, núm. 53, 2007, pp. 143-147; R. Álvarez Avila. «Las características del arbitraje del CIADI», en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, núm. 2, 2002, pp. 206-229; Y. Pérez Pacheco. «Objeciones a la jurisdicción arbitral del CIADI», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, núm. 1, 2012, pp. 316-333; Fernando Mantilla-Serrano. «La Corte Internacional de Arbitraje de la CCI», en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, vol. 4, núm. 3, 1992, pp. 813-824.

²⁰⁴ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI.

²⁰⁵ *Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras*, Nueva York, 10 de junio de 1958, Serie de Tratados de las Naciones Unidas, vol. 330, núm. 4739, p. 3.

²⁰⁶ *Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional*, Panamá, de 30 de enero de 1975, Serie sobre Tratados, OEA, núm. 42.

²⁰⁷ *European Convention on International Commercial Arbitration*, Ginebra, 21 de abril de 1961, Serie de Tratados de las Naciones Unidas, vol. 484, p. 349.

En el caso de los contratos de gestión delegada, el arbitraje de inversiones²⁰⁸ usualmente está marcado por un Tratado de Protección de Inversiones («TBI»);²⁰⁹ Se trata de controversias entre el Estado anfitrión y un inversionista del otro Estado parte del TBI. De acuerdo con el TBI, el Estado debe al inversionista y a su inversión protección y un tratamiento definido por ciertos estándares usualmente descritos de modo amplio que dejan un espacio de discrecionalidad extenso para decisión de los árbitros: expropiación directa e indirecta, tratamiento justo y equitativo, cláusula paraguas, medidas discriminatorias o arbitrarias, nación más favorecida y tratamiento nacional o estado de necesidad como defensa.²¹⁰

Los sistemas jurídicos diseñados para favorecer flexibilidad en la organización de los proyectos de APP se ocupan de establecer, además de condiciones de estabilidad en los supuestos institucionales para la implementación del proyecto, un mecanismo de solución de controversias que se distancia de la jurisdicción ordinaria. Los medios alternativos de solución de controversias, especialmente con foros internacionales que regulen las decisiones de los tribunales, priman por sobre cualquier otro tipo de mecanismos de solución de los conflictos que puedan generarse en una relación de largo plazo con el Estado.

La falta de previsibilidad en las decisiones de carácter público, la falta de sofisticación de los jueces comunes y su propensión a ser presionados por las autoridades de otras funciones y la misma comunidad, la rigidez de los procesos judiciales, entre otras calificaciones se atribuyen a los sistemas judiciales en los países hispanoamericanos. Por otra parte, la usual propensión de los tribunales internacionales a encontrar en el derecho internacional y en formulaciones abstractas incluidas en instrumentos de protección de inversiones (*v. gr.*, «trato justo y equitativo»), hacen que el arbitraje internacional sea la opción preferida por promotores de gran tamaño y financiadores externos.

En el Ecuador, igual que en muchos de los sistemas jurídicos hispanoamericanos, se ha habilitado la posibilidad de pactar arbitraje internacional, una vez agotada la vía administrativa de reclamación. De modo que, en caso de que surjan controversias en la ejecución del contrato de gestión delegada, incluida la interpretación y validez de sus estipulaciones, la calificación de hechos o el incumplimiento de las obligaciones acordadas, se puede someter a arbitraje la solución de controversias.²¹¹ En el Ecuador cuando se espera pactar arbitraje se requiere el pronunciamiento previo del Procurador General del Estado, que lo autorice. Cuando el arbitraje pactado no sea *ad-hoc* o no

²⁰⁸ Cfr. Bernardo María Cremades Sanz-Pastor. «Arbitraje internacional: del arbitraje comercial internacional al arbitraje de protección de inversiones», en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, núm. 2007, 2007, pp. 13-22

²⁰⁹ Ver CIADI. *Investment Promotion and Protection Treaties. Chronological Index*. Nueva York: Oceana-Oxford University Press, 2016. Ecuador ha suscrito 20 TBI y España 68 TBI. Ecuador y España suscribieron entre sí un TBI el 26 de junio de 1996 y entró en vigencia el 18 de junio de 1997.

²¹⁰ Ver, por ejemplo, J. P. Bohoslavsky. *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas* (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento). Santiago de Chile: CEPAL, 2010, pp. 33 y siguientes.

²¹¹ [Ecuador] LIAPP, arts. 19 y 20. No obstante, la LIAPP introdujo varias reglas que hasta la fecha han complicado el panorama del arbitraje, que es el medio que usualmente se emplea para completar el régimen que, como regla general, busca otorgar seguridades a la inversión en los países hispanoamericanos.

administrado, las partes deberán someterse a un arbitraje administrado en uno de los centros de arbitraje ubicados en Latinoamérica. En los arbitrajes *ad-hoc* o no administrados, las partes podrán regularlo íntegramente en el contrato de gestión delegada o remitirse total o parcialmente a las reglas UNCITRAL.²¹² En cualquier caso, las estipulaciones para la designación de árbitros incluirán la necesidad de que el arbitraje sea en derecho. De acuerdo con la disposición general tercera del Reglamento de la LIAPP, las normas de procedimiento administrativo que debe ser agotado deben ser desarrollados por el Comité APP y en el respectivo contrato de APP. De este modo, se deja abierta su regulación, considerando los problemas interpretativos que propicia la regulación de rango legal.

3. Régimen de resolución de controversias en España y las limitaciones al arbitraje

En el sistema jurídico español, las controversias que surgen de la ejecución de los contratos públicos en general, y en particular de los contratos de concesión, se deben ventilar en bajo la ley y ante los Tribunales españoles.²¹³

(a) La vía administrativa: recurso especial en materia administrativa

El art. 44 de la LCSP determina la posibilidad de interponer un recurso especial en materia de contratación en vía administrativa²¹⁴ en el caso de contratos de concesión de obras o concesión de servicios celebrados por poderes adjudicadores —incluidas las Administraciones Públicas— cuando su valor estimado es superior 3 millones de euros.²¹⁵ En este caso —y para todo otro para el que se ha habilitado el recurso especial—, pueden ser objeto de impugnación:²¹⁶ (i) los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación; (ii) los actos de trámite del procedimiento cuando decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, impidan la continuación del procedimiento o generen indefensión o daño irreparable a derechos o intereses legítimos;²¹⁷ (iii) los

²¹² [NU] Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. *Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI*, Resolución 68/109, aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2013.

²¹³ La incorporación del arbitraje en un contrato público es una cuestión controvertida. La presencia del interés general hace dudable la viabilidad del arbitraje. Cfr. C. Ballesteros Panizo. «La cláusula arbitral en los contratos públicos en el derecho español: apertura, limitaciones y realidades», en J. Collantes González (coord.). *El convenio arbitral*. Lima: Asociación Iberoamericana de Derecho Privado y otros, 2019, pp. 75-100.

²¹⁴ No aplica el recurso especial en el caso de procedimientos de adjudicación que se den por trámite de emergencia. [España] LCSP, art. 44.4.

²¹⁵ [España] LCSP, art. 44.1.c). Ver sobre medidas cautelares, E. Díaz Bravo. «La tutela cautelar en el recurso especial en materia de contratación: análisis de jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía sobre suspensión del procedimiento», en J. M. Gimeno Feliú. *Observatorio de los contratos públicos*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 415-440.

²¹⁶ [España] LCSP, art. 44.2.

²¹⁷ La misma regla establece supuestos en los que se produce esta situación: «En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o

acuerdos de adjudicación; (iv) las modificaciones contractuales que supongan el incumplimiento de los casos autorizados en la misma LCSP²¹⁸ y se alega que debió realizarse una nueva adjudicación; (v) encargos a medios propios cuando no se cumplan los requisitos legales; y (vi) los acuerdos de rescate de concesiones.²¹⁹

En el ámbito estatal, la competencia para conocer los recursos especiales en materia administrativa está encomendada al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales²²⁰ y, en el nivel subnacional, le corresponde a las Comunidades Autónomas establecer, en ejercicio de sus potestades normativas, un órgano independiente que cumpla esta función o remitir la competencia, previo convenio, al órgano del nivel estatal.²²¹

(b) La vía judicial española en materia de contratos del sector público

El art. 27 de la LCSP determina reglas específicas, en función de la tipología de los contratos, sobre las materias sujetas al ámbito contencioso-administrativo²²² o al orden jurisdiccional civil.²²³

exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149». [España] LCSP, art. 44.2.b).

²¹⁸ [España] LCSP, arts. 204 y 205. Con respecto al art. 44.2.d) de la LCSP, ver J. Martínez Martínez. «Los modificados y recurso especial en materia de contratación, en *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas*, núm. 167, 2020, pp. 35-46.

²¹⁹ En los supuestos determinados en la LCSP no se pueden emplear los recursos administrativos ordinarios, pero en la medida en que no se cumplan con los requisitos de procedencia del recurso especial, cabe la interposición de los recursos administrativos ordinarios. En el caso de los poderes adjudicadores que no son Administración Pública, los recursos ordinarios se deben interponer ante el órgano público al que se adscribe el poder adjudicador o ejerce tutela sobre él. [España] LCSP, art. 44, apartados 5 y 6. En el caso de los contratos celebrados por entidades del sector público que no sean poderes adjudicadores, el art. 321.5 de la LCSP prevé la posibilidad de interponer recursos administrativos ordinarios, ante los órganos públicos a los que se adscriben estas entidades o los que ejercer tutela, con respecto a las actuaciones referidas a la preparación y adjudicación de los contratos.

²²⁰ [España] LCSP, art. 45.

²²¹ [España] LCSP, art. 46.

²²² De acuerdo con el apartado 1 del art. 27 de la LCSP, están sujetos a la jurisdicción contencioso-administrativa: (a) las controversias sobre la preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción de los contratos administrativos; (b) los litigios sobre la preparación y adjudicación de los contratos privados de las Administraciones Públicas; (c) las controversias los contratos calificados como privados celebrados por las Administraciones públicas como excepción (art. 25.1.a) de la LCSP) sujetos a regulación armonizada o que se refieran a la impugnación de modificaciones basadas en el incumplimiento de los supuestos de modificación regulados en la LCSP (arts. 204 y 205); (d) toda controversia en contratos celebrados por poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas, referida a la preparación, adjudicación y modificaciones contractuales (en el mismo supuesto señalado en la letra precedente); (e) las controversias referidas a la preparación y adjudicación de contratos celebrados por entidades que no son poderes adjudicadores; (f) los recursos contra las resoluciones adoptadas en vía administrativa (arts. 44 y 321.5 de la LCSP); (g) las controversias relacionadas con la preparación, adjudicación y modificación de los contratos subvencionados; y, (h) las controversias referidas al ejercicio de actuaciones administrativas a cargo de la Administración concedente vinculadas con la financiación privada, por ejemplo, está sujeta a la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 27.2.c) de la LCSP).

²²³ Son materias sujetas a los jueces civiles: (a) las controversias de contratos privados acerca de sus efectos y extinción en contratos celebrados con poderes adjudicadores, salvo que se trate de ciertas modificaciones; (b) las controversias en contratos celebrados por entidades que no sean poderes

Además, entre las reglas generales acerca de la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas, se ha previsto que, como parte de los documentos relativos a la acreditación de los requisitos previos, las empresas extranjeras con respecto a contratos que deben ser ejecutados en el territorio español «deberán aportar una declaración de sometimiento a la jurisdicción de los juzgados y tribunales españoles de cualquier orden, para todas las incidencias que de modo directo o indirecto pudieran surgir del contrato, con renuncia, en su caso, al fuero jurisdiccional extranjero que pudiera corresponder al licitante».²²⁴ Se puede observar que incluso cuando se contrata en el extranjero con una empresa española, el sistema jurídico español determina de modo general que en el contrato debe constar que las controversias derivadas de tal contrato está sujeto a los Tribunales españoles.²²⁵ En los contratos celebrados fuera del país con empresas extranjeras, existe la obligación de procurar la misma jurisdicción para la resolución de controversias y, solamente cuando ello no es posible, es posible acudir al sistema de arbitraje.²²⁶

Es evidente que, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito hispanoamericano, las prácticas adoptadas en el modelo internacional no han sido recogidas en España. Esto se explica, como lo he apuntado previamente, en la desconfianza en las instituciones de los países receptores de inversión y la escasa coordinación (o incluso competencia) en las decisiones de carácter regional.

F. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y EL CICLO DEL PROYECTO DE APP

1. Introducción

El procedimiento administrativo al que se somete un proyecto público, y un proyecto APP en particular, puede ser observado con distintos enfoques. Además del jurídico, se puede hacer su análisis desde el punto de vista (i) del desarrollo del proyecto, (ii) del estado y objetivo de su evaluación o (iii) tomando como elemento central la inversión. Cada punto de vista explica un conjunto de actividades y tareas comunes que se realizan durante el ciclo del proyecto que se divide por hitos.

Con la perspectiva del desarrollo del proyecto, todo proyecto se desarrolla desde su planificación y estructuración, pasa por su implementación, hasta su cierre. En lo que corresponde a la planificación y estructuración del proyecto, se parte de una idea de solución, se sigue con una definición y formulación preliminar hasta alcanzar el detalle del proyecto. En este proceso, se selecciona la modalidad de gestión del proyecto. Así

adjudicadores, relativas a sus efectos y extinción; (c) las controversias acerca de la financiación privada del contrato de concesión de obra pública o de concesión de servicios, salvo cuando el litigio se refiera a actuaciones en ejercicio de las obligaciones y potestades administrativas. [España] LCSP, art. 27.2.

²²⁴ [España] LCSP, art. 140.1.f). Con relación a los requisitos previos previstos en esta disposición, se puede en P. Sardina Cámara. «¿Quién debe examinar la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos a que se refiere el artículo 140 de la LCSP?», en *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 166, 2020, pp. 11-12.

²²⁵ [España] LCSP, disposición adicional primera, apartado 2.

²²⁶ [España] LCSP, disposición adicional primera, apartado 3. En contratos celebrados en el extranjero con empresas extranjeras es posible transigir con autorización del Consejo de Ministros y, en su caso, con la otorgada por el órgano competente de las Comunidades Autónomas o las entidades locales.

especificado el proyecto y su modalidad de gestión, se implementa hasta alcanzar los objetivos previstos, momento en que se cierra.

Por el estado y objetivo de evaluación, los proyectos están sujetos a una evaluación *ex-ante*, a través de los estudios de prefactibilidad y factibilidad, con el objeto de que, de manera progresiva, se llegue a establecer su viabilidad. Un proyecto viable se puede implementar y, durante esta etapa, se mide y supervisa constantemente su ejecución hasta su terminación. El proyecto concluido debe ser sometido a una evaluación *ex-post* que está dirigida a la mejora continua, es decir, a corregir los desvíos experimentados para ajustar el proceso en casos futuros.

La misma evolución se puede verificar si se concentra la atención en la inversión. En efecto, el desarrollo de todas las actividades y tareas necesarias para adoptar una decisión de inversión, corresponden a la etapa de preinversión. En esta etapa se realizan los estudios de prefactibilidad y factibilidad del proyecto, se selecciona la modalidad de gestión, se evalúa su viabilidad y se instrumenta la delegación luego de un proceso abierto y competitivo. Cuando el proyecto se implementa o el contrato se ejecuta, según su alcance, se da paso a la etapa de inversión a la que le sigue la de operación. Una inversión concluye cuando el proyecto se cierra.

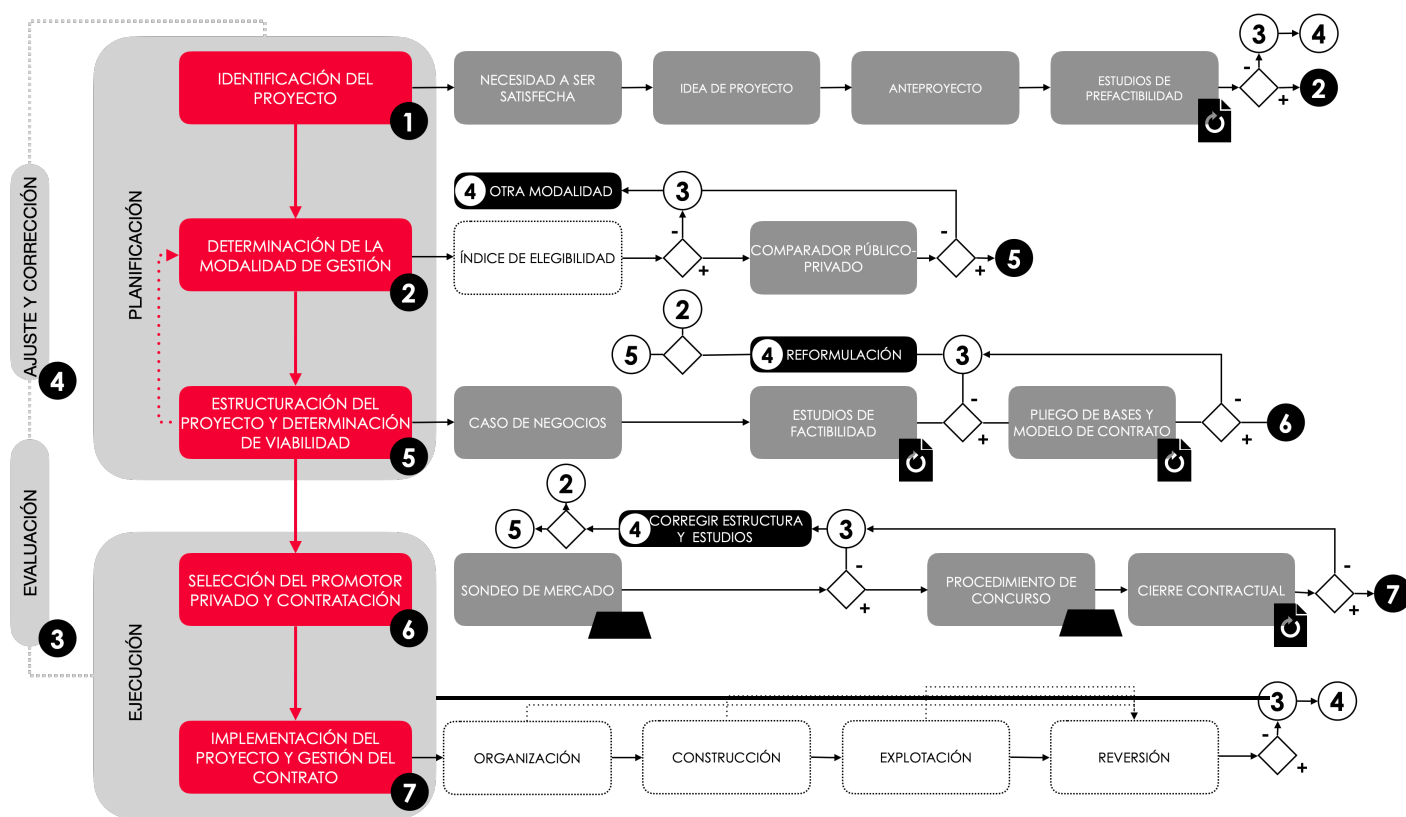
Desde la perspectiva jurídica el procedimiento administrativo aplicado a un proyecto APP se desarrolla en las etapas de preparación o precontractual, de contratación o instrumentación de la delegación de gestión, de ejecución del contrato APP y de terminación de la relación jurídica.

La gráfica 2.4, «Ciclo del proyecto público y la modalidad de gestión APP», muestra la relación que existe entre las actividades que se desarrollan en las etapas del ciclo del proyecto desde las distintas perspectivas a las que me he referido.

En este capítulo desarrollo las actividades y tareas típicas que se han previsto en los sistemas jurídicos, a partir de la determinación de las etapas del procedimiento administrativo, marcando sus límites a través de los hitos más importantes que son comunes al modelo hispano. Lo que nos alienta es fijar los momentos en los que hay un análisis de conveniencia del modelo de APP y sus límites dentro del procedimiento administrativo.

Conviene advertir que la división del ciclo del proyecto APP por etapas o fases es común en la literatura, aunque se lo hace con distintos propósitos. Se ha tomado como referencia las propuestas del Banco Europeo de Inversiones y la del Banco Interamericano de Desarrollo, por su influencia en los sistemas jurídicos de referencia.

Aunque existen diferencias en los planteamientos, el modelo internacional y los sistemas jurídicos de referencia son similares en sustancia. Las diferencias más importantes tienen que ver con los hitos que funcionan como autorizaciones para proceder en el desarrollo de cada etapa, actividad o tarea.

Gráfico 2.4: Ciclo del proyecto público y la modalidad de gestión APP

Nota: El proceso más general corresponde al ciclo de Demming planificar, ejecutar, evaluar y ajustar. Se repite en cada etapa y subetapa del ciclo del proyecto público.

Fuente: elaboración propia

2. Etapa de preparación o precontractual

(a) Comparador público-privado y el valor por dinero como criterio de evaluación de la conveniencia de la modalidad de APP

Hay quien considera que la técnica del comprador público-privado —de origen inglés—²²⁷ facilita una decisión adecuadamente justificada para la selección de la modalidad APP para la implementación de un proyecto público.²²⁸

Para la determinación del valor por dinero, en el ámbito de las prácticas angloamericanas, se utilizan dos herramientas que permiten determinar el flujo de

²²⁷ Cfr. [Reino Unido] HM Treasury. Taskforce Private Finance. *How to Construct a Public Sector Comparator*. Londres: HM Treasury, 1999.

²²⁸ Cfr. G. Allard y A. Trabant. *La tercera vía: en la frontera entre público y privado. Public-Private Partnerships*. Madrid: Centro PwC & ie del Sector Público, 2006, pp. 70 y ss.

recursos financieros para las dos modalidades de implementación de un proyecto público: (i) OBC (*outline business case*) y el (i) PSC (*public sector comparator*).

El objeto del OBC es revisar y, cuando sea necesario, reelaborar los supuestos y el análisis del SOC (*strategic outline case*) para identificar la solución preferida que optimice la relación calidad-precio entre las opciones disponibles para alcanzar los objetivos estratégicos.²²⁹ Con el OBC se fija la estrategia comercial —incluidos los contratos requeridos— que justifica la viabilidad del proyecto desde la perspectiva de la factibilidad de la adquisición de bienes y servicios necesarios para la implementación del proyecto. Con el OBC se determinan los flujos anuales originados en la Administración pública por los servicios provistos durante la fase de explotación del proyecto.²³⁰

Con el PSC se simulan los gastos en los que incurriría la Administración pública en las fases de construcción y explotación de un proyecto público, sin trasladar al contratista más riesgos que lo que se derivan de la ejecución de un contrato de corto plazo. Para la comparación, se parte de los mismos gastos de implementación de los componentes del proyecto para las modalidades directa e indirecta. Fijada la base de comparación, se realizan los ajustes derivados de cada modalidad de implementación. Primero, se añade los sobrecostos estimados para la Administración pública que eventualmente se originen en la modalidad directa ajustados por su probabilidad de ocurrencia. Por ejemplo, por defectos en los estudios de detalle que deben ser ejecutados por el contratista. Segundo, se agregan los gastos de la explotación considerando su desarrollo en el tiempo y los ajustes de precios. En la modalidad indirecta de gestión del proyecto, no es ordinario que exista un precio para cada contrato requerido que pueda ser fijo o predecible en una relación de largo plazo. Por el lado de la modalidad indirecta, a los gastos de base de la fase de construcción y el plan financiero que refleja los gastos de explotación, se agregan las primas implícitas de la modalidad de gestión indirecta. Lo que representan estas primas son los riesgos asumidos por el gestor privado en una relación a largo plazo y las condiciones de financiación y coste de capital propio de los promotores o inversionistas.

Se dice que la modalidad de gestión indirecta es preferible a la de gestión directa, esto es genera mayor «valor por dinero», si los gastos en los que incurría la Administración pública en la modalidad de gestión directa, ajustados por el riesgo, son mayores a los que corresponderían al plan financiero ejecutado por un gestor privado, incluidos los costes y gastos originados en las primas de riesgo privado, costes y gastos financieros.

Debe notarse que, en realidad, el plan financiero de base no es el mismo para las dos modalidades por efecto del tratamiento tributario asociado a la modalidad de gestión escogida.

En suma, el comprador público-privado busca la comparación entre las posibilidades que ofrece un gestor privado frente al desarrollo del proyecto a través de la gestión directa, a partir de la identificación y cuantificación de los costes explícitos e implícitos de la provisión del servicio público en una u otra modalidad. La modalidad

²²⁹ [Reino Unido] HM Treasury. Guide to developing the project business case. Better business cases: for better outcomes. HM Treasury, 2018, [consulta: 13/02/2019]. Disponible: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/749086/Project_Business_Case_2018.pdf

²³⁰ Por ejemplo, como pagos por disponibilidad.

más eficiente, en términos cuantitativos, se dice produce mayor valor por dinero. Por esta razón se hace referencia al comprador público-privado como evaluación de valor por dinero.

En teoría, el comprador público-privado considera no solamente los gastos de aprovisionamiento del servicio mismo, sino también aquellos que teóricamente se trasladan al gestor privado por efecto de la modalidad de gestión del proyecto. Muchos proyectos únicamente alcanzan una buena relación calidad-precio debido a la transferencia de riesgos. El problema está en que los procesos de evaluación de riesgos no necesariamente se basan en evidencia.²³¹

Es un hecho que el comprador público-privado se ha extendido en los sistemas jurídicos hispanoamericanos como la herramienta básica empleada ordinariamente en la etapa de preparación del proyecto para seleccionar la modalidad de gestión que será utilizada. Un estudio comparador público-privado típico incluye una descripción del proyecto, la estimación de los costes y gasto de aprovisionamiento del servicio, incluyendo la inversión y los costes operativos, los ingresos de terceros, el tratamiento cuantitativo de los activos en la etapa de reversión, la matriz de riesgos cuantificada, los flujos de caja descontados y el valor presente neto para los costes del proyecto.²³²

De acuerdo con Heald,²³³ en el análisis de valor por dinero se requiere considerar el riesgo total y no solamente el riesgo compartido.²³⁴ De este modo el mejor valor por dinero exige la consideración del conjunto de alternativas posibles y no un subconjunto disminuido que permite justificar una decisión predeterminada.

El análisis de valor por dinero exige, pues, transparencia. Se la obtiene haciendo explícitos los criterios de comparación empleados.²³⁵

La literatura especializada en modelos de evaluación de proyectos se ha ocupado de producir marcos confiables para alcanzar conclusiones acerca de la modalidad gestión que debería emplearse para el desarrollo de un proyecto público. Por ejemplo, MacDonald, Walker y Moussa presentaron un marco —a través de un panel Delphi— para desarrollar un análisis de valor por dinero, para demostrar que es posible llegar a una conclusión valiosa sobre la relación precio-calidad en un proyecto APP.²³⁶

²³¹ Ball, Heafey y King muestran la importancia de la transferencia de riesgos en las APP y su relevancia en el objetivo de generar valor por dinero en este tipo de modalidad de gestión. Cfr. R. Ball, M. Heafey y D. King. «Risk transfer and value for money in PFI projects», en *Public Management Review*, vol. 5, núm. 2, 2003, pp. 279-290. C. Lonsdale. «Post-contractual lock-in and the UK Private Finance Initiative (PFI): the cases of national savings and investments and the Lord Chancellor's Department», en *Public Administration*, vol. 83, 2005, pp. 67-88. El autor concluye que lo relevante no es que se pueda trasladar el riesgo, sino cuando.

²³² Cfr. G. Allard y A. Trabant. *La tercera vía: en la frontera entre público y privado. Public-Private Partnerships*. Madrid: Centro PwC & ie del Sector Público, 2006, p. 71.

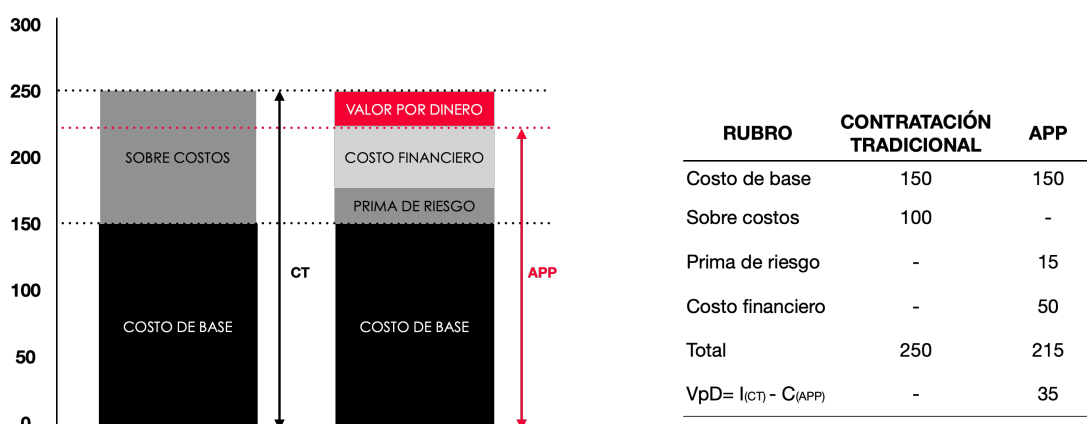
²³³ Cfr. D. Heald. «Value for money tests and accounting treatment in PFI schemes», en *Accounting, Auditing & Accountability Journal*, vol. 16, 2003, pp. 342-371.

²³⁴ Este último es el enfoque empleado incluso para el tratamiento contable del proyecto.

²³⁵ Cfr. D. Heald. «Value for money tests and accounting treatment in PFI schemes», en *Accounting, Auditing & Accountability Journal*, vol. 16, 2003, pp. 342-371.

²³⁶ Cfr. C. MacDonald, D. Walker y N. Moussa. «Towards a project alliance value for money framework», en *Facilities*, vol. 31, núm. 5/6, 2013, pp. 279-309

Gráfico 4.1: Esquema básico del comparador público-privado



Para la determinación del valor por dinero, se asume que la transferencia de ciertos riesgos al gestor privado supone un ahorro de sobre costos derivados de la gestión directa del proyecto, de modo tal que el incremento de costes derivados del coste financiero incrementado cuando interviene en la gestión privada y la rentabilidad empresarial son menores que estos sobre costos.

Fuente: Deloitte S.L. La contratación de infraestructuras mediante APPs. Una herramienta de estímulo económico eficiente. Madrid: Deloitte, 2009, p. 10.

(b) La fase preparatoria de los contratos de concesión en España

(i) Estudio de viabilidad y estudio de viabilidad económico-financiera

Para adoptar la decisión acerca de la implementación de un proyecto en la modalidad de APP, a través del contrato de concesión, le corresponde a la Administración española realizar un estudio de viabilidad.²³⁷ En general, el estudio de viabilidad al que se refiere el sistema jurídico español corresponde a las fases adelantadas en el proceso de planificación de la inversión pública en los países hispanoamericanos.

En efecto, el estudio de viabilidad del proyecto debe contener, por lo menos, el detalle de los siguientes aspectos:²³⁸

- La determinación del objetivo perseguido y las razones para emprender la obra, junto con su descripción en los aspectos esenciales.
- La incidencia económica y social de las obras en su área de influencia.
- Valoración de los datos e informes existentes que hagan referencia al planeamiento sectorial, territorial o urbanístico.

²³⁷ [España] LCSP, art. 247.

²³⁸ [España] LCSP, art. 247.2. Los requisitos se presentan en el orden que estimo se ajusta más a la formulación definitiva de un proyecto de inversión pública en el que se ha estimado la conveniencia del uso de la modalidad de APP.

- La justificación de la solución elegida, entre las alternativas consideradas. Para el caso de infraestructura vial o lineal, las características del trazado.
- Estudio de impacto ambiental en los casos en que ello sea requerido legalmente o, en los demás casos, un análisis ambiental de las alternativas y las correspondientes medidas correctoras y protectoras necesarias.
- El estudio de seguridad y salud en obras de construcción.
- La identificación, valoración y gestión de los riesgos operativos y tecnológicos en la construcción y explotación de las obras.
- Un estudio de demanda de uso.
- El estudio de conveniencia de la modalidad elegida, por sus ventajas cuantitativas y cualitativas.
- Los indicadores de cumplimiento de los objetivos del proyecto a ser concesionado, en términos de calidad.
- Existencia de ayudas de Estado y compatibilidad con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
- El análisis de impacto de la modalidad con respecto a la estabilidad presupuestaria.²³⁹ Esta previsión se conecta con el informe preceptivo y vinculante que, en el ámbito estatal, le corresponde al Ministerio de Hacienda y Función Pública antes de la aprobación del expediente de contratación y, en cualquier caso, antes de la celebración del contrato.²⁴⁰
- Los costes de la inversión y el sistema de financiación y su justificación.
- El valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario, a efectos de la evaluación del riesgo operacional, así como los criterios que sean precisos para valorar la tasa de descuento.
- El análisis de la rentabilidad de la concesión.
- La estructura administrativa para gestionar la relación.

Cuando se cuenta con el estudio de viabilidad del proyecto de APP, éste se somete al trámite de información pública por un mes que puede ser prorrogado por igual tiempo. El trámite de información pública es útil también para el estudio de impacto ambiental cuando este es preceptivo.²⁴¹ Cuando la obra no figura en el correspondiente planeamiento urbanístico se somete, además, a consideración de los órganos de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y Entidades Locales afectados para que informes dentro del plazo de un mes.

En caso de que se considere motivadamente que el proyecto, en razón de su naturaleza o cuantía de la inversión, no requiere un estudio de viabilidad, éste puede ser sustituido por uno limitado a la viabilidad económico-financiera.²⁴² Para este propósito se requiere un anteproyecto o proyecto para satisfacer el trámite de información pública y obtener los informes de los órganos competentes de la administración estatal o territorial.

²³⁹ Las letras (c), (d) y (e) se incluyen en la letra b) del apartado 2 del art. 247 de la LCSP.

²⁴⁰ [España] LCSP, art. 285.2

²⁴¹ [España] LCSP, art. 247, apartados 3 y 4.

²⁴² [España] LCSP, art. 247.6.

La Administración concedente debe aprobar el estudio de viabilidad o sustituirlo por el de viabilidad económico-financiera y luego publicar en el perfil del contratante sus decisiones.²⁴³

En el caso de los contratos de concesión de servicios, también es necesario un estudio de viabilidad o, en su caso el estudio de viabilidad económico-financiera, del mismo modo que en el caso de la concesión de obras. No obstante, estos estudios son vinculante en los supuestos en que se concluya en que el proyecto es inviable.²⁴⁴

(ii) *Anteproyecto constructivo y de explotación*

Cuando el estudio de viabilidad se encuentra aprobado, en función de la complejidad de las obras u el grado de definición de sus características, se procede con la preparación del anteproyecto de construcción y de explotación de obras.²⁴⁵ En este marco, es posible contemplar zonas complementarias de explotación comercial. Debe notarse que el aspecto más importante que se debe considerar con respecto al anteproyecto constructivo y de explotación de la obra es el tipo de riesgo que la Administración concedente retiene en relación con el nivel de profundidad y detalle de la solución que debe ser implementada con el proyecto de APP.

El anteproyecto debe contener como mínimo lo siguiente:²⁴⁶

- Una memoria en la que se expondrán las necesidades a satisfacer, los factores sociales, técnicos, económicos, medioambientales y administrativos considerados para atender el objetivo fijado y la justificación de la solución que se propone. La memoria se acompañará de los datos y cálculos básicos correspondientes.
- Los planos de situación generales y de conjunto necesarios para la definición de las obras.
- Un presupuesto que comprenda los gastos de ejecución de las obras, incluido el coste de las expropiaciones que hubiese que llevar a cabo, partiendo de las correspondientes mediciones aproximadas y valoraciones. Para el cálculo del coste de las expropiaciones se tendrá en cuenta el sistema legal de valoraciones vigente.
- Un estudio relativo al régimen de utilización y explotación de las obras, con indicación de su forma de financiación y del régimen tarifario que regirá en la concesión, incluyendo, en su caso, la incidencia o contribución en estas de los rendimientos que pudieran corresponder a la zona de explotación comercial.

Nótese que el anteproyecto contiene, en una buena parte, la información prevista para el estudio de viabilidad en la concesión de obras.

El anteproyecto también se somete al trámite de información pública con las mismas previsiones temporales y de uso (es útil también para cumplimentar la declaración de impacto ambiental, cuando no se lo ha hecho previamente) aplicadas para el estudio de viabilidad.

²⁴³ [España] LCSP, art. 247.7.

²⁴⁴ [España] LCSP, art. 285.2. En el caso de los contratos de concesión de servicios se pone énfasis en que el estudio de viabilidad se debe dejar constancia de la compatibilidad de las ayudas de Estado con el régimen del Tratado de la Unión Europea.

²⁴⁵ [España] LCSP, art. 248.1.

²⁴⁶ [España] LCSP, art. 248.2.

La Administración concedente aprueba el anteproyecto, tomando en consideración las observaciones y alegaciones planteadas en el trámite de información pública y desinformes. Además, con el anteproyecto aprobado se puede instar la declaratoria de utilidad pública de la obra como base para el trámite de expropiación forzosa cuando es pertinente.²⁴⁷

El contenido mínimo determinado en el sistema jurídico español para el anteproyecto constructivo y de explotación debe ser considerado, teniendo como referencia práctica que, en el pliego, se deberá determinar que el concesionario puede hacer suyo el contenido de los documentos que integran el anteproyecto o efectuar las variaciones que estime adecuadas, cuando el riesgo de diseño se le traslada, según el modelo internacional. En España, las variaciones del anteproyecto están autorizadas cuando el pliego así lo dispone.²⁴⁸

En el caso de los contratos de concesión de servicios también es posible que exista la necesidad de ejecutar obras.²⁴⁹ En tal caso, del mismo modo que en los contratos de concesión de obras es necesaria la elaboración y aprobación del anteproyecto de construcción y explotación de las obras, con la determinación de las especificaciones técnicas relativas a su realización.²⁵⁰

(iii) *Proyecto de obras y su replanteo*

La información del anteproyecto indica el riesgo que asume la Administración concedente con respecto a los resultados del proyecto, cuando a través del pliego no ha habilitado la posibilidad de que el interesado realice las variaciones o mejoras que estime adecuadas para satisfacer los indicadores del cumplimiento de objetivos del proyecto que se le encomienda. El proyecto de obras representa el grado máximo de la retención del riesgo, si es que no se procede con la misma habilitación.

En efecto, cuando las obras están completamente definidas por parte de la Administración, procede la producción y aprobación del proyecto de obras. El proyecto de obras es también útil para la aplicación del régimen de expropiaciones.²⁵¹

Conviene recordar que el anteproyecto se lo prepara en función de la complejidad y el grado de definición de las características de la obra. En tales circunstancias, existe la posibilidad de que no haya un anteproyecto. En tal caso, el proyecto de obras es el que se somete al trámite de información pública y al de obtención de informes de los órganos estatales y territoriales afectados, para obtener las observaciones y alegaciones que le permitan a la Administración concedente adoptar sus decisiones.²⁵²

Como en el caso del anteproyecto, si se lo prevé en los pliegos, el proyecto de obras también puede ser objeto de mejoras por parte de los licitadores. Este sería el

²⁴⁷ [España] LCSP, art. 248.3.

²⁴⁸ [España] LCSP, art. 248.5.

²⁴⁹ Esta habilitación resulta problemática cuando se busca hacer una diferenciación entre el contrato de concesión de obras y el contrato de concesión de servicios cuando entre las prestaciones se contempla la necesidad de ejecutar una obra.

²⁵⁰ [España] LCSP, art. 285.2.

²⁵¹ [España] LCSP, art. 249.1.

²⁵² [España] LCSP, art. 249.2.

mecanismo para mitigar el nivel de riesgo retenido en materia de diseño, porque el concesionario es responsable por el proyecto de obras o las mejoras introducidas.²⁵³

Del mismo modo, en el caso de los contratos de concesión de servicios que incluyan obras, además del anteproyecto constructivo y de explotación de las obras, es necesario que conste el proyecto de obras.²⁵⁴

(iv) *Pliego de cláusulas administrativas generales y particulares*

Le corresponde al Consejo de Ministros, previo dictamen del Consejo de Estado, aprobar el pliego de cláusulas administrativas generales. Estas se deben ajustar a las prescripciones de la LCSP y normas secundarias para que sean empleadas en el ámbito estatal. La misma atribución tienen asignadas las Comunidades Autónomas y los Entes Locales, siempre con el informe previo del Consejo de Estado o su equivalente en el ámbito de las Comunidades Autónomas.²⁵⁵

Con la denominación de «pliego de cláusulas administrativas particulares», el art. 250 de la LCSP determina el contenido mínimo de los documentos con los que se provee la información a los interesados en el procedimiento de adjudicación para presentar sus ofertas. De entre tales requisitos, conviene resaltar:

- La descripción del objeto del contrato. Para este propósito se hace referencia al anteproyecto o proyecto de obra.
- Los requisitos de capacidad y solvencia financiera, económica y técnica que sean exigibles a los interesados.
- El contenido de las ofertas, que incluirá el plan económico-financiero de la concesión que incluirá, entre los aspectos que le son propios, el sistema de tarifas, la inversión y los costes de explotación, la tasa interna de rentabilidad o retorno estimada, y las obligaciones de pago y gastos financieros, directos o indirectos, estimados. Deberá ser objeto de consideración específica la incidencia en las tarifas, así como en las previsiones de amortización, en el plazo concesional y en otras variables de la concesión previstas en el pliego, en su caso, de los rendimientos de la demanda de utilización de las obras y, cuando exista, de los beneficios derivados de la explotación de la zona comercial, cuando no alcancen o cuando superen los niveles mínimo y máximo, respectivamente, que se consideren en la oferta. En cualquier caso, si los rendimientos de la zona comercial no superan el umbral mínimo fijado en el pliego de cláusulas administrativas, dichos rendimientos no podrán considerarse a los efectos de la revisión de los elementos señalados anteriormente.
- Compromiso de que la sociedad concesionaria adoptará el modelo de contabilidad que establezca el pliego.

²⁵³ [España] LCSP, art. 249, apartados 3 y 4. En este último apartado aparece un texto que indica que el proyecto de obras puede ser requerido en el pliego a los interesados, por lo que no parece constituir un requisito del procedimiento preparatorio. En efecto, en el texto se lee «El concesionario responderá de los daños derivados de los defectos del proyecto cuando, según los términos de la concesión, le corresponda su presentación o haya introducido mejoras en el propuesto por la Administración».

²⁵⁴ [España] LCSP, art. 285.2.

²⁵⁵ [España] LCSP, art. 121.

- Sistema de retribución del concesionario en el que se incluirán las opciones posibles sobre las que deberá versar la oferta, así como, en su caso, las fórmulas de actualización de costes durante la explotación de la obra, con referencia obligada a su repercusión en las correspondientes tarifas en función del objeto de la concesión.
- El umbral mínimo de beneficios derivados de la explotación de la zona comercial por debajo del cual no podrá incidirse en los elementos económicos de la concesión, quedando el mismo a riesgo del concesionario.
- Cuantía y forma de las garantías.
- Derechos y obligaciones específicas de las partes durante la fase de ejecución de las obras y durante su explotación.
- Régimen de penalidades y supuestos que puedan dar lugar al secuestro o intervención de la concesión.
- Distribución entre la Administración y el concesionario de los riesgos relevantes en función de las características del contrato, si bien en todo caso el riesgo operacional le corresponderá al contratista.

De acuerdo con el apartado 2 del art. 250 de la LCSP, es una opción del órgano de contratación la inclusión de una fase de aclaraciones en el procedimiento de adjudicación. Si así se lo prevé en el pliego, las respuestas ofrecidas por el órgano contratante deben hacerse públicas y tienen carácter vinculante. El plazo que se ha de establecer, si se admite la fase, es el mismo que para el régimen general de acceso a la información por parte de los interesados.²⁵⁶

En el caso de los contratos de concesión de servicios, el pliego de cláusulas administrativas particulares debe contener, especialmente:²⁵⁷

- Las condiciones de prestación del servicio.
- En el caso que corresponda, fijarán las tarifas que hubieren de abonar los usuarios, los procedimientos para su revisión, y el canon o participación que hubiera de satisfacerse a la Administración.
- Al margen del traslado del riesgo operacional al gestor privado que califica el tipo de contrato, el pliego debe regular la distribución de riesgos entre la Administración y el concesionario en función de las características particulares del servicio.
- En los casos en que la concesión de servicios se refiera a servicios públicos, lo establecido en el presente apartado se realizará de acuerdo con las normas reguladoras del régimen jurídico del servicio a que se refiere el artículo 284.2.

²⁵⁶ [España] LCSP, art. 138.2. Los casos previstos son: (a) Cuando se den circunstancias técnicas que lo impidan (disposición adicional decimoquinta de la LCSP); (b) por razones de confidencialidad (art. 133 de la LCSP); y (c) en el caso de las concesiones de obras y de servicios, por motivos de seguridad excepcionales.

²⁵⁷ [España] LCSP, art. 285.1.

(c) Planificación y estructuración de proyectos públicos y selección de la modalidad de gestión en Ecuador

(i) Definición y formulación preliminar del proyecto

Como todo proyecto público, uno de APP inicia con la definición y formulación inicial del proyecto y su evaluación preliminar. Bajo la denominación de «fase de planificación y selección de proyectos», el marco regulatorio ecuatoriano establece una etapa en el procedimiento administrativo que con estas actividades iniciales concluye con la inclusión del proyecto en la planificación material y financiera pública.²⁵⁸

Siempre ajustándose a los requerimientos técnicos fijados por el Comité APP, la fase de planificación y selección de proyectos está destinada a cumplir con los siguientes objetivos y actividades:

- A partir de una idea de solución para un problema socialmente relevante, se prepara un perfil de proyecto y los estudios a nivel de prefactibilidad en los ámbitos técnico, ambiental, económico y legal. El perfil de proyecto es, en principio, igual que cualquier otro con independencia de la modalidad de gestión que se considere emplear.
- Uno de los componentes del perfil de un proyecto de APP es la descripción de la modalidad de gestión. En este contexto, en esta fase se debe preparar el análisis de conveniencia de la modalidad de APP.
- Cuando el proyecto público es de un órgano de la Administración Pública Central, el plan financiero inicial debe incluir la información que se requiera, de acuerdo con la norma técnica expedida por el órgano rector de las finanzas públicas, para proceder con la evaluación preliminar de sostenibilidad y riesgos fiscales.
- Si el proyecto tiene efectos en el presupuesto público, se incorporará en los instrumentos de planificación material y financiera. Para el caso de la Administración Pública Central, esto significa que se agregará en el Plan Anual de Inversiones («PAI») y el PGE. Lo mismo ocurrirá, pero en los instrumentos que corresponden al nivel territorial respectivo, cuando el proyecto público sea de un gobierno subnacional.
- Los proyectos autosostenibles y también los proyectos cofinanciados (*i. e.*, los que tienen efecto presupuestario) de la Administración Pública Central, se incorporarán en el Programa de Proyectos APP.

Concluirá la fase, teniendo como hito de control la decisión del Comité APP de incorporar el proyecto en el Programa de Proyectos APP, si es que no se considera necesario para asegurar la viabilidad del proyecto la obtención de beneficios tributarios específicos. De lo contrario, la entidad delegante deberá identificar los beneficios tributarios que se requiere aplicar al proyecto, incluyéndolos en los documentos del proyecto, y solicitar al Comité APP su concesión total o parcial. Si este es el caso, durante la fase de planificación y selección de proyectos se obtendrá la resolución del Comité APP con respecto a este requerimiento.

²⁵⁸ [Ecuador] Reglamento de la LIAPP, art. 46.

En el sistema ecuatoriano, la Administración delegante está a cargo de la definición y formulación preliminar del proyecto y, con ocasión de ello, del desarrollo de los estudios de prefactibilidad, como parte de la evaluación *ex-ante* del proyecto.²⁵⁹ Lo más importante en esta proposición es que un proyecto de APP es ante todo un proyecto público, por lo que las actividades que se requieren en esta fase del procedimiento son idénticas a las que se desarrollarían en cualquier proyecto en el que la Administración decide intervenir en ejercicio las competencias que tiene atribuidas. Se necesita adoptar una solución para un problema de la comunidad de entre las alternativas posibles y, para su implementación, se requiere seleccionar la modalidad de gestión.

En lo que corresponde a la identificación y formulación preliminar del proyecto, el régimen ecuatoriano exige que para alcanzar este subproducto se ejecuten varias actividades mínimas que deberán estar reflejadas en los documentos del proyecto. Es usual partir de un árbol de problemas para pasar a la determinación de los objetivos a ser satisfechos. Esto significa que se ha de describir el problema, especialmente en lo que respecta a su causas y efectos; a partir de la situación negativa observada se busca anticipar el punto de llegada como un objetivo de actuación. Identificados la línea de base y el horizonte, es posible pasar a la determinación de las posibilidades de acción — las soluciones potenciales— que permitirían superar tal situación inicial y alcanzar la propuesta. El éxito de las acciones a ser implementadas se mide asignando al objetivo indicadores y metas que se constatan a través de unos medios de verificación específicos. El proyecto cuya implementación se dirige a satisfacer unas específicas necesidades de la comunidad, debe estar alineado a los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo y, en general, a los instrumentos de planificación material a los que se deben ajustar las actividades de la entidad, sean estos, institucionales, sectoriales o estratégicos del nivel de gobierno al que corresponden. Cuando se cuenta con las posibles soluciones se define la modalidad de gestión. Es en este momento en que se requiere determinar la conveniencia de la modalidad de gestión de APP para emprender el proyecto. Para este propósito se cuenta con algunos criterios definidos en la LIAPP y planteados por el modelo internacional como mejores prácticas.

El índice de elegibilidad, los estudios de comparado público-privado, los estudios multicriterio son herramientas útiles para justificar la conveniencia de la modalidad a ser empleada. Lo más importante, en cualquier caso, es conocer que se ha prefijado como conveniente. Si lo que se busca es generar ahorros financieros (valor por dinero) se suele emplear, como más adelante revisamos, el comprador público-privado como herramienta usual, pese a las críticas que se hacen acerca de su fiabilidad incluso para el propósito para el que fue diseñado. El índice de elegibilidad es, por otra parte, una herramienta de evaluación inicial que se base en parámetros que se ponderan para que puedan ser considerados varios criterios de conveniencia. Los estudios multicriterio profundizan el análisis de cada criterio considerado también empleando ponderados que permitan orientar la decisión. Últimamente, se ha introducido una serie de parámetros que pueden ser empleados para establecer la conveniencia de la modalidad asignando un peso mayor a consideraciones de equidad. A esto se refiere lo que se ha denominado *PPP People-first*, una metodología de evaluación de proyectos que, sin

²⁵⁹ [Ecuador] Reglamento de la LIAPP, art. 47.

renunciar al análisis de eficiencia, se orienta en primer lugar a aspectos más cercanos a la necesidades de la personas. Tendremos la oportunidad de referirnos con algo más de detalle a esta metodología a la que se adhiere la tesis que se presenta en estas líneas y que considero es el punto desde el que hay que partir desde una perspectiva práctica para construir APP evaluadas desde las exigencias de equidad que imponen los sistemas jurídicos.

En Ecuador, además, en esta etapa se debe desarrollar el plan financiero del proyecto, empleado por la Administración para tomar sus decisiones de carácter financiero, tanto en lo que corresponde a la viabilidad del proyecto en sí mismo, como su impacto en la sostenibilidad fiscal. El plan financiero en su formulación preliminar debe ser suficiente para que la Unidad de Gestión y Riesgos Fiscales pueda hacer también su evaluación preliminar sobre los impactos en las finanzas públicas. De modo que, en estos aspectos debe sujetarse a la regla técnica que expida el órgano rector del sistema financiero público y, además, identificarse los beneficios tributarios que se consideran son útiles para asegurar la viabilidad del proyecto, proveyendo escenarios con y sin incentivos de esta naturaleza.

En general, los documentos con los que se describe el proyecto en esta fase y se reflejan los estudios practicados se ajustarán a la guía técnica del Comité, las normas técnicas expedidas por el órgano rector de la planificación y aquellas producidas por el órgano rector de las finanzas públicas.²⁶⁰

En el Ecuador se ha especificado que la conveniencia de la modalidad de gestión de un proyecto debe ser determinada siguiendo la guía técnica, la metodología y herramientas fijadas por el Comité APP. Si esta no hubiera sido expedida se debe emplear «un estudio de valor por dinero» (eficiencia) para justificar la conveniencia de la modalidad y, ello que corresponde a las alternativas posibles y los factores preponderantes para el éxito del proyecto, las metodologías multicriterio.²⁶¹

El valor por dinero es la diferencia entre los costes y gastos proyectados para la implementación de los componentes un proyecto público (construcción, operación y mantenimiento de una infraestructura y la provisión del servicio asociado) en gestión directa y en gestión indirecta, calculados en valor actual y descontando el coste de oportunidad de la Administración pública.²⁶²

(ii) *Evaluación temprana de la sostenibilidad y riesgos fiscales como parte de la planificación fiscal y financiera pública*

En esta fase temprana, con la formulación preliminar del proyecto y los estudios de prefactibilidad listos (sea en un proyecto de iniciativa pública, sea en uno propuesto por un promotor privado) corresponde realizar la evaluación preliminar de sostenibilidad y riesgos fiscales.²⁶³

Esta evaluación le corresponde a la Unidad de Sostenibilidad y Riesgos Fiscales del ente rector de las finanzas públicas para los proyectos que son de la Administración Pública Central y el órgano con funciones similares en la organización de los gobiernos

²⁶⁰ [Ecuador] Reglamento de la LIAPP, art. 47.

²⁶¹ [Ecuador] Reglamento de la LIAPP, art. 49.

²⁶² Cfr. Deloitte. La contratación de infraestructuras mediante APPs Una herramienta de estímulo económico eficiente. Madrid: Deloitte, 2009, p. 10.

²⁶³ [Ecuador] Reglamento de la LIAPP, art. 48.

subnacionales. No obstante, los gobiernos subnacionales requieren de un informe positivo de sostenibilidad fiscal y riesgos fiscales provisto por la Unidad de Sostenibilidad y Riesgos Fiscales cuando de cualquier manera el proyecto de APP afecte el PGE, esto es, cuando se requiera aportes de él, el Gobierno Central adquiera cualquier tipo de pasivo contingente o se requiera la aplicación de beneficios tributarios de la LIAPP.

El informe provistos en esta etapa es un hito de relevancia en el procedimiento administrativo aplicables a los proyectos de APP. Si no fuese positivo no se podrá incorporar el proyecto en los instrumentos de planificación material y financiera públicos y, en la práctica, habría concluido el procedimiento en esta fase y el proyecto debería reformularse. Del mismo modo, si se hacen modificaciones al plan financiero que sirvió de base para la emisión del informe positivo de sostenibilidad y riesgos fiscales, este documento debe volverse a producir tomando en consideración los cambios antes de su inclusión en la planificación pública.

En lo que corresponde al contenido del informes preliminar de sostenibilidad y riesgos fiscales, este se refiere a «los límites presupuestarios y la capacidad de pago del Estado [o del nivel de gobierno al que corresponde el proyecto] para asumir los compromisos financieros, firmes y contingentes, sin comprometer el equilibrio presupuestario en el corto, mediano ni largo plazo, ni la prestación regular de los servicios que se deriven directa e indirectamente de la ejecución del respectivo proyecto de APP»²⁶⁴. Además, cuando el proyecto de APP no afecta al PGE, este debe dejar constancia de este hecho.

Cuando se ha obtenido un informe positivo sobre sostenibilidad y riesgos fiscales, la entidad pública con base en el plan financiero preliminar y todos los documentos de preparación del proyecto producidos hasta el momento, puede solicitar la concesión de los beneficios fiscales, puntualizando la relevancia que tiene en el proyecto. Como ya se ha indicado, el Comité APP cuenta con 15 días para pronunciarse sobre la petición; si no lo hace en ese término, se entiende que la solicitud ha sido negada. Si de hecho se ha negado o esta desestimación se ha producido por silencio del Comité, la consecuencia práctica es que si, como corresponde, la viabilidad del proyecto de APP dependía de tales incentivos, éste deberá reformularse y repetirse los pasos preliminares.²⁶⁵

(iii) *Incorporación del proyecto a los instrumentos de planificación material de la actividad pública: los programas APP y los planes de inversión*

Uno de los cambios más relevantes en el régimen de gestión delegada al sector privado en los últimos años es el modo en que un proyecto específico de APP se integra en la planificación material y financiera del Estado. En otros términos, los proyectos que se desarrollan a través de esta modalidad de gestión, incluso en el caso de que sean autosostenibles, no se aíslan de los instrumentos de planificación pública y su evaluación.

En este aspecto, en el Ecuador, el hito que marca la conclusión de la formulación preliminar y estudio de prefactibilidad común a todo proyecto APP de la Administración Pública Central es su aprobación, incorporación al Programa de Proyectos APP y divulgación a través del Registro APP. En el caso de los gobiernos

²⁶⁴ [Ecuador] Reglamento de la LIAPP, art. 48.

²⁶⁵ [Ecuador] Reglamento de la LIAPP, art. 50.

subnacionales y sus proyectos el Programa de Proyectos APP debe tener su herramienta reflejo en al ámbito territorial que les corresponde.

Como se ha señalado previamente, el Programa de Proyectos APP es el medio con el que el Comité APP ejerce sus competencias, en el ámbito de la Administración Pública Central respecto de la política pública en materia de APP, priorización de sectores y aprobación de cada proyecto de APP,²⁶⁶ como lo determina el art. 6 de la LIAPP.

Ahora bien, todo proyecto APP se integra a los procesos de planificación material y financiera de los órganos del Estado.²⁶⁷ Esto significa que, como elemento de la gestión sectorial a cargo de cada entidad delegante, el proyecto público, con independencia de la modalidad de gestión debe incluirse en los procedimientos ordinarios de planificación de cada entidad. Esto ocurre incluso en el caso de los proyectos autosostenibles (que no requieren flujos de ingresos provenientes del presupuesto público), aunque por su condición no requieran luego incorporarse en la planificación de la inversión pública y el presupuesto público. Cuando el proyecto de APP es de aquellos cofinanciados, por el contrario, «el proyecto deberá ser considerado y tramitado, para su priorización e incorporación en el plan de inversiones del ejercicio en el que se inicie su ejecución, del mismo modo que cualquier otro proyecto que sea financiado con recursos fiscales o de endeudamiento público».²⁶⁸ La priorización e incorporación del proyecto de APP en el plan de inversiones del nivel nacional, con la formulación preliminar y los estudios de prefactibilidad respectivos, la entidad delegante debe atender el procedimiento y requisitos para este propósito antes la Secretaría Técnica de Planificación, órgano rector de la materia en la Administración Pública Central. Este trámite paralelo al que conduce a la incorporación del proyecto en el Programa de Proyectos de APP, debe estar satisfecho hasta la fecha en que inicie su ejecución. En la práctica, se trata de una tarea que se realizará preliminarmente, esto es, antes de acometer la formulación definitiva del proyecto y los estudios de factibilidad para evitar cualquier riesgo de que la implementación del proyecto se vea frustrada por no contar con el criterio del rector de la planificación en ese proceso.

Nótese que es posible emplear un proyecto que conste en el banco de proyectos a cargo del rector de la planificación y, mediante el cambio de modalidad de gestión, procurar su ejecución sin afectación presupuestaria.²⁶⁹

(iv) *Definición y formulación en detalle: estudios de factibilidad, determinación de viabilidad, pliego de base y modelo de contrato*

Aunque la «estructuración» del proyecto se realiza de manera progresiva desde que se produce la idea de solución a un problema, con esta denominación se ha identificado a la fase del procedimiento administrativo destinada a la realización de los estudios de factibilidad, pliego de bases y documentos contractuales, hasta la declaración que autoriza la delegación al sector privado de un servicio público o una actividad en un sector estratégico cuando esta pertinente porque no se ha determinado el caso específico en la ley sectorial.

²⁶⁶ [Ecuador] Reglamento de la LIAPP, art. 51.

²⁶⁷ [Ecuador] Reglamento de la LIAPP, art. 52.

²⁶⁸ [Ecuador] Reglamento de la LIAPP, art. 52.

²⁶⁹ [Ecuador] Reglamento de la LIAPP, art. 52.

Desde el punto de vista que he venido empleando, en la etapa de preparación de un proyecto público en general, y en particular uno de APP, a la formulación preliminar del proyecto y sus estudios de prefactibilidad, le sigue la formulación definitiva y los estudios de factibilidad para determinar la viabilidad técnica, económico-financiera y legal de la propuesta.

Con este mismo criterio, en el art. 53 del Reglamento de la LIAPP fija como objetivos de esta etapa:

- Concluir los estudios del proyecto y su evaluación ambiental, técnica, económico-financiera y jurídica.
- Formular el pliego de bases y los documentos contractuales de referencia.
- Acometer las actividades destinadas a verificar que la propuesta pueda ser acogida en el mercado, tanto en el sector al que se refiere el objeto del proyecto, como en el ámbito del mercado financiero. Es lo que se denomina «sondeo de mercado». Con los resultados de esta tarea se puede realizar los ajustes que se estimen pertinentes.
- Resolver formalmente que el proyecto es viabilidad. Se trata de un acto específico en el procedimiento que permite avanzar con las actividades de control fuera de la entidad delegante.
- Obtener el informe favorable de la Secretaría Técnica acerca del «caso de negocio final». Este informe que se presupone en la fase de planificación y selección de proyectos para que el Comité APP pueda aprobar el proyecto e incluirlo en el Programa de Proyectos APP, en esta tiene un objetivo tan específico como el de establecer la viabilidad financiera del proyecto.
- Obtener el informe favorable de la Unidad de Sostenibilidad y Riesgo Fiscales. En este momento se asegura, además, el compromiso del Estado de proveer los recursos financieros para atender los compromisos firmes derivados de la propuesta, a través de dos herramientas: (i) el certificado de compromiso, con el que se determina el importe de los recursos financieros comprometidos por el país en el proyecto de APP, según el proyecto; y, (ii) el Registro de Compromisos, con el que se puede agregar el total de compromisos asumidos para propósitos de la evaluación en los marcos de programación periódica.

En los casos en que corresponde el procedimiento, antes de la convocatoria al concurso público, concluye con el decreto ejecutivo del Presidente de la República que autoriza la delegación al sector privado, cuando no existe una norma específica en el sector que lo autorice directamente.

El mismo procedimiento es aplicable al nivel subnacional, con la diferencia que son los órganos de su propia estructura los que intervienen satisfaciendo estados requisitos. Además, la declaración de excepcionalidad la realiza la máxima autoridad administrativa de la entidad y la decisión de proceder con la delegación le corresponde al órgano legislativo de cada gobierno subnacional.

No existe una determinación a nivel reglamentario acerca del contenido de los estudios de factibilidad que, como lo he detallado, se enfocan a establecer la viabilidad del proyecto.²⁷⁰ En esta materia, como entre otras tantas, el Comité APP es el

²⁷⁰ [Ecuador] LIAPP, art. 11; y Reglamento de la LIAPP, art. 54

responsable de establecer por medio de una guía técnica los requisitos que deben satisfacer estos estudios.

La LIAPP establece que «los proyectos públicos ejecutados bajo la modalidad de asociación público-privada deberán obtener el mejor resultado de la relación precio-calidad y obtener las condiciones económicamente más ventajosas para los usuarios finales de la obra, bien o servicio del que se trate».²⁷¹

En lo que corresponde al pliego de bases y los documentos contractuales, el sistema jurídico ecuatoriano introdujo a nivel reglamentario un conjunto de indicaciones mínimas, siguiendo la práctica que le antecedió.²⁷² El pliego de bases contiene cuatro bloques de información diferenciada: (i) las bases administrativas y sus anexos, usualmente, compuestos por los formularios de la oferta; (ii) las bases técnicas y sus anexos; (iii) las bases económico-financieras; y (iv) el modelo de contrato y sus anexos. Forma parte del pliego de bases, una vez emitidas durante el proceso, las circulares aclaratorias o modificadoras.

(v) *Consultas y sondeo de mercado: la declaración de viabilidad*

Cuando se tienen listos los documentos del proyecto de APP y sus estudios, o incluso mientras se desarrollan, en el Ecuador se ha establecido una etapa de consultas en el mercado. Se llama «sondeo de mercado» y tiene por objeto «recoger observaciones y recomendaciones para preparar la versión definitiva de los instrumentos que empleará en la fase de contratación»,²⁷³ dentro de un procedimiento transparente.

El sondeo de mercado permite a la entidad delegante, a cargo de su organización, realizar los ajustes pertinentes antes de proceder a declarar la viabilidad del proyecto y ponerlo a consideración de los órganos de control externo.²⁷⁴

(vi) *Evaluación concluyente de la sostenibilidad y riesgos fiscales y revisión de la viabilidad financiera del proyecto*

Cuando a juicio de la entidad delegante el proyecto de APP se encuentra listo y por ello ha declarado su viabilidad, procede con las actividades de control externo.

La entidad delegante somete a consideración de la Unidad de Sostenibilidad y Riesgos Fiscales y de la Secretaría del Comité APP el expediente íntegro del proyecto que ha merecido su declaración de viabilidad.

A la Unidad de Sostenibilidad y Riesgos Fiscales le corresponde emitir un dictamen final sobre las materias a su cargo²⁷⁵ y, luego de ello, a la Secretaría Técnica, informará sobre la viabilidad financiera del proyecto.

Si se produce cualquier variación en la información suministrada para el control externo del proyecto y sus documentos, se requiere siempre una nueva intervención para evaluar el impacto fiscal de tales modificaciones. Este mismo criterio y a partir del

²⁷¹ [Ecuador] LIAPP, art. 3, numeral 3.

²⁷² [Ecuador] Reglamento de la LIAPP, art. 55. La información requerida se desprende del modelo preparado para el proyecto Río Siete-Huaquillas, a cargo del Ministerio de Obras Públicas y Transporte. Luego se ha extendido en varios otros documentos de referencia.

²⁷³ [Ecuador] Reglamento de la LIAPP, art. 56.

²⁷⁴ [Ecuador] Reglamento de la LIAPP, art. 57.

²⁷⁵ El art. 57 del Reglamento de la LIAPP exige que este dictamen sea «antes de cualquier actuación posterior a la etapa de estructuración del proyecto».

momento de su emisión rige para cualquier variación que se produzca luego, mientras se ejecuta el contrato.

La relevancia del control de impacto fiscal es superlativa. El informe además de preceptivo es vinculante y, en consideración a este hecho, el régimen ecuatoriano determina que, en caso de que sea negativo, el órgano responsable deberá especificar los ajustes requeridos y el momento para implementarlos. La norma que impone la obligación asume que es posible que el impacto fiscal observado pueda ser superado en cierto tiempo, de modo que sea posible luego de ello, proceder con el inicio del procedimiento de contratación sin que se requiera modificaciones en la estructuración del proyecto.

Además, si el dictamen de impacto fiscal es positivo, como habilitante para proceder con la convocatoria al concurso será necesaria la emisión del denominado «certificado de compromiso fiscal», documento que se agrega al pliego de bases.²⁷⁶ Este es un instrumento, además de los objetivos que defina el órgano rector de las finanzas públicas, tiene por propósito lo siguiente:

- Determinar el máximo valor que deberá agregarse como gasto en el presupuesto, conforme ha quedado definido en el plan financiero del proyecto, de modo que puedan ser considerados en los instrumentos de planificación material y financiera del Estado en cada periodo, según el régimen común.
- Ajustar la disponibilidad presupuestaria de la entidad delegante, dentro de los techos presupuestarios fijados periódicamente por el órgano rector de las finanzas públicas, de tal modo que la entidad delegante deberá considerar los compromisos asumidos a través de un contrato de gestión delegada para preparar su planificación institucional y proforma presupuestaria dentro del calendario y procedimientos ordinarios de la planificación material y financiera del Estado.

El certificado de compromiso fiscal afecta el Registro de Compromisos APP, que es una herramienta útil en las tareas de programación fiscal a cargo del órgano rector de las finanzas públicas. De este instrumento se deriva la información necesaria acerca de los compromisos firmes y los compromisos contingentes asumidos por el país para propósitos de la aplicación de los límites determinados con este criterio para la promoción de proyectos de APP, pero también como insumo en los otros aspectos de la programación fiscal. Los perfiles de endeudamiento público, usuales para la gestión de la deuda pública, operan de la misma manera en que operaría la gestión de los compromisos públicos con ocasión de los contratos de gestión delegada. De hecho, un análisis de sostenibilidad y riesgos fiscales, en principio, debe consolidar el total de los compromisos firmes (deuda y obligaciones exigibles en este tipo de contratos) y los compromisos contingentes (medidos en función de la probabilidad de ocurrencia de la condición de la que pende la obligación).

Como se puede observar, el certificado de compromiso fiscal impone la obligación de trasladar al presupuesto los compromisos públicos, por lo que será necesario que se emita el documento ordinario para afectar el presupuesto público del periodo respectivo cuando el contrato de gestión delegada empiece a surtir efectos con

²⁷⁶ [Ecuador] Reglamento de la LIAPP, art. 59.

respecto a tales compromisos firmes. Esta diferencia es muy importante porque, por ejemplo, cuando el contrato de gestión delegada no impone obligaciones con cargo al presupuesto durante la etapa de construcción, la suscripción del referido contrato no implica afectación presupuestaria sino hasta cuando se tenga que iniciar la etapa de explotación del proyecto

(vii) *Otros asuntos de carácter precontractual regulados en el procedimiento administrativo*

A diferencia de lo que ocurría con el Decreto 810, la declaratoria de excepcionalidad para que se proceda con la gestión delegada de un proyecto en materia de servicios públicos y actividades en sectores estratégicos se produce al concluir la etapa preparatoria o precontractual, justo antes de iniciar el concurso público.²⁷⁷

En el caso de los proyectos a cargo de un órgano de la Administración Pública Central, le corresponde remitir el expediente completo del proyecto para el trámite del respectivo decreto ejecutivo a cargo del Presidente de la República. Para los proyectos de los gobiernos subnacionales, por otra parte, la máxima autoridad administrativa expedirá la resolución de excepcionalidad y, luego, someterá el proyecto al órgano legislativo para que se emita el acto normativo de delegación del servicio público a quien resulte adjudicatario del concurso público.

(d) Proyectos públicos de iniciativa privada

(i) *Los principios de necesidad, idoneidad y eficacia como límites generales para las iniciativas privadas: el interés público*

La iniciativa para promover un proyecto público puede provenir de la misma Administración delegante, como es usual, o de la empresa privada que quiere convertirse en gestor privado.

El sistema jurídico español introduce adecuadamente la relación entre el principio de necesidad e idoneidad y los proyectos públicos de iniciativa privada. En efecto, las entidades del sector público, en virtud de este principio, no pueden celebrar contratos que no se ajusten al cumplimiento y realización de sus fines institucionales.²⁷⁸

La calificación de la necesidad e idoneidad se basa en la justificación que debe acreditarse explícitamente en el expediente de contratación durante la etapa preparatoria y antes de iniciar el procedimiento de adjudicación. La relación entre el objetivo, con base en la identificación de la naturaleza y alcance de las necesidades que se busca satisfacer, y el objeto contractual que aparece como medio debe ser preciso. Se trata de una exigencia de motivación que, en general, afecta el valor de las decisiones de los poderes públicos.

Por otra parte, en el contexto del principio de eficacia en materia contractual, el sistema jurídico español ha previsto que las entidades del sector público «valorarán la incorporación de consideraciones sociales, medioambientales y de innovación como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública».²⁷⁹ Esto significa que,

²⁷⁷ [Ecuador] Reglamento de la LIAPP, art. 60.

²⁷⁸ [España] LCSP, art. 28.1

²⁷⁹ [España] LCSP, art. 28.2. Junto con las consideraciones referidas, se coloca también la eficiencia, la necesidad de honrar los términos contractuales, la afiliación de trámites, la promoción de la participación

entre los principios, que iluminan la contratación pública en España aparece también una disposición que exige que asuntos, tales como, el acceso a la prestación propia de la actividad pública que es objeto de un contrato de gestión delegada, deba ser valorada como un aspecto de lo social. Esta formulación permite conectar los principios de la contratación pública con los problemas de equidad en clave de derechos fundamentales.

En cualquier caso, siempre de acuerdo con los principios de necesidad, idoneidad y eficiencia descritos, el sistema jurídico español autoriza a que las entidades del sector público puedan celebrar contratos que tenga origen en una iniciativa privada. Además, se enfatiza que la fuente es especialmente adecuada para los contratos de concesión de obras y concesión de servicios, incluso a través de la constitución de una sociedad de economía mixta.²⁸⁰ Luego, en el artículo 247.5 de la LCSP, en el contexto del régimen previsto para los estudios de viabilidad de un proyecto público, se determina explícitamente: «[s]e admitirá la iniciativa privada en la presentación de estudios de viabilidad de eventuales concesiones».²⁸¹

Como en todos los sistemas jurídicos de referencia, en el Ecuador también se admite que un proyecto de APP se llegue a concretar con base en una iniciativa de un proponente privado.²⁸²

Las propuestas de iniciativa privada pueden ser presentadas por invitación pública, es decir, cuando la Administración abra un procedimiento para que los interesados puedan realizar una propuesta dirigida a atender un específico objetivo planteado desde el sector público. También es posible que la propuesta sea presentada de *mutuo proprio* por el promotor privado. En los dos casos, la propuesta de iniciativa debe ser presentada a la entidad delegante con competencia en la materia que es objeto del proyecto.

Ahora bien, la determinación de la necesidad, idoneidad y eficacia de los proyectos de iniciativa privada en el Ecuador que se proponen sean desarrollados en la modalidad de APP, viene determinada mediante la declaración de interés público que es el primer paso de evaluación del proyecto público propuesto. Se lo hace, como inmediatamente lo describo, con base en un perfil de proyecto y los estudios de factibilidad presentados por el proponente privado, quien únicamente a partir de que el proyecto se integre a los instrumentos de planificación material y, en su caso al Programa de Proyectos APP, está habilitado a continuar con los estudios de viabilidad del proyecto a su costa y riesgo.

(ii) *Gestión de las iniciativas privadas*

La gestión de proyectos de iniciativa privada puede resultar compleja y costosa para la Administración pública, en términos de tiempo y recursos financieros. Por esta razón, algunos de los sistemas jurídicos definen límites, procedimientos específicos de

de las PYMES y el acceso a la información sin coste, como elementos en los que se concreta el principio de eficacia.

²⁸⁰ [España] LCSP, art. 28.3

²⁸¹ [España] LCSP, art. 245.5.

²⁸² El art. 11 de la LIAPP establece la posibilidad de iniciativa privada y determina que las tareas de evaluación, elaboración del pliego y el contrato pueden estar sometidas a guías generales o notas técnicas establecidas por el Comité APP. Originalmente, las iniciativas privadas en el Ecuador, estuvieron reguladas a través del Decreto Ejecutivo núm. 582, publicado en el Registro Oficial 453, de 6 de marzo de 2015.

eliminación temprana de este tipo de iniciativas y una compensación económica para proceder con la evaluación de la propuesta.

En España, presentado el estudio de viabilidad del proyecto, éste se pone a consideración del órgano competente de la Administración para que, en tres meses, informe al proponente si se dará trámite o no a la propuesta. El plazo puede ser ampliado hasta por seis meses. No obstante, el silencio de la Administración tiene efectos desestimatorios.²⁸³

En el caso del Ecuador, los proyectos de iniciativa privada en principio no tienen límites relevantes. Se pueden presentar propuestas de proyectos autosostenibles y autofinanciados.²⁸⁴ En cualquier caso, de acuerdo con el COA, la entidad delegante no está obligada a admitir a trámite o aceptar un proyecto de iniciativa privada.²⁸⁵ De hecho, el vencimiento de los plazos previstos en el procedimiento administrativo para gestionar los proyectos de iniciativa privada hasta la fecha de convocatoria al concurso público generan la caducidad del procedimiento administrativo, sin ningún efecto para la Administración.²⁸⁶ La primera actuación de la Administración con respecto a propuestas de iniciativa privada es la determinación de si el proyecto planteado se ajusta a los objetivos de la planificación estratégica del Estado; es decir, la revisión de si se trata de un proyecto de interés público.²⁸⁷

Para que proceda el análisis y declaración de interés público, el promotor privado debe preparar el perfil del proyecto y los estudios de prefactibilidad, del mismo modo que lo haría la entidad delegante en la fase de planificación y selección de proyectos de APP. Para este propósito la formulación del proyecto y el modo de evaluación por parte de la entidad delegante debe ajustarse a la guía técnica emitida por el Comité APP.

La entidad delegante cuenta con seis meses contados desde la fecha en que se hubiera presentado toda la documentación completa para determinar y declarar el interés público. Si llega a hacerlo, la declaración debe publicarse en el Registro APP y notificarse al interesado. Este acto formal, le permite al proponente privado acceder a toda la información que disponga la entidad para el desarrollo de los estudios de factibilidad.

Una vez declarado de interés público, el ciclo del proyecto, en la etapa de preparación, se conecta con las actividades a cargo de la entidad pública para su inclusión en el Programa de Proyectos APP, cuando corresponde a un proyecto a cargo de un órgano de la Administración Pública Central. En cualquier caso, se ha de satisfacer los requisitos y procedimiento para su inclusión en la planificación material y financiera pública que le corresponda a la entidad delegante, siguiendo las mismas normas aplicables a un proyecto de iniciativa pública y el régimen pertinente para cada nivel de gobierno.

²⁸³ [España] LCSP, art. 245.5.

²⁸⁴ [Ecuador] Reglamento de la LIAPP, art. 20. En el proyecto original se propuso que los proyectos de iniciativa privada debían ser únicamente autosostenibles. También se discutió si convendría que estos proyectos puedan ser presentados únicamente por invitación pública de modo que no sea necesaria una etapa de determinación de si la propuesta se adecua a los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo, es decir, si son de interés público.

²⁸⁵ [Ecuador] COA, art. 75, último inciso.

²⁸⁶ [Ecuador] Reglamento de la LIAPP, art. 23

²⁸⁷ [Ecuador] Reglamento de la LIAPP, art. 21.

Es posible que transcurra algún tiempo entre la declaratoria de interés público y la incorporación del proyecto en el Programa de Proyectos APP, cuando se trata de un proyecto de la Administración Pública Central, o en cualquier caso se satisfaga el procedimiento y los requisitos establecidos para la planificación material y financiero para proyectos a cargo de los gobiernos subnacionales. Aunque la declaratoria de interés público provee un indicio de que el proyecto podrá ser sometido a los estudios ulteriores para determinar su viabilidad, el proponente privado está formalmente habilitado para continuar con ellos desde que la Administración delegante le notifique que el proyecto ha satisfecho el hito con el que concluye la fase de planificación y selección de proyectos de APP.²⁸⁸

Esto es así, porque la entidad delegante está sujeta al control de otros órganos antes de que el proyecto se integre al conjunto de proyectos que pasarán a formar parte de los objetivos de gestión de la Administración, a través de la modalidad de gestión delegada. En efecto, en la fase de planificación y selección de proyectos de APP, además de la identificación y formulación preliminar del proyecto, la entidad delegante debe satisfacer los requisitos y el procedimiento previstos ante el órgano rector de la planificación nacional para la inclusión del proyecto en los instrumentos de planificación, debe alcanzar un informe positivo de sostenibilidad y riesgos fiscales y la evaluación positiva de la Secretaría Técnica del Comité APP antes de que el proyecto pueda ser conocido por el Comité APP. Un procedimiento similar, aunque no se lo haga ante los mismos órganos públicos, debe ocurrir en el caso de los gobiernos subnacionales.

En cualquier caso, notificada la conclusión de la fase de planificación y selección de proyectos de APP, el promotor cuenta con seis meses para la formulación en detalle del proyecto y el desarrollo de los estudios de factibilidad, siguiendo siempre la guía técnica del Comité APP. Con estos insumos, la entidad delegante realizará la evaluación de viabilidad y la declarará si así procede. Le corresponde a la entidad delegante, como en cualquier otro proyecto de APP, avanzar en la estructuración del proyecto preparando el pliego de bases y los documentos contractuales.

(iii) Beneficios para el proponente privado

La intervención del proponente de la iniciativa privada en el concurso público ecuatoriano es, en principio, en términos de igualdad con el resto de oferentes, salvo por el premio en puntaje, de hasta diez puntos porcentuales, que es regulado por la entidad delegante en el pliego de bases del concurso público. Además, el sistema jurídico ecuatoriano concede el derecho al proponente de la iniciativa de que se le restituya los gastos en los que hubiera incurrido en la preparación del proyecto, si su oferta no resulta adjudicada.²⁸⁹ La restitución la haría el oferente adjudicado. Es preciso que el monto se defina en el pliego de bases el en caso de que el proponente de la iniciativa privada no resulte adjudicatario del contrato.

Una medida similar consta en el sistema jurídico español. Cuando un proponente privado ha presentado un estudio de viabilidad suficiente en los términos señalados en el art. 245 de la LCSP y ello conduce a un procedimiento de adjudicación para la concesión, se otorga al autor 5 puntos porcentuales adicionales a los obtenidos

²⁸⁸ [Ecuador] Reglamento de la LIAPP, art. 22.

²⁸⁹ [Ecuador] Reglamento de la LIAPP, art. 27.

por aplicación de los criterios de adjudicación establecidos en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares.²⁹⁰

Del mismo modo, en caso de que el proponente privado no llega a ser el adjudicatario en el procedimiento respectivo, de acuerdo con las bases del pliego, puede tener derecho al importe de los gastos incurridos en el desarrollo del estudio de viabilidad, incrementados en un 5 %. El monto debe ser justificado en el procedimiento administrativo y, finalmente, en el mismo pliego se puede determinar que sea el adjudicatario en que cubra este valor en beneficio del proponente privado.²⁹¹

3. Etapa de contratación o instrumentación de la delegación

(a) Procedimiento de selección de los promotores privados: licitación

El proyecto de APP, que ha debido transitar una serie de etapas o fases en el procedimiento administrativo, cuando ha recibido informes positivos en materia de impacto fiscal y viabilidad, y dispone del certificado de compromiso fiscal, está listo para iniciar la etapa de contratación que tiene por objeto la selección de «los promotores privados que llevarán a cabo el proyecto de APP a través de un gestor privado».²⁹² La especificación que consta en una norma reglamentaria es muy importante porque define con claridad que el adjudicatario no será el gestor privado, sino sus titulares.

En términos generales, la selección del gestor privado se debe efectuar mediante concurso público.²⁹³

Los términos del concurso, regidos por los principios de transparencia, igualdad, concurrencia y publicidad, deben constar en las bases administrativas del pliego y no están sujetos a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sino en aquellos aspectos a los que se remita expresamente el pliego del concurso público.²⁹⁴

En el Reglamento de la LIAPP ha quedado establecido que, en todos los casos, la selección del promotor privado se hará mediante un procedimiento de concurrencia competitiva.²⁹⁵ Esta definición reglamentaria, en principio, parecería que contradice el contenido del inciso final del art. 100 del COPCI²⁹⁶ que autoriza la contratación directa con empresas de propiedad estatal. No obstante, una norma posterior, la contenida en el numeral 1, del art. 76 del COA determina con absoluta claridad que «[l]a selección

²⁹⁰ [España] LCSP, art. 245.5.

²⁹¹ [España] LCSP, art. 245.5.

²⁹² [Ecuador] Reglamento de la LIAPP, art. 61.

²⁹³ [Ecuador] COA, art. 76; y COPCI, art. 100. No obstante, el art. 100 del COPCI autoriza la contratación directa cuando se trate de empresas de propiedad estatal de los países que formen parte de la comunidad internacional, en cuyo caso la delegación podrá hacerse de forma directa. Una regla similar constaba en el art. 10, en relación con el art. 8, del Decreto 810 que autorizaba también la delegación por autorización, sin concurso, a operadores especializados del servicio público de transporte.

²⁹⁴ [Ecuador] LIAPP, art. 12.

²⁹⁵ [Ecuador] Reglamento de la LIAPP, art. 75, primer inciso.

²⁹⁶ [Ecuador] COPCI, art. 100 («La modalidad de delegación podrá ser la de concesión, asociación, alianza estratégica, u otras formas contractuales de acuerdo a la ley, observando, para la selección del delegatario, los procedimientos de concurso público que determine el reglamento, salvo cuando se trate de empresas de propiedad estatal de los países que formen parte de la comunidad internacional, en cuyo caso la delegación podrá hacerse de forma directa»).

del gestor de Derecho privado se efectuará mediante concurso público». De modo que, en este aspecto el art. 100 del COPCI ha sido sustituido por el numeral 1 del art. 76 del COA y esto explica el criterio de regulación que aparece en el Reglamento de la LIAPP.²⁹⁷

La fase de contratación inicia con la convocatoria a concurso público o licitación y concluye con la suscripción del contrato de gestión delegada.

(b) Tipología de procedimientos en el Ecuador

(i) Procedimiento único con fases escalonadas

En el Ecuador, el procedimiento de concurso para seleccionar al promotor privado puede ser ordinario o con fase de precalificación.

El procedimiento ordinario es monofásico —aunque se estructura en etapas para la evaluación de las ofertas—, abierto y escalonado. Es decir, se desarrolla desde la convocatoria y concluye con la suscripción del contrato; todo sujeto que cumpla con los requisitos en las bases administrativas del procedimiento puede presentar una oferta y quienes superan los criterios de evaluación de cada componente de la oferta se mantienen dentro del procedimiento. La idea de este procedimiento es alcanzar mayor participación, a costa de la calidad o condiciones de los oferentes. La secuencia de la evaluación lleva a los oferentes que superan la evaluación que antecede a disputarse la adjudicación según los factores a evaluar en la última etapa.

La primera etapa corresponde a la calificación de los requisitos y cualidades de los oferentes. Se observa que estén habilitados, según la reglas aplicables al procedimiento a presentar una oferta, que reúnan las condiciones terminales requeridas según las bases técnicas del pliego y que pueda responder a las obligaciones derivadas del proceso —y eventualmente del contrato— por su solvencia financiera. Las calificación en este caso se reduce a determinar si cumple o no las condiciones requeridas.

Le sigue una etapa de evaluación de los aspectos técnicos. El procedimiento de calificación es más complejo y ordinariamente busca seleccionar las ofertas «técnicamente aceptables». Para que este concepto se haga objetivo, se debe asignar puntaje a cada componente a evaluar y establecer el modo de asignación de la calificación. Una oferta será técnicamente aceptable cuando supere un umbral previamente determinado en el pliego. Un procedimiento que puede proveer un resultado objetivo, especialmente cuando la evaluación técnica no se puede reducir a indicadores objetivos, es promediar la evaluación que un número de expertos independientes han asignado a la oferta técnica por separado.

Finalmente, está la etapa en que se califica la oferta desde los aspectos económicos que, entre las que superan el umbral técnico, termina importando como los

²⁹⁷ Es posible argumentar que el art. 100 del COPCI podría ser una norma especial con respecto a una norma general posterior. En cuyo caso, si la derogatoria no es expresa se mantendría su aplicación por especialidad. No obstante, no veo especialidad alguna de una norma inserta en el ámbito del régimen de promoción de inversiones, mucho menos con respecto a una norma que regula específicamente el contrato de gestión delegada, cuando no existe una norma sectorial que determine reglas específicas.

adjudicadores. El objetivo detrás de este escalonamiento consiste en llegar a una oferta técnicamente aceptable que mas beneficios económicos traiga al país.

Sin embargo, tener varias ofertas técnicamente aceptables, no significa que no tengan observaciones que deban ser cubiertas por el oferente hasta antes de que se le pueda adjudicar el contrato de gestión delegada. Por esta razón, el proceso de calificación concluye con una lista de ofertas técnicamente aceptables, eventualmente con observaciones, ordenadas según a ponderación de los factores de adjudicación económicos.

Lo que nos interesa resaltar es que existe la posibilidad de que, superando el umbral en la calificación de la oferta, existan desvíos que deban ser considerados por la entidad delegante. Si este es el caso parece razonable que la entidad delegante emprenda al final del procedimiento una negociación que permita ajustar la propuesta técnica en lo que estime sustancial, siguiendo el orden de prelación de los oferentes con el que concluyó el procedimiento. Esta negociación tendría resultados positivos únicamente en la medida en que los desvíos que superaron el umbral, puedan ser corregidos sin cambios en los criterios empleados para ordenar las ofertas. Por ejemplo, alguna especificación técnica que constituya un elemento sustancial para la entidad delegante que no haya sido considerada en una oferta que superó el umbral técnico, en la medida en que su absorción modifique el valor de la tarifa, cuando este es un factor de adjudicación, llevará al fracaso de cualquier negociación. Es cierto que esta situación se la puede evitar si todos los aspectos sustanciales de orden técnico quedan especificados de tal modo que si no constan o han tenido variaciones en la oferta técnica esta quedaría fuera del procedimiento, pero si el mecanismo es de este modo rígido, habría sido la Administración la que ha proveído la solución detallada y no se transferiría el riesgo al gestor privado como se espera.

(ii) *Procedimiento con precalificación de interesados*

Por otra parte, está el procedimiento con precalificación de interesados que es una alternativa al procedimiento ordinario para la selección, mediante concurso público, del promotor privado que llevará adelante el proyecto de APP a través del gestor privado.²⁹⁸

La diferencia con el proceso ordinario es que el procedimiento con precalificación implica dos momentos en el concurso, completamente diferenciados en sus objetivos.

En un primer momento se convoca a los interesados en participar en un procedimiento de precalificación para llegar a determinar los eventuales oferentes más calificados para asumir la gestión del proyecto público. Este primer momento, con sus propias subetapas, concluye con una lista de eventuales oferentes habilitados a presentar una oferta técnica y económica para el proyecto del que se trate.

Inmediatamente luego, la entidad delegante procederá a convocar a los interesados habilitados a presentar sus ofertas dentro de un procedimiento separado entre los que fueron precalificados.

En todo lo demás, la metodología del procedimiento ordinario puede ser aplicada, *mutatis mutandis*, a este procedimiento.

²⁹⁸ [Ecuador] Reglamento de la LIAPP, art. 75.

En un procedimiento de esta naturaleza tiene riesgos y ventajas, como en cualquier otra fórmula que se quiera emplear. Una de las ventajas que se puede observar es que la entidad delegante puede llegar establecer tempranamente el futuro del procedimiento emprendido. Por ejemplo, si de la precalificación se extraer un único posible oferente, es bastante evidente que no habrá tensión competitiva en el siguiente momento, por lo que convendrá cancelar el procedimiento hasta que se presente una mejor oportunidad. Una cosa similar se produciría si como resultado de este procedimiento quedan pocos posibles oferentes, entre los cuales hay una importante diferencia en capacidades técnicas o financieras. El mecanismo, por otra partes, es muy útil cuando los interesados son lo suficientemente importantes en el mercado que su participación con una oferta claramente implicará competencia real y efectiva.

(iii) *Transparencia*

Además de los mecanismos de publicidad previstos en el sistema ecuatoriano, como el Registro APP, se ha determinado como regla general que todos los actos del procedimiento de concurso son públicos, para indicar que cualquier persona tendrá acceso a la información, con la única restricción de aquella información que en los pliegos se califique como comercialmente sensible. No obstante, la información comercialmente sensible no debería tener ningún efecto en las decisiones que deban adoptarse en el concurso.²⁹⁹

(c) Procedimientos aplicables para los contratos de concesión en España

En general, la adjudicación de los contratos del sector público español ordinariamente se efectúa con base en una pluralidad de criterios de fundados en el principio de mejor relación calidad-precio. Se emplean de modo ordinario el procedimiento abierto o el procedimiento restringido. En el caso de los contratos de concesión de servicios especiales³⁰⁰ únicamente se puede emplear el procedimiento restringido.

En el *procedimiento abierto*, todo interesado puede presentar una oferta y no cabe la negociación de los términos del contrato con los licitadores.³⁰¹ El plazo para presentar ofertas en los contratos de concesión de obras o servicios sujetos a regulación armonizada no puede ser inferior a 30 días desde la fecha de envío del anuncio de licitación a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. En el caso, de los contratos de concesión de obras y servicios no sujetos a regulación armonizada, el plazo para presentar ofertas no puede ser menor a 26 días.^{302 303}

El *procedimiento restringido* se caracteriza porque se puede presentar cualquier interesado en participar; no obstante, solo pueden presentar ofertas o proposiciones,

²⁹⁹ [Ecuador] Reglamento de la LIAPP, art. 64.

³⁰⁰ [España] LCSP, Anexo IV.

³⁰¹ [España] LCSP, art. 156.1

³⁰² [España] LCSP, art. 156.6.

³⁰³ El procedimiento abierto simplificado no se aplica a los contratos de concesión, de acuerdo con el art. 159 de la LCSP.

quienes resulten calificados en razón de su solvencia.³⁰⁴ Es un procedimiento en el que no se puede negociar los términos de la relación.

El *procedimiento de licitación con negociación* se puede emplear en contratos de concesión de obras y concesión de servicios cuando:³⁰⁵

- Se requiera que los interesados deban diseñar o adaptar la prestación a las necesidades del órgano contratante.
- Cuando el proyecto o la solución sea innovador.
- Cuando en razón de la naturaleza, complejidad o estructura jurídica o financiera de la prestación, o por su riesgos, se requiera negociar.
- Cuando no sea posible para el órgano contratante determinar con precisión las especificaciones técnicas de acuerdo con la misma LCSP.
- Cuando previamente, procedimientos abiertos o restringidos, solo se hubieren presentado ofertas irregulares o inaceptables. Son irregulares, las ofertas que no corresponden al pliego, se presentan fuera del plazo, muestran indicios de colusión o corrupción o son temerarias (anormalmente bajas). Son inaceptables, las ofertas presentadas por quien no cumple los requisitos de elegibilidad o la oferta rebasa presupuesto del contrato.³⁰⁶
- Cuando el contrato se refiera a servicios sociales personalísimos, caracterizados por la necesidad de arraigo de la persona en el entorno social, si lo que se busca es dar continuidad en la prestación del servicio.

El *procedimiento negociado sin publicidad* es aplicable a los contratos de concesión de obras y concesión de servicios cuando:³⁰⁷

- No se haya presentado oferta alguna; las ofertas presentadas no son adecuadas; o no existen solicitudes de participación adecuadas en procedimientos abiertos o restringidos, siempre que las condiciones iniciales no se alteren sustancialmente.³⁰⁸
- El contrato sea declarado secreto o reservado, o cuando para su ejecución se requiera medidas de seguridad especiales de acuerdo con la ley, o por razones de seguridad del Estado y así se haya declarado.

En el *procedimiento de diálogo competitivo*,³⁰⁹ una mesa especial busca alcanzar de los interesados seleccionados previamente una o varias soluciones a las necesidades la Administración y, luego de ello, los candidatos elegidos presenten su oferta.

³⁰⁴ [España] LCSP, art. 160

³⁰⁵ [España] LCSP, art. 167.

³⁰⁶ Ver R. de Michele, J. Prats e I. Losada Revol. *Efectos de la corrupción en los contratos de asociaciones público-privadas. Consecuencias de un enfoque de tolerancia cero*. Washington: BID, 2018.

³⁰⁷ [España] LCSP, art. 168.1.a).

³⁰⁸ En ningún caso, se puede incrementar el presupuesto de base ni variar el sistema de retribución. Por otra parte, una oferta no es adecuada si no es pertinente para el contrato, si no permite satisfacer las necesidades y los requisitos especificados en los pliegos que rigen la contratación. Una solicitud de participación no es adecuada si el interesado debe ser excluido de acuerdo con la LCSP o no cumple los requisitos de selección. [España] LCSP, art. 168.1.a). 1.º

³⁰⁹ [España] LCSP, art. 172

Cuando se trata de contratos de concesión celebrados por poderes adjudicadores distintos a la Administraciones Públicas, cuando la cuantía del contrato sea igual o superior a 40.000 euros, pero menor a 5.350.000 de euros, el procedimiento de adjudicación en contratos de concesión no sujetos a regulación armonizada se debe hacer por cualquier procedimiento autorizado en la LCSP, excepto el negociado sin publicidad que únicamente puede ser empleado en los supuestos tasados en el art. 168 *ibidem*.

En el sistema jurídico español es posible la contratación directa de un gestor privado. Cuando se trata de contratos celebrados no sujetos a régimen armonizado, por otros entes del sector público que no sean considerados Administraciones Públicas —y que sean poderes adjudicadores—, se permite que la adjudicación se efectúe sin concurso en función de la cuantía.³¹⁰ Si el contrato de concesión de obras o servicios —y en general de los contratos administrativos— tiene un valor estimado menor a 40.000 euros,³¹¹ podrán adjudicarse directamente, siempre que se acredite la capacidad y la habilitación profesional del contratista.

(d) Criterios de adjudicación

(i) Tipología de criterios de adjudicación en Ecuador

Los parámetros de adjudicación es uno de los elementos sustanciales que debe contener el pliego de bases. El sistema ecuatoriano únicamente ejemplifica cuáles podrían ser estos factores: (i) menor financiación del Estado; (ii) mayor retribución al Estado; (iii) nivel tarifario y su estructura; o, (iv) menor valor presente de los ingresos brutos.³¹² Nótese que los ejemplos provistos en el régimen se refieren a factores de carácter económico-financiero. Esto se debe a que, de acuerdo con el art. 67 del Reglamento de la LIAPP se prefieren criterios de adjudicación contenidos en la oferta económica, en función del tipo de procedimiento escalonado al que me he referido. En cualquier caso, cuando existe más de un factor de adjudicación, le corresponderá a la entidad delegante incluir en los pliegos la ponderación que se empleará para adoptar cualquier decisión.

(ii) Criterios de adjudicación en España

En general, la regla de adjudicación de los contratos en el sistema jurídico español es el de la mejor relación precio-calidad con base en una pluralidad de criterios de adjudicación.³¹³

Los criterios pueden ser económicos y cualitativos. Estos últimos pueden incluir: (i) «la calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño universal o diseño para todas las personas usuarias, las

³¹⁰ [España] LCSP, art. 318.

³¹¹ La habilitación se da para el caso de los contratos de servicios y suministros cuando el valor estimado es menor a 15.000 euros.

³¹² [Ecuador] Reglamento de la LIAPP, art. 67.

³¹³ [España] LCSP, art. 145.1. Con la debida justificación que conste en el expediente, se puede emplear distintas relaciones: coste-eficacia, el precio o el cálculo del coste de ciclo de vida.

características sociales,³¹⁴ medioambientales³¹⁵ e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones»;³¹⁶ (ii) la organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato; o (iii) el servicio posventa y la asistencia técnica y condiciones de entrega. A estos criterios cualitativos se debe acompañar el criterio del coste (precio, rentabilidad o coste del ciclo de vida).

Las mejoras, esto es, prestaciones adicionales a las establecidas en el proyecto o pliego de prescripciones técnicas sin variación del objeto del contrato, como criterio de adjudicación deben estar suficientemente especificadas. Las propuestas por el adjudicatario se han de incorporar al contrato y no pueden ser modificadas.

Se ha de usar más de un criterio para la adjudicación de contratos, entre otros, en los de concesión de obras y de concesión de servicios.³¹⁷

Los criterios de adjudicación deben constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo y en el anuncio de la licitación.

Los criterios a ser empleados deben estar vinculados con el objeto del contrato,³¹⁸ estar formulados objetivamente, respetando los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad. No pueden otorgar una libertad ilimitada de decisión al órgano de contratación. Deben permitir condiciones de competencia efectiva. La objetividad exige también que se determine el modo de acreditarlos.

(e) Adjudicación y celebración del contrato de APP

Concluida la calificación de las ofertas y obtenida la prelación de ofertas y oferentes, si es que no media una etapa de negociación para ajustar las ofertas técnicas que han superado el umbral previsto en el pliego de bases, procede la adjudicación. La adjudicación debe hacerse mediante resolución motivada —se señalan los criterios empleados y su aplicación—, que se notifica a todos los participantes y se publica en el Registro APP. También es posible en esta etapa que, en lugar de una resolución de adjudicación, se emita una que declare el concurso desierto y justifique esta decisión.³¹⁹

³¹⁴ Tales como, la participación de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables, subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; planes de igualdad de género, fomento de la contratación femenina, la conciliación de la vida laboral, personal y familiar, mejora de las condiciones laborales y salariales, estabilidad en el empleo, contratación de un mayor número de personas, formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo, aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social, criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo.

³¹⁵ Tales como la reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero; medidas de ahorro y eficiencia energética y utilización de energía renovable, mantenimiento o mejora de los recursos naturales.

³¹⁶ [España] LCSP, art. 145.2.1.º

³¹⁷ [España] LCSP, art. 145.3.

³¹⁸ Se entiende que existe esta vinculación cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida. [España] LCSP, art. 145.6.

³¹⁹ [Ecuador] Reglamento de la LIAPP, art. 68.

Expedida la resolución de adjudicación, la entidad delegante debe convocar al adjudicatario para que suscriba el contrato de gestión delegada. Debe notarse que, en el Ecuador, quien está llamado a suscribir el contrato de gestión delegada es el promotor privado cuya oferta ha sido adjudicada. De modo que, la constitución del gestor privado y su posterior asunción como parte contractual será una obligación de hacer que se deriva del contrato.

Para la suscripción del contrato de gestión delegada, el pliego de bases debe determinar las condiciones precedentes y los documentos habitantes que se deben aportar para proceder con el cierre comercial.³²⁰

4. Ejecución del contrato de APP

(a) Visión de conjunto

Una vez suscrito el contrato de gestión delegada, inicia la ejecución del contrato de gestión delegada y la implementación del proyecto. Esta etapa naturalmente es la más larga del ciclo del proyecto y, por ello, tanto la Administración como los promotores privados y, en su momento, el gestor privado debe organizarse para emprender las actividades sustanciales previstas en el proyecto y satisfacer las obligaciones según las previsiones del contrato.

Desde la perspectiva del gestor privado —y los promotores, al inicio— la etapa de ejecución del contrato se destina a alcanzar «los resultados, en bienes y/o servicios, según las especificaciones e indicadores previstos en el contrato de gestión delegada y sus documentos, y asegurar su provisión continua durante la vigencia del contrato de gestión delegada».³²¹ Atada a este objetivo, la Administración,³²² por su parte, está abocada a implementar y mantener un sistema eficaz de monitoreo sobre el cumplimiento de los términos y condiciones del contrato, de modo que pueda adoptar las medidas oportunas para corregir los desvíos y evitar que se agraven o acumulen sus consecuencias en el ciclo del proyecto. Además, la implementación del proyecto exige también que los resultados que se van obteniendo durante esta etapa, se integren y consoliden en los sistemas de gestión pública; es decir, la gestión del proyecto de APP no se limita a su funcionamiento individualizado, sino al modo en que, según su concepción original, sirve a los propósitos de la planificación material y financiera del Estado.

Un proyecto de APP termina, no con la reversión de la infraestructura y el servicio a la entidad delegante, sino con la evaluación de los resultados, una vez concluido el contrato. Esta idea aparece en la delimitación de la etapa en el sistema ecuatoriano.³²³ No obstante, se requiere alguna precisión para diferenciar el hecho de que, desde el ámbito jurídico, aunque la terminación del contrato pone fin a la etapa de ejecución contractual, el proyecto solo concluye para la Administración pública, cuando se han evaluado los resultados de cara a satisfacer los criterios de mejora continua.

³²⁰ [Ecuador] Reglamento de la LIAPP, art. 69.

³²¹ [Ecuador] Reglamento de la LIAPP, art. 70.

³²² [Ecuador] Reglamento de la LIAPP, art. 71.

³²³ [Ecuador] Reglamento de la LIAPP, art. 70.

(b) Estrategia de gestión del contrato e instrumentos

(i) Organización y participantes

La gestión del contrato implica también un procedimiento de planificación. La Administración necesita determinar los procesos que llevará a cabo y asignará a ellos los medios humanos, materiales y tecnológicos, considerando los componentes del proyecto encomendado al gestor privado.³²⁴ Resalta de manera sustancial como macroprocesos, por una parte, la administración de la relación contractual, donde hay que gestionar los derechos que se deben exigir y las obligaciones que requieren ser cumplidas; y, por otra parte, la fiscalización de las tareas y resultados a cargo del gestor privado.

(ii) Manual de gestión del contrato de APP e informes de seguimiento en Ecuador

En el sistema jurídico ecuatoriano, el instrumento central con el que se organiza la gestión del contrato de gestión delegada es el «manual de gestión del contrato».³²⁵ Un borrador de este documento se debe acompañar al pliego de bases del concurso, de modo que los interesados conozcan la manera en que la entidad delegante actuará una vez que el gestor privado suscriba el contrato. Además, una vez concluido debe constar en el Registro APP para conocimiento público.

De modo general, un manual de gestión del contrato no altera los derechos y obligaciones del gestor privado, ni es su fuente. Lo que se busca con este instrumento es identificar los objetivos, indicadores y medios de verificación del proyecto según fue preparado, para que, en función de ellos, se vinculen las tareas de seguimiento con sus responsables, determinando los niveles de decisión según la casuística de los eventos para los que se las requiera.

Los procesos diseñados en el manual de gestión deben ocuparse de generar resultados o productos en al menos los siguientes temas:

- Las relaciones de la Administración delegante con el gestor privado y terceros vinculados con el proyecto, v. gr., subcontratistas, financiadores externos, otros órganos públicos y la comunidad en general).
- La obtención y tratamiento de datos relevantes para las tareas de seguimiento, la producción de los informes y su divulgación.
- La gestión de los requerimientos de modificación. El sentido de proveerlos es poder tratarlos de manera organizada y dentro de los límites prefijados en la ley, sus normas secundarias y el mismo contrato.
- El cumplimiento de las obligaciones asumidas por la Administración. Junto a la satisfacción de los compromisos específicos con respecto al proyecto, está también el seguimiento —y alerta temprana en caso de ser necesario— sobre los efectos fiscales generales en la implementación del proyecto, el seguimiento de la implementación del Programa de Proyectos APP y la divulgación de la información a la comunidad.

³²⁴ [Ecuador] Reglamento de la LIAPP, art. 71.

³²⁵ [Ecuador] Reglamento de la LIAPP, art. 71.

- La identificación de las contingencias y la preparación de los planes de reacción para gestionar los riesgos asumidos, y evitar daños a la misma Administración o a la comunidad.
- El modo de atender los conflictos que deban ser resueltos siguiendo los criterios normativos previstos en la ley³²⁶ y las normas secundarias

Uno de los productos a cargo de la Administración durante la ejecución del contrato de gestión son informes anuales de seguimiento que deben estar disponibles y publicados en el Registro APP, durante el mes de mayo. Cada informe se refiere al periodo anual inmediatamente anterior al de su publicación.

Para que se puedan preparar estos informes, el sistema jurídico ecuatoriano requiere que se incluya en los contratos «estipulaciones que le permitan acceder periódicamente durante un ejercicio fiscal a la información técnica, económica-financiera y legal del gestor privado y sus socios que tenga relevancia en el desarrollo de la APP».³²⁷

(iii) *Gastos de la gestión del contrato*

La entidad delegante puede emplear sus propios medios para ejecutar las tareas de administración de la relación contractual y la fiscalización de las actuaciones encomendadas al gestor privado. Alternativamente, con respecto a la fiscalización, se puede organizar un mecanismo conforme al cual las decisiones administrativas a cargo de la entidad delegante se puedan adoptar con la intervención de un tercero experto independiente de las partes que provea la información de seguimiento. Este mecanismo da mayor seguridad a las partes y reduce el nivel de conflictividad en la relación, pero resulta costoso.

Como todo gasto asociado al proyecto, el referido a la administración y fiscalización externa den proyecto APP también se incorpora en el plan financiero del proyecto con efectos en el cálculo de las contraprestaciones económicas que resultan de la provisión del servicio. En el Ecuador, se ha dispuesto que cuando así se lo haga, se debe incluir en las bases del pliego esta consideración de modo que los oferentes incluyan este requerimiento en su plan financiero.³²⁸

(iv) *Administración y fiscalización*

En efecto, en la organización de la gestión del contrato, el equipo debe estar calificado en función de los roles que les corresponde ocupar en el proceso. La competencias deben ser evaluadas en función de las tareas que se deben satisfacer. Es decir, es muy poco probable que la estructura de base de la Administración cuente con las capacidades y habilidades para atender las especificidades de un proyecto que se ha decidido trasladar al sector privado.

Por esta misma razón, es posible y así lo prevén muchos de los sistemas jurídicos de referencia, contar con medios externos a la Administración que provean la

³²⁶ [Ecuador] LIAPP, art. 19.

³²⁷ [Ecuador] Reglamento de la LIAPP, art. 75.

³²⁸ [Ecuador] Reglamento de la LIAPP, art. 73.

información sobre los hechos relevantes para determinar el cumplimiento de obligaciones.³²⁹

(v) *Participación de la comunidad en el seguimiento contractual*

Un proyecto APP que esté destinado al servicio de las personas, superando la reducción impuesta en la práctica de considerar únicamente los asuntos de eficiencia, requiere su participación en las etapas tempranas de la evaluación, como en la gestión del contrato.

En este sentido, el sistema jurídico ecuatoriano ha determinado que en todo contrato de gestión delegada se debe incluir algún mecanismo que ponga en relación la información provista por los destinatarios de los servicios y el seguimiento y evaluación de las actividades del gestor privado. La relevancia que tenga la participación de la comunidad en la fiscalización del gestor privado debe ser fijada en el respectivo contrato.³³⁰

(c) **Efectos y cumplimiento de los contratos de concesión en España**

Respecto de los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos de concesión de obras se aplica el régimen general aplicable a todo contrato regulado en la LCSP,³³¹ salvo en los que respecta a las reglas sobre suspensión de contratos³³² y cumplimiento del contrato y recepción de la prestación.³³³ Tampoco se aplica en la fase de explotación, pero sí en la de construcción, las reglas sobre las consecuencias y prerrogativas de la administración frente al incumplimiento parcial del contratista,³³⁴ demora en la ejecución de las prestaciones³³⁵ y resolución por demora y ampliación de plazos.³³⁶ La misma regla se aplica para el caso de los contratos de concesión de servicios.³³⁷

En general, los contratos de concesión deben cumplirse conforme a sus estipulaciones, sin perjuicio de las prerrogativas atribuidas a la Administración.³³⁸ No obstante, su contenido viene determinado por la LCSP y sus normas derivadas —y supletoriamente por las restantes normas de Derecho administrativo y, en su defecto, las normas de Derecho privado—, el contenido de los pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas, generales y particulares, o el documento descriptivo.³³⁹

³²⁹ [Ecuador] Reglamento de la LIAPP, art. 72.

³³⁰ [Ecuador] Reglamento de la LIAPP, art. 74.

³³¹ [España] LCSP, art. 251. Ver, en general, con relación a los contratos de concesión de servicios, J. Pintos Santiago. «Cumplimiento, efectos y extinción en los contratos de concesión de servicios», en J. M. Gimeno Feliú. *Observatorio de los contratos públicos*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 285-301.

³³² [España] LCSP, art. 208.

³³³ [España] LCSP, art. 210.

³³⁴ [España] LCSP, art. 192.2.

³³⁵ [España] LCSP, art. 193.

³³⁶ [España] LCSP, art. 195.

³³⁷ [España] LCSP, art. 286. J. A. Moreno Molina y J. Pintos Santiago. *Los contratos administrativos y su aplicación: obras, suministros, servicios y concesiones de obras y servicios*. Madrid: Wolters Kluwer, 2018.

³³⁸ [España] LCSP, art. 189.

³³⁹ [España] LCSP, art. 188.

(i) Riesgo y ventura del contratista

La regla general en el sistema jurídico español, es que la ejecución de contrato se realiza a «riesgo y ventura del contratista», sin perjuicio del régimen de la fuerza mayor —en esta disposición referido al caso de los contratos de obra—. ³⁴⁰

En armonía con el art. 197 de la LCSP, en materia del contrato de concesión, el art. 254 *ibidem* reitera el concepto general de que la ejecución del contrato de concesión se efectúa a riesgo y ventura del concesionario; no obstante, agrega de modo específico que al concesionario le corresponde el riesgo operacional de la concesión, salvo respecto de aquella porción de la obra que haya sido ejecutada por la Administración de conformidad con el art. 252.2 de la LCSP y los eventos de fuerza mayor regulados en el art. 239 *ibidem*. ³⁴¹

El riesgo derivado de la fuerza mayor, supone, incluso, la posibilidad de ajustar el plan económico-financiero o de resolver el contrato, en cuyo caso, la Administración responde por el total de las obras ejecutadas y los costes originados en el endeudamiento con terceros.

(ii) Modalidades de ejecución de obras

El art. 252.1 de la LCSP autoriza la participación de la Administración en la ejecución de las obras en el contexto de un contrato de concesión de obras. La norma también autoriza la subcontratación con terceros, de acuerdo con la ley y el pliego.

La participación de la Administración en la ejecución de las obras puede consistir en la ejecución de la obra a cuenta del empresario o en la financiación parcial. ³⁴² Cuando se trata de la ejecución material de la obra, se requiere la diferenciación de lo ejecutado por el contratista y su recepción formal.

El pago se efectúa según el régimen general de los contratos de obra, previsto en el art. 240 de la LCSP. De acuerdo con este régimen la Administración, dentro de los primeros 10 días de cada mes, expedirá las certificaciones de la obra ejecutada según el proyecto en el mes inmediatamente anterior. Los pagos realizados se consideran abonos a cuenta que pueden ser rectificadas hasta la mediación final. Estas certificaciones no suponen aprobación o recepción alguna. ³⁴³ En los abonos a cuenta, también se deben considerar las actividades preparatorias según se lo prevea en el pliego.

En cambio, cuando la Administración interviene financiando parcialmente la obra, cabe la posibilidad que tales aportaciones se hagan por avance de la obra, siguiendo la misma mecánica de certificación mensual del art. 240 de la LCSP o a la conclusión de la obra siguiendo para este propósito las reglas del art. 266 del la LCSP.

³⁴⁰ [España] LCSP, art. 197.

³⁴¹ Cuando se producen hechos de fuerza mayor, cuando no existe una conducta imprudente del contratista, éste tiene derecho a ser indemnizado por los daños que haya tenido que soportar en la ejecución del contrato. Se consideran hechos de fuerza mayor: (i) los incendios causados por la electricidad atmosférica, (ii) los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes y (iii) los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.

³⁴² [España] LCSP, art. 252.2.

³⁴³ [España] LCSP, art. 198.2.

Las ayudas públicas, en todo caso, no pueden afectar la transferencia efectiva del riesgo operacional.

Es de absoluta responsabilidad del concesionario la ejecución de las obras subcontratadas. En tal virtud, el art. 253 de la LCSP, se le otorga al concesionario derecho de control y la capacidad de ejecutar las tareas propias de un fiscalizador con respecto a sus subcontratistas.

A la conclusión de las obras, se levanta un «acta de comprobación», según lo previsto en los pliegos. No se trata de un acta de entrega-recepción.³⁴⁴

El acta de comprobación debe contener la valoración de la obra pública ejecutada y la inversión realizada, así como, el cumplimiento de las condiciones impuestas en materia ambiental. Se trata de un instrumento liberatorio con respecto a la obligaciones que debían ser desarrolladas durante la etapa de construcción y también del mecanismo con el que quedan definidas las inversiones realizadas para propósitos de la aplicación de las reglas de compensación en casos de terminación y, en general, para los procedimientos de revisión.

Cuando hay aportes públicos en la construcción de la obra, al acta de comprobación y el documento de valoración se debe acompañar la «certificación final de la obra».

La aprobación del acta de comprobación, permite el inicio de la explotación de la obra y, desde tal fecha, inicia el plazo de garantía de la obra.

(iii) *La ejecución de los servicios*

En el caso de los contratos de concesión de servicios, el concesionario debe organizarlo y prestarlo de acuerdo con las características previstas en el contrato y los plazos ahí definidos. Cuando se incluyen obras, estas deben ser desarrolladas de acuerdo con el proyecto aprobado por la Administración. Cuando el servicio concesionado es un «servicio público», la Administración conserva su poder de policía para asegurarse que sea provisto sin afectación.³⁴⁵

En todo caso, el concesionario de servicios está obligado a:³⁴⁶

- Prestar el servicio con la continuidad convenida. El concesionario debe mantener la provisión hasta que tenga sustituto cuando el contrato se extingue.
- Garantizar el acceso al servicio por parte de los particulares, según las condiciones pactadas y pro el pago de la tarifa aprobada.
- Cuidar del buen orden del servicio.
- Indemnizar los daños que se causen a terceros, excepto cuando este tenga origen en causas imputables a la Administración.
- Respetar el principio de no discriminación. No obstante, la LCSP se refiere únicamente a la discriminación en relación con la nacionalidad.
- Cualesquiera otras previstas en la legislación, en el pliego o los documentos de la operación.

³⁴⁴ [España] LCSP, art. 256.

³⁴⁵ [España] LCSP, art. 287.

³⁴⁶ [España] LCSP, art. 288.

(iv) Responsabilidad por daños y penas contractuales

En caso de desvíos en el cumplimiento del contrato, el pliego o el documento descriptivo debe prever penalidades proporcionales a la gravedad del asunto y cada una de ellas no pueden ser superiores al 10 % del precio del contrato (sin IVA) y en total no podrán superar el 50 %.³⁴⁷

Únicamente para la fase de construcción, cuando el concesionario por causa suya, incumple el contrato parcialmente, la Administración puede elegir entre aplicar las penalidades previstas en el pliego o la resolución del contrato.³⁴⁸

En lo que respecta al cumplimiento oportuno de las obligaciones, en la fase de construcción, el concesionario debe satisfacer sus prestaciones en el plazo total y los parciales fijados en el contrato. La constitución en mora del contratista no requiere intimación previa y cuando por causas a él imputables incurriere en mora la Administración le puede imponer una multa de 0,60 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato (sin IVA) por cada día de retraso, o por la resolución del contrato. Cuando las multas alcancen un múltiplo del 5 % del precio del contrato (sin IVA) la Administración puede continuar con la ejecución del contrato imponiendo nuevas penalidades o decidir la resolución.³⁴⁹ Cuando la resolución del contrato se diese por demora, la Administración debe oír al contratista y, en caso de que este se opusiese, deberá obtener el informe del Consejo de Estado o su equivalente en el ámbito de las Comunidades Autónomas. Cuando la demora se debiese a causas que no le son imputables al contratista y este ofreciera realizar las actividades a su cargo si se le amplía el plazo, la Administración le puede otorgar un plazo equivalente al perdido.³⁵⁰

Cuando no se hubiera previsto penalidad en el contrato o esta fuere insuficiente para resarcir el daño, en caso de incumplimiento parcial, defectuoso o inoportuno imputable al concesionario, la Administración está habilitada a exigir la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.³⁵¹

Las penalidades se imponen por decisión del órgano de contratación —a propuesta del responsable o administrador—. Son inmediatamente ejecutivas y se harán efectivas con la deducción de las cantidades debidas de los pagos que deban hacerse al concesionario o sobre la garantía si no hubiera pagos que hacerle.³⁵²

En el caso de daños causados a terceros, en el sistema español se ha previsto que el concesionario es responsable de todos los que resulten de la ejecución del contrato, salvo cuando estos se hubieran producido como resultado de una decisión adoptada por la Administración o a consecuencia de los vicios del proyecto —se entiende que cuando este es desarrollado por la misma Administración—. El afectado puede acudir antes la Administración, dentro del año subsiguiente al evento, para requerirle determine quién es el responsable del daño que ha debido soportar. Con esta medida se suspende la prescripción de la acción.³⁵³

³⁴⁷ [España] LCSP, art. 192.1.

³⁴⁸ [España] LCSP, art. 192.2.

³⁴⁹ [España] LCSP, art. 193.

³⁵⁰ [España] LCSP, art. 195.

³⁵¹ [España] LCSP, art. 194.

³⁵² [España] LCSP, art. 194.2.

³⁵³ [España] LCSP, art. 196.

La Administración debe pagar el interés de demora en la entrega de la contraprestación económica o los medios auxiliares a que se obligó en el contrato,³⁵⁴ cuando no se hubiere realizado con la oportunidad señalada en el contrato, no procede la resolución —la demora debiera ser de 6 meses— o siendo pertinente la resolución, el concesionario no la solicita.

El sistema jurídico español define un régimen sancionador para el caso de los incumplimientos y desvíos incurrimos por el concesionario.³⁵⁵ El esquema es esencialmente distinto al régimen administrativo, pues se introducen en el contexto de instrumentos convencionales. Además, los incumplimientos graves dan lugar a la resolución del contrato. El pliego es también el instrumento que debe contemplar los supuesto de incumplimientos graves que permiten el secuestro de la concesión, con independencia de las penas aplicables.

Finalmente, el art. 264.6 de la LCSP habilita a la Administración a imponer multas coercitivas al concesionario, previamente advertido, por un monto diario de hasta 3.000 euros (si no se ha establecido otra específica) hasta que se cumpla la obligación omitida por el concesionario.

La etapa preparatoria de un proyecto público y en ella la evaluación de conveniencia de su gestión en APP es muy importante, especialmente en los que corresponde al diseño de los aspectos jurídicos de la relación básica reflejada en un contrato de gestión delegada. Su implementación depende del modo en que se orienta la resolución de los espacios no regulados.³⁵⁶ La renegociación puede ser un problema, si es que no se la orienta dentro de un marco que haga predecible no los resultados, sino las posibilidades de actuación de las partes negociadoras. Nadie asume que es posible prever todas las circunstancias futuras en un contrato de tan largo plazo como el de gestión delegada.³⁵⁷ A lo largo de la vida del proyecto y la ejecución del contrato pueden surgir un sinnúmero de situaciones de las se pueden derivar variaciones en la relación original de colaboración entre la Administración pública y el gestor privado. En estas circunstancias, la debida diligencia de cada parte, los procesos transparentes, la flexibilidad limitada y la adecuada gestión de los contratos se hacen imprescindibles para alcanzar las ventajas en eficiencia de la modalidad de gestión, sin afectar la equidad.

5. Modificaciones y renegociación de los contratos APP

Las modificaciones en la relación contractual o en las previsiones del proyecto se pueden producir en el tiempo. Esto hay que reconocerlo como algo normal en un

³⁵⁴ [España]. LCSP, art. 198.

³⁵⁵ [España] LCSP, art. 264.

³⁵⁶ Cfr. G. Sabbioni. «Renegociación permanente de contratos de infraestructura. Una visión desde la literatura económica», Documento de trabajo, División de Recursos Naturales e Infraestructura, CEPAL, 2019, *passim*. omisión Económica para América Latina y el Caribe, Naciones Unidas.

³⁵⁷ Cfr. R. Sánchez y P. Chauvet. Contratos de concesión de infraestructura. Incompletitud, obstáculos y efectos sobre la competencia. Santiago: CEPAL, 2019, [Serie Comercio Internacional núm. 150].

contrato de gestión delegada y, con ello, el problema de las renegociaciones de los contratos.³⁵⁸

Aunque no es sencillo cuantificar, y por ello es difícil determinar su impacto, el incumplimiento de las previsiones establecidas en los planes financieros de los proyectos públicos gestionados con APP es uno de los problemas que se han observado desde el impulso de la figura. La consecuencia de ello han sido renegociaciones oportunistas, con efectos negativos para la comunidad.³⁵⁹

La renegociación en los contratos APP ha sido uno de los objetos en los que se han enfocado varios estudios desde el punto de vista económico y práctico, especialmente por Guasch.³⁶⁰ De acuerdo con la información expuesta, el 30 % de los proyectos considerados en el estudio, en el periodo 1985 a 2000, fueron objeto de renegociación; entre 2004 y 2010, el 68 %; y entre 2010 y 2015, el 58 %. La primera renegociación se produce tempranamente y se repiten. En el periodo 1985 a 2010, el 61 % de las renegociaciones las inició el gestor privado, el 26 % la Administración delegante y en un 13 % las renegociaciones producidas no se pueden atribuir a la iniciativa de uno u otro participante.

La Administración pública suele propiciar modificaciones contractuales por distintas razones. Por ejemplo, estas pueden ser de tipo político y de coyuntura, como cuando se desea anticipar obras para mostrar gestión o retrasar el aumento de las tarifas para evitar reacciones sociales. Hay caso también referidos a la incapacidad material (o incluso formal) para honrar las obligaciones derivadas del contrato, como cuando se ha producido una falta de previsión de los medios financieros para atender los compromisos firmes asumidos contractualmente o con ocasión de la ocurrencia del evento del que pende la exigibilidad de obligaciones originadas en compromisos contingentes con alta probabilidad de ocurrencia.

Las renegociaciones pueden ser propiciadas por los participantes privados y, en tal caso, la iniciativa suele estar vinculada a razones oportunistas, como cuando se quiere maximizar ingresos, reducir costes, variar el esfuerzo en las inversiones o redistribuir los riesgos (con los que se maximiza el valor presente neto del proyecto). Hay, no obstante, casos en que las circunstancias externas al gestor privado modifican

³⁵⁸ Cfr. S. Hinojosa. «Concesiones de obras públicas, espacios para la renegociación y fuentes de controversias», en *Themis. Revista de Derecho*, núm. 39, 1998, pp. 121-132.

³⁵⁹ Cfr. M. Baeza. *Planificación económico-financiera de las concesiones de autopistas de peaje. Un estudio empírico del caso español*. Tesis doctoral. Universidad de Granada [Departamento de Economía Financiera y Contabilidad], 2008, p. xviii.

³⁶⁰ Ver, al respecto, J. L. Guasch. *Concesiones en Infraestructura: cómo hacerlo bien*. Barcelona: Bosch, 2005; J. L. Guasch. «Procurement and renegotiation of Public Private Partnerships in infrastructure. Evidence, typology and tendencies», en G. Piga y T. Tatrai. *Law and Economics of Public Procurement Reforms*, Londres: Routledge, Taylor & Francis Group, 2018, pp. 199-223; J. L. Guasch y S. Straub. «Renegotiation of Infrastructure concessions: an overview», en *Annals of Public and Cooperative Economics*, vol. 77, núm. 4, 2006, pp. 479-493; J. L. Guasch, J. Laffont y S. Straub. «Renegotiation of Concession Contracts: A Theoretical Approach», en *Review of Industrial Organization*, vol. 29, núm. 1-2, 2006, pp. 55-73; J. L. Guasch, J. Laffont y S. Straub. «Renegotiation of concession contracts in Latin America: Evidence from the water and transport sectors», en *International Journal of Industrial Organization*, vol. 26, núm. 2, 2008, pp. 421-442.

en extremo las asunciones de un plan financiero diligentemente preparado, como en el caso de la pandemia por la COVID-19.³⁶¹

En suma, la modalidad de gestión de APP para un proyecto público implica una alta probabilidad de ocurrencia de que los términos de la relación original sean modificados, que las renegociaciones sean recurrentes, que una buena parte de ellas sean provocadas por el gestor privado o por la Administración pública por razones distintas a la satisfacción de los objetivos de interés general.

Pese a los efectos negativos de las renegociaciones, se aprecia que los programas APP mantienen sus ventajas como instrumento para reducir la brecha en infraestructura.³⁶² Para potenciar la modalidad y enfrentar los retos de la ejecución de los contratos, dentro del escenario de una eventual renegociación, los sistemas jurídicos se han venido adaptando a partir de la experiencia acumulada en las últimas décadas.³⁶³ Se insiste, en esta línea, que los problemas en los contratos de gestión delegada «no deben desviar el centro de atención del principal y último objetivo que es la eficiencia —en términos sociales— de la provisión de un bien o servicio público que busca crear valor para las personas y mejorar al bienestar de la sociedad».³⁶⁴

No obstante, las prevenciones que genera la evidencia empírica acerca de la fortuna de la modalidad es lo suficientemente relevante como para estimar que su uso es necesariamente excepcional y la evaluación de su conveniencia en la fase de preparación de los proyectos un aspecto en el que se requiere asumir como un hecho los desvíos potenciales que se pueden producir en la etapa de ejecución de los contratos y la implementación del proyecto. La evaluación de conveniencia, partiendo de la realidad de la modalidad de gestión, exige colocar a las personas en el centro del análisis, superando las aparentes ventajas de tipo financiero que se pregonan con insistencia para justificar una APP, a partir de asunciones de las que se desprende valor por dinero (eficiencias a partir de la distribución del riesgo) que casi nunca coinciden con la realidad.

No toda modificación de un contrato de gestión delegada es posible de acuerdo con los marcos regulatorios aplicables en cada sistema jurídico de referencia.

En el ámbito europeo, cualquier modificación sustancial en un contrato de concesión requiere un nuevo procedimiento de licitación, para salvaguardar la igualdad de trato y la transparencia que se desprende de tal principio. Hay modificaciones sustanciales, por ejemplo, cuando se introduzcan variaciones relevantes en el objeto, se

³⁶¹ Cfr. R. Sánchez y J. Lardé. «Las Asociaciones Público Privadas bajo la mirada de “Primero las personas”», en *Facilitación, Comercio y Logística en América Latina y el Caribe*, [boletín 383], núm. 7, 2020, pp. 1-15.

³⁶² Acerca de las ventajas de programas APP frente a las desventajas de las renegociaciones, se puede consultar, entre otros, a C. Cruz y R. Marques. «Endogenous Determinants for Renegotiating Concessions: Evidence from Local Infrastructure», en *Local Government Studies*, vol. 39, núm. 3, pp. 352-374; P. Rozas, J. Bonifaz y G. Guerra-García. *El financiamiento de la infraestructura. Propuestas para el desarrollo sostenible de una política sectorial*, Santiago: CEPAL, 2012; J. Vassallo. *Asociación Público-Privada en América Latina. Aprendiendo de la experiencia*. Bogotá: CAF, 2015; o J. Vasallo y R. Izquierdo de Bartolomé. *Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España*. Bogotá: CAF, 2010.

³⁶³ J. L. Guasch. «Procurement and renegotiation of Public Private Partnerships in infrastructure. Evidence, typology and tendencies», en G. Piga y T. Tatrai. *Law and Economics of Public Procurement Reforms*, Londres: Routledge, Taylor & Francis Group, 2018, pp. 199-223.

³⁶⁴ R. Sánchez y P. Chauvet. *Contratos de concesión de infraestructura. Incompletitud, obstáculos y efectos sobre la competencia*. Santiago: CEPAL, 2019, [Serie Comercio Internacional núm. 150].

modifique el equilibrio económico en favor del concesionario o, en general, las variaciones introducidas habrían variado la decisión de adjudicación o la participación en el procedimiento de licitación.³⁶⁵ Por ejemplo, la modificación del plazo original de un contrato de concesión puede ser considerado un cambio sustancial que «incumple la obligación de igualdad de trato establecida en el artículo 2 de la Directiva 2004/18 y la obligación de publicar un anuncio de licitación, establecida en el artículo 58 de dicha Directiva», según lo ha señalado el TJUE.³⁶⁶

(a) Habilitaciones y límites en la renegociación de contratos de gestión delegada en el Ecuador

En el Ecuador, la regulación de esta materia, ha sido remitida a una guía técnica expedida por el Comité APP.³⁶⁷ El único referente fijo en el sistema es que no se puede avanzar en la suscripción de una modificación del contrato, que no haya sido considerado durante la etapa de preparación del proyecto y merecido un informe positivo de la Unidad de Sostenibilidad y Riesgos Fiscales, si no se cuenta con el informe de impacto fiscal. Este requisito tiene la virtud de limitar en la Administración conductas oportunistas y desestimar otras de la misma naturaleza desde el gestor privado, especialmente cuando estas surgen de la dinámica interpersonal que se genera con el tiempo entre las partes directamente vinculadas en la relación.

Lo que se ha podido observar en la práctica de las APP en el Ecuador son algunas de las variaciones autorizadas y el modo de gestionarlas en los contratos, saber:

- Las modificaciones autorizadas no podrían implicar el cambio en la distribución de los riesgos entre la entidad delegante, promotores y gestor privado, originalmente pactada.³⁶⁸
- Aunque la entidad delegante podría requerir justificadamente en la realidad modificaciones en el alcance de obras o los servicios contratados o en los indicadores de cumplimiento de los objetivos previamente establecidos, estos cambios requieren una compensación (en numerario, plazo o cualquier otra forma establecida en el contrato), que, para evitar abusos, deberían ser valoradas conforme a los criterios empleados en la oferta adjudicada, ajustados en función del tiempo del requerimiento de variación.
- Cuando no existe acuerdo con respecto a la compensación, cuando no se ha previsto originalmente el mecanismo, las variaciones solicitadas por la Administración de las que dependa la continuidad, universalidad o accesibilidad y demás requerimientos constitucionales sobre el servicio público a ser provisto podría ser considerado un evento que motive la terminación anticipada del

³⁶⁵ [UE] Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 7 de septiembre de 2016, Finn Frogne, C-549/14, EU:C:2016:634, apartado 28.

³⁶⁶ [UE] Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 18 de septiembre de 2019, Comisión/Italia, C-526/17, ECLI:EU:C:2019:756, apartado 77. En el año 2009, Italia prorrogó por más de 18 años un contrato de concesión de la autopista A 12 que une Livorno y Civitavecchia sin licitación, lo que la Comisión estimó contrario los artículos 2 y 58 de la Directiva 2004/18/CE.

³⁶⁷ [Ecuador] Reglamento de la LIAPP, art. 45.

³⁶⁸ [Ecuador] Reglamento de la LIAPP, art. 71, letra c).

contrato por imposibilidad técnica, económico-financiera o legal superviniente que afecta su continuidad del contrato.

(b) Potestad de variación y modificaciones en los contratos de concesión españoles

Los contratos administrativos pueden tener modificaciones derivadas del régimen específico en materia de sucesión de la persona del contratista, la cesión del contrato, la revisión de los precio y la ampliación del plazo (por causas no atribuibles al contratista). Al margen de estos supuestos específicamente regulados, la ley atribuye la potestad de variación a la Administración pública, es decir, la calidad de disponer unilateralmente modificaciones en el contrato justificadas en el interés general y dando curso a las compensaciones correlativas a tales cambios.

En el ámbito español,³⁶⁹ el procedimiento para acometer una variación es, en principio, el mismo que se emplea para que la Administración ejerza cualquier otra potestad exorbitante:³⁷⁰ audiencia al interesado; informe del servicio jurídico; e informe del Consejo de Estado o su equivalente en el ámbito de la Comunidad Autónoma, cuando corresponde. A este procedimiento, cuando se trata de modificaciones no previstas en el pliego, se agrega para el caso específico de la potestad de variación, (i) la audiencia al redactor del proyecto o las especificaciones técnicas si fuese un tercero; y (ii) se debe publicar el anuncio de modificación en el perfil del contratante y, en el caso de ciertos contratos con regulación armonizada, se lo debe hacer en el «Diario Oficial de la Unión Europea».³⁷¹ En el caso de las modificaciones que se encuentren previstas en el pliego, estas se realizan del modo ahí establecido.

Ahora bien, hay dos tipo de modificaciones posibles: (i) las contempladas en el pliego y (ii) aquellas que no fueron previstas.³⁷² Las modificaciones previstas en el pliego son siempre obligatorias. Por otra parte, son obligatorias las modificaciones determinadas por la Administración, en los supuestos no contemplados en los pliegos, cuando estas no superen el 20 % del precio inicial (sin IVA); en los demás casos se requiere el consentimiento del contratista.³⁷³ Cuando las modificaciones requeridas no permiten que el contrato se ejecute del modo pactado inicialmente, se debe resolver y procederse con un nuevo procedimiento de adjudicación. Mientras ello ocurra, el contratista mantiene sus obligaciones de adoptar las medidas necesarias en materia de seguridad, servicio pública y conservación.

En el caso de las modificaciones contempladas en el pliego, de modo claro, preciso y inequívoco, la Administración está habilitada a realizar cambios en el contrato durante su vigencia hasta en un 20 % del precio inicial. La modificación debe formularse precisando el alcance, límites y naturaleza. Las condiciones en que se procederá con ellas deben estar referidas a circunstancias que puedan verificarse

³⁶⁹ Ver, F. Vázquez Matilla. «Cuestiones prácticas de la modificación del contrato», en *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas*, núm. 165, 2020, pp. 42-58.

³⁷⁰ [España] LCSP, art. 191

³⁷¹ [España] LCSP, art. 207, apartados 2 y 3.

³⁷² [España] LCSP, art. 203.2.

³⁷³ [España] LCSP, art. 206.

objetivamente. Además, debe señalarse el procedimiento para proceder con la variación. En este tipo de modificaciones no se puede variar los precios unitarios o sustituir las obras, los suministros o los servicios, aunque es posible tal sustitución respecto de una unidad de obra, suministro o servicio específico.³⁷⁴

Cuando se trata de modificaciones no previstas en el pliego o rebasen las circunstancias contempladas es necesario que se encuentre justificada en los supuestos definidos legalmente y sean indispensables para atender la causa. Los supuestos autorizados legalmente se limitan a las siguientes circunstancias:³⁷⁵

(a) La necesidad de añadir obras, suministros o servicios se origina en el hecho de que, si no se lo hace, la Administración no podría cambiar de contratista por razones económicas o técnicas y la modificación no supera el 50 % del precio inicial (sin IVA), cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.

(b) La necesidad surge de circunstancias sobrevenidas y que no eran previsibles con una conducta diligente, siempre que el cambio no altere el objeto mismo del contrato («naturaleza global») ni esta supere el 50 % del precio inicial (sin IVA).

(c) Las modificaciones no son sustanciales, pero con la justificación de su necesidad y de las razones por las que no fueron previstas. Las modificaciones se consideran sustanciales —i.e., el contrato que resulta es «materialmente» diferente) cuando (i) las nuevas condiciones habrían generado diferencias en la participación de interesados o la selección de la oferta o del contratista,³⁷⁶ (ii) se altera el equilibrio económico del contrato de modo distinto al previsto originalmente³⁷⁷ o que se amplíe de forma «importante» el ámbito del contrato, esto es que la prestación sea objeto de otro contrato (actual o futuro, cuando ha iniciado el expediente) o la modificación implique el incremento de la cuantía (sin IVA) en más de un 15 % en el caso de obras, y del 10 % en los demás contratos.

(i) *Modificación en los contratos de concesión de obras*

La Administración puede disponer modificaciones en las obras.³⁷⁸ Para tal efecto, le corresponde ajustar sus actuaciones a la normas generales de modificación de los contratos³⁷⁹ y restablecer el equilibrio económico del contrato.³⁸⁰ Del mismo modo, proceden las modificaciones del proyecto, una vez perfeccionado el contrato. Si se produce las modificaciones en el proyecto, se ha de producir también las variaciones (en más o menos) de los costes relacionados.³⁸¹

³⁷⁴ [España] LCSP, art. 204.

³⁷⁵ [España] LCSP, art. 205.

³⁷⁶ Caso que se produce siempre cuando el contrato resultante requiera de un contratista con diferente clasificación a la prevista originalmente.

³⁷⁷ Caso que se presenta siempre que se introducen unidades de obra que incrementan un 50 % del presupuesto inicial.

³⁷⁸ [España] LCSP, art. 262.

³⁷⁹ [España] LCSP, arts. 203 y siguientes.

³⁸⁰ [España] LCSP, art. 270.

³⁸¹ [España] LCSP, art. 255.

(ii) *Modificación en los contratos de concesión de servicios*

En el caso de los contratos de concesión de servicios, se pueden variar las características del servicio y las tarifas a cargo de los usuarios, únicamente por razones de interés público y siguiendo el régimen general.³⁸²

Cuando con las modificaciones se afecta «sustancialmente» el equilibrio de los supuestos económicos considerados en el plan financiero se debe compensar al concesionario. Por lo que no hay indemnización en caso de que las variaciones no tengan relevancia económica o cuando el desequilibrio tiene origen en los desvíos en las previsiones de demanda.

Hay necesidad de restablecer el equilibrio económico del contrato de concesión de servicios cuando este tenga origen en variaciones dispuestas por la Administración con trascendencia económica o por causas de fuerza mayor.³⁸³ Para restablecer el equilibrio económico del contrato de concesión de servicios se ha previsto el mismo régimen determinado para el contrato de concesión obras.

6. Etapa de terminación de la relación jurídica

(a) Reversión del proyecto

Al final del ciclo de un proyecto APP, y también en el caso de que el contrato de gestión delegada deba concluir anticipadamente, es necesario organizar la restitución del proyecto a la Administración delegante o, a través de ella, a un nuevo gestor privado, si se ha decidido continuar con la modalidad de gestión del servicio público. A este procedimiento se lo denomina «reversión».

En el modelo internacional se recomienda que en los contratos de las APP es necesario definir la manera de trasladar la infraestructura y la operación a la Administración al final del contrato.³⁸⁴

El modelo internacional se orienta a identificar prácticas recomendables sobre la manera estimar el valor residual —por ejemplo, según la vida útil del activo a ser revertido—,³⁸⁵ definir y establecer la calidad de la infraestructura, el procedimiento para la reversión³⁸⁶ y los mecanismos y seguridades que pueden ser empleadas.³⁸⁷

³⁸² [España] LCSP, art. 290.

³⁸³ [España] LCSP, art. 290.

³⁸⁴ Cfr. BM, BAD y BID. *Asociaciones Público-Privadas. Guía de Referencia*, v. 2.0, Washington: Banco Mundial, 2004, p. 167.

³⁸⁵ Siguiendo una metodología de vida útil, ver por ejemplo: Banco Mundial. *Toolkit for PPPs in Roads and Highways* [en línea], 2009, [consulta: 13/01/2016]. Disponible: <https://ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/documents/toolkits/highwaystoolkit/index.html>

³⁸⁶ [Australia] Department of Infrastructure and Regional Development. *National Public Private Partnership Guidelines: Volumen 4: Public Sector Comparator Guidance* [en línea], 2008, [consulta: 13/01/2016]. pp. 120-124. Disponible: <https://www.infrastructure.gov.au/infrastructure/ngpd/files/Volume-4-PSC-Guidance-Dec-2008-FA.pdf>

³⁸⁷ En el Reino Unido se definió 2 años para realizar las inspecciones antes de la conclusión de sus contratos del PFI, la determinación de un plan de trabajo para alcanzar los indicadores esperados de reversión y la posibilidad de retener pagos hasta la concreción de las tareas para la reversión. Cfr. [Reino Unido] HM Treasury. *Standardization of PFI Contracts*, ver. 4, Londres, 2007, *passim*. Por otra parte, la guía

(b) Régimen básico y práctica en el Ecuador

Para este propósito en el Ecuador se ha previsto que, en el tiempo establecido en el contrato de gestión delegada o a falta de éste, un año antes de la conclusión del plazo ordinario, se debe iniciar el procedimiento de reversión mediante el examen de los bienes para determinar su estado con el propósito de la reversión.³⁸⁸ Como resultado de estas actividades se puede derivar el requerimiento de que se ajuste el plan de mantenimiento de modo que a la fecha de reversión, los bienes satisfagan los criterios que debieran estar definidos en el mismo contrato de gestión. El fin de este tipo de estipulaciones contractuales, que incluyen mecanismos de seguimiento específico, ejecución de garantías y cualquier otra medida que se incorpore en los instrumentos, está destinada a asegurar la continuidad en la provisión del servicio público con los mismos indicadores y niveles que fueron previstos para la implementación del proyecto.

En el mismo periodo, la Administración pública debe organizar el modo en que gestionará la infraestructura y el servicio asociado, desde el día siguiente a la reversión.

Un aspecto que no se encuentra regulado en la LIAPP o el Reglamento de la LIAPP es el modo de proceder en caso de terminación anticipada del contrato de gestión delegada. Este es un supuesto muy importante porque usualmente la manera intempestiva con la que termina la relación hace muy difícil una transición ordenada, excepto en el caso de que la terminación se produzca en el contexto en que los financiadores externos ejercen sus *step-in rights*.

(c) Tratamiento en la legislación española

(i) *Destino de las obras a la extinción de la concesión de obras española*

Cuando se extingue una concesión de obras, como se recomienda en el estándar internacional, el concesionario debe entregar a la Administración las obras, los bienes y las instalaciones de la concesión, incluidos los que corresponden a la zona de explotación comercial, en buen estado de conservación y uso.³⁸⁹

La entrega se deja constancia en un acta. En el procedimiento del levantamiento del acta y su contenido están sujetos al régimen común de recepción de la obra en un contrato de obra.³⁹⁰

También es posible, según quede determinado en los pliegos, que las obras, bienes e instalaciones, o algunos de ellos, deban ser removidos de modo que se restablezca la situación de los bienes sobre los que se implementó el proyecto, a costa del concesionario. Los bienes de la concesión a ser revertidos no son embargables.

de EPEC define el modo de emplear fianzas y garantías para asegurar la calidad de la infraestructura en la reversión. Cfr. European PPP Expertise Centre (EPEC). *The Guide to Guidance: How to Prepare, Procure, and Deliver PPP Projects* [en línea], Luxemburgo: EPEC, 2011, p. 42, [consulta: 13/01/2016]. Disponible: www.eib.org/epc/g2g/index.htm

³⁸⁸ [Ecuador] Reglamento de la LIAPP, art. 76.

³⁸⁹ [España] LCSP, art. 283.

³⁹⁰ [España] LCSP, art. 243.

(ii) *Reversión en los contratos de concesión de servicios*

Al concluir el plazo del contrato, el contratista debe entregar la infraestructura en estado de conservación y funcionamiento «adecuados». En el pliego, debe definirse un período anterior a la reversión, para que la Administración adopte las medidas necesarias para que la entrega se produzca del modo acordado. Del mismo modo que en el caso de la concesión de obras, los bienes que deban ser entregados a la Administración no son embargables.³⁹¹

³⁹¹ [España] LCSP, art. 291. Ver, M. Rodríguez Martín-Retortillo. «La resolución del contrato derivada del incumplimiento de normativa o condiciones laborales, sociales o medioambientales en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público», en J. M. Gimeno Feliú. *Observatorio de los contratos públicos*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 623-646.

Segunda parte

LAS APP COMO MODALIDAD DE FINANCIAMIENTO DE LAS ACTIVIDADES DE COMPETENCIA PÚBLICA

CAPÍTULO III

LA ESTRUCTURACIÓN FINANCIERA DE UN PROYECTO DE APP DESDE LA PERSPECTIVA JURÍDICA

A. PLANTEAMIENTO

1. Planteamiento general de la segunda parte: sobre la proposición de que las APP constituyen una modalidad de financiación pública

En la primera parte de esta investigación hemos caracterizado a una APP como una «modalidad de gestión» de ciertas actividades de competencia de la Administración: la implementación de un proyecto, usualmente de inversión, para la provisión de servicios públicos, *i. e.*, una actividad de tipo prestacional reservada al Estado, conforme al sistema jurídico en el que se han objetivado ciertos fines sociales y medios para alcanzarlos, de acuerdo con un conjunto de valores —estimaciones— atribuibles coyunturalmente a una comunidad dada.¹

Esta forma de gestión implica, por una parte, el acto de delegación a la empresa privada de una competencia cuya titularidad no deja de ser pública y, por otra, la determinación de los términos y condiciones de la relación entre la Administración delegante, el gestor privado y terceros beneficiarios, mediante un acto convencional regulado en un específico marco institucional. Hemos procurado ya describir ese marco institucional en España e Hispanoamérica y subrayar los elementos comunes como soluciones adoptadas como «mejores prácticas» dirigidas a obtener «valor por dinero», bajo la insoslayable influencia de un *sofilaw* promovido desde las estructuras del sistema financiero internacional. También se han resaltado algunas de las diferencias más importantes entre estos sistemas jurídicos positivos y que, ordinariamente, corresponden a evaluaciones negativas desde el modelo internacional. El estudio —e integración en modelos de referencia— de los marcos institucionales de España y los países

¹ La identificación de tales valores, fines y medios recogidos en los sistemas jurídicos —como posteriormente se detalla— presupone un debate metajurídico.

hispanoamericanos se lo ha hecho desde dos perspectivas: el subsistema jurídico específico conectado a la modalidad de gestión de APP y la organización administrativa implementada para su aplicación.

Para el estudio que continúa, conviene reiterar que del acto de delegación que realiza la Administración hacia el gestor privado se desprende fundamentalmente el cambio del subsistema jurídico que ordinariamente se aplica a la organización y provisión del servicio público —la implementación misma del proyecto público—, con independencia del contenido de las relaciones bilaterales originadas en el contrato de APP. En efecto, como sabemos, el principio de legalidad administrativa preside las actuaciones de la Administración; y, aunque existe límites que el sistema jurídico impone al ejercicio de la autoridad institucional, esto significa que los espacios habilitados para el empleo de discrecionalidad en la selección de las alternativas (medios) conducentes al cumplimiento de los fines para los que se han otorgado las competencias públicas implicadas o del empleo de los medios autorizados en el sistema jurídico se encuentra acotado en mayor grado.² La modificación de regímenes se expresa bien a través del contraste entre, por un lado, la proposición conforme a la cual la autoridad pública solo puede hacer aquello que la ley le ha autorizado y, por otro, aquella que define la autonomía de la voluntad en el ámbito privado: es posible hacer todo aquello que la ley no ha prohibido y dejar de hacer todo aquello a lo que no se está obligado por la ley. Estas consideraciones explican la importancia de la modalidad de gestión de un servicio público que inicialmente se organiza y desarrolla de acuerdo con un conjunto de reglas que se contemplan desde el principio de legalidad administrativa, y que, producto del traslado temporal de la competencia a la empresa privada, ahora se organiza y desarrolla en el marco del principio de autonomía de la voluntad.

Naturalmente, el sistema jurídico y el mismo contrato de APP definen nuevos límites, pero se lo hace de manera similar a cualquier otra actividad privada regulada. De modo que, la modalidad de gestión empleada constituye el punto de conexión más importante respecto de los subsistemas jurídicos aplicables en las más diversas materias afectadas en la provisión del servicio público: planificación, financiación, contratación, control de los recursos financieros empleados, talento humano, etcétera. Esta idea también debe ser suficiente para comprender que la selección de un modelo de gestión con participación privada no se limita al régimen específico de la APP y al contrato al que se ajusta la relación entre la Administración delegante, el gestor privado y, cuando corresponde, los terceros beneficiarios. El cambio de modalidad de gestión del servicio público atrae la aplicación de otros regímenes propios de la actividad privada, cuando no tienen un tratamiento excepcional en el marco institucional de las APP.

Respecto de la relevancia del contrato de gestión delegada, como fuente de las relaciones jurídicas implicadas, según la intensidad con la que en el sistema jurídico se especifica el régimen de esta delegación, me ha permitido extraer una tipología de modelos regulatorios: aquellos rígidos, en los que los contratos tienen una función limitada para atender los aspectos técnicos y financieros del proyecto específico, hasta los modelos flexibles, en los que el contrato —siguiendo la práctica angloamericana—

² En el ámbito de la discrecionalidad de la actuación pública (la configuración jurídica a cargo de las entidades con potestades normativas, las decisiones de orden administrativo e, incluso, la evaluación de actos normativos o administrativos, en los procedimientos de control judiciales o no judiciales) hay elementos valorativos y otros de contenido técnico-científico.

define los aspectos generales y los detalles de la relación, como cualquier otro de tipo comercial. Conviene subrayar que, en todo caso, el contrato principal en el contexto de una APP —ubicado en un sistema de contratos— se debe concebir como un elemento más dentro de un conjunto de regulaciones de las relaciones originadas, mucho más complejas que aquellas bilaterales, propias de la contratación pública de obras, bienes o servicios. En este orden de ideas, la identificación de modelos regulatorios rígidos y flexibles no es banal, porque la fuente de las relaciones jurídicas involucradas en un proyecto APP resulta relevante en todas aquellas materias para las que el modo de regulación define un criterio para determinar la validez jurídica de la decisión. Nos referimos reservas normativas como, por ejemplo, la reserva de ley en materia de prestaciones patrimoniales impuestas³ o los regímenes de excepcionalidad en la delegación a la iniciativa privada en materias reservadas legalmente al Estado.

En principio, la implementación de los proyectos de APP conlleva una inversión en infraestructura y/o equipamiento a la que se asocia la provisión del servicio público. Ahora nos corresponde contemplar a las APP como una «modalidad de financiación» de esta inversión que, por estar referida a un proyecto de competencia de la Administración, debe estimarse materialmente pública, porque, pese a que no necesariamente implica un gasto que directamente afecta al presupuesto del Estado, es un mecanismo para alcanzar los fines que el sistema jurídico encomienda a la Administración. Desde esta perspectiva, lo que me interesa resaltar en este momento es que la modalidad de las APP permite captar desde el sector privado recursos financieros para concretar objetivos a cargo del Estado, sean estos, determinados por el sistema jurídico o, en su marco, a través de las decisiones —más o menos discrecionales— de política o planificación pública.

La proposición acerca de que las APP constituyen una modalidad de financiación público expresa los cambios de régimen motivados por la elección de la modalidad de gestión de lo público en el ámbito financiero de la actividad encomendada al Estado. A su descripción, análisis y sistematización destinamos esta segunda parte de la investigación, con el objetivo de mostrar, siempre desde un método comparativo, las causas y efectos en los subsistemas jurídicos involucrados, y los instrumentos empleados frente a consecuencias internas —y meta jurídicas— que se consideran negativas, y que se han incorporado en los marcos institucionales de los países de referencia.

En este y los siguientes capítulos nos ocupamos (i) del marco y modo de estructuración financieramente de un proyecto APP, siempre desde la perspectiva de la regulación (normativa o convencional) de las relaciones implicadas, (ii) la calificación de la naturaleza jurídica de la contraprestación que paga el usuario final por un servicio público de modo general, y según sus variaciones en función del modelo de gestión indirecta, y (iii) la importancia del subsistema tributario en el modelo financiero de un proyecto público desarrollado en gestión indirecta.

El propósito de cuanto se trata en esta caracterización de las APP como modalidad de financiación de la actividad pública es justificar la separación que se

³ Los problemas originados en la interpretación de la reserva de ley en materia de prestaciones patrimoniales de carácter público en España (art. 31.3 de la CE) es un buen ejemplo. Sobre la determinación de la naturaleza jurídica y las consecuencias de la doctrina del Tribunal Constitucional español sobre las prestaciones patrimoniales de carácter público se ha ocupado de darle seguimiento

produce en el régimen histórico de la organización de los servicios públicos también en los aspectos vinculados con los asuntos financieros. Existe un natural incremento de costes por el tipo de modalidad, ya no medidos desde la perspectiva exclusivamente del proyecto evaluado en su viabilidad, sino vistos por sus efectos en el sistema jurídico positivo considerado en su conjunto. Sobre estos efectos materiales, especialmente, con respecto al fin normativamente impuesto de alcanzar equidad material, en los ingresos públicos, los gastos públicos y los derechos fundamentales, nos ocupamos en la tercera parte de esta investigación.

2. Las APP como alternativa de financiación en el contexto del sistema de la inversión y financiación pública

Como modalidad de financiación público, en primer lugar, se requiere colocar a las APP en relación con las diversas fórmulas que puede emplear la Administración para ejecutar su modelo financiero.

Es usual referirse a las APP como una modalidad de financiación extrapresupuestaria,⁴ en el sentido de que la implementación del proyecto no se refleja en el presupuesto público. La afirmación es correcta cuando el proyecto depende exclusivamente de los ingresos originados en las contraprestaciones que los usuarios pagan por los servicios asociados y la probabilidad de ocurrencia de obligaciones contingentes de las que se derivan prestaciones de dar a cargo de la Administración son nulas o muy próximas a ello. A este tipo de proyectos APP se los denomina «autosostenibles»⁵ o «autoliquidables».⁶

Cuando la Administración compromete aportaciones de capital para la ejecución del proyecto o flujos de ingresos para el proyecto en la fase de explotación de la infraestructura, cualquiera sea el criterio que determine los términos y condiciones de pago, el proyecto tendría una base de financiación presupuestario. Este tipo de proyectos se denominan «cofinanciados».⁷ Si este es el caso, el uso de la APP como

⁴ Ver, en este sentido, A. M. Juan Lozano y J. Rodríguez Márquez. *La colaboración público-privada en la financiación de las infraestructuras y servicios públicos. Una aproximación desde los principios jurídico-financieros*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2006.

⁵ Por ejemplo, en Perú se considera que una APP es autosostenible si se satisfacen dos condiciones: (a) «Demanda mínima o nula garantía financiada por parte del Estado, conforme se establezca en el Reglamento del presente Decreto Legislativo» y (b) «[L]as garantías no financieras tengan una probabilidad nula o mínima de demandar el uso de recursos públicos, conforme se establezca en el Reglamento del presente Decreto Legislativo». [Perú] Decreto Legislativo N.º 1012, que aprueba la ley marco de asociaciones público-privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la afiliación de los procesos de promoción de la inversión privada, publicado en el Diario Oficial de 13 de mayo de 2008 (modificada por el art. 1 de la Ley N.º 30167, publicada en el Diario Oficial de 2 de marzo de 2014), art. 4.

⁶ Cfr. A. Hansen. *Política fiscal y ciclo económico*. México: Fondo de Cultura Económica, 1945, p. 214 y ss.

⁷ Este término se emplea en Perú, para calificar a los proyectos APP en interviene la Administración con su financiación parcial, pero también cuando se otorgan garantías financieras o no financieras en las que exista probabilidad «significativa» de que el compromiso contingente se haga firme. [Perú] Decreto Legislativo N.º 1012, que aprueba la ley marco de asociaciones público-privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la afiliación de los procesos de promoción de la inversión privada, publicado en el Diario Oficial de 13 de mayo de 2008 (modificada por el art. 1 de la Ley N.º 30167, publicada en el Diario Oficial de 2 de marzo de 2014), art. 4, letra b.

modalidad de financiación, con base presupuestaria, tiene sentido para la Administración pública por el diferimiento de las obligaciones a su cargo, dentro de un esquema similar al de cualquier operación de endeudamiento público. No obstante, a diferencia del endeudamiento público, la modalidad de financiación de la actividad pública mediante una APP permite que la Administración, en determinadas circunstancias, no deba registrar la operación en las cuentas públicas como deuda. Este aspecto, puramente formal, es quizás la principal razón por la que las Administraciones le han dado un uso intensivo, en el contexto de las restricciones normativas impuestas en forma de reglas fiscales en materia de endeudamiento público y déficit fiscal.

En este capítulo describimos la estructura legal que se emplea en la financiación de una APP. De ello podré demostrar que el traslado del riesgo financiero en una APP hacia el sector privado es, en la práctica, es puramente retórico, porque la viabilidad comercial y financiera de un proyecto desde el punto de vista del promotor privado y el financiador externo depende de que precisamente los riesgos referidos a la recuperación del capital invertido, en su mayor parte como deuda privada, estén controlados desde el sistema de contratos con los que se estructura el proyecto.

Esto no significa, por supuesto, que no existan estímulos para que el gestor privado alcance eficiencias en la gestión del servicio público; no obstante, tales eficiencias están ligadas a los aspectos técnicos del proyecto, algo que depende de un adecuado control de los estándares previstos como *outputs* del proyecto. Los ahorros financieros, hipotéticamente considerados en un estudio de *value for money*, como lo hemos anotado son puramente teóricos, si es que se considera la evidencia sobre el número de renegociaciones y los montos implicados durante el desarrollo del proyecto. Esta situación debe hacer evidente la necesidad de gestionar los proyectos APP desde el punto de vista de la gestión de los riesgos y la sostenibilidad fiscal, por los efectos que una «quiebra» del proyecto tiene para la comunidad.

3. Modelo financiero o *financial case*

Una vez que se ha localizado a las APP entre los diversos medios de los que dispone la Administración para financiar proyectos bajo su responsabilidad,⁸ estas deben ser consideradas desde la lógica interna de la estructuración financiera de un proyecto (*financial case*), contempladas desde el sistema de contratos empleados y las habilitaciones normativas vigentes en enmarco institucional de una APP.

⁸ Ver, entre otros, E. Yescombe. *Public-Private Partnerships: Principles of Policy and Finance*. Oxford: Elsevier Science, 2013; J. Delmon. *Private Sector Investment in Infrastructure: Project Finance, PPP Projects and Risks*. Austin: Wolters Kluwer, 2009; J. Delmon. *Understanding Options for Private-Partnership Partnerships in Infrastructure*. Washington: BM, 2010; J. Delmon y V. Rigby. *International Project Finance and PPP: A legal guide to key growth markets*. Alphen aan den Rijn (Holanda): Wolters Kluwer Law & Business Kluwer, 2013; R. Morrison (ed.). *The Principles of Project Finance*. Burlington: Gower, 2012; J. González y otros. «Project Finance y Asociaciones Público-Privada para la provisión de servicios de infraestructura en Colombia», en *Obras y Proyectos*, núm. 16, 2014, pp. 61 - 82; B. Esty. *Modern Project Finance: A Casebook*, Hoboken. Nueva York: Wiley, 2004; S. Hoffman. *The Law and Business of International Project Finance: A Resource for Governments, Sponsors, Lawyers, and Project Participants*. Nueva York: Cambridge University Press, 2008; J. Finnerty. *Project Financing: Asset-Based Financial Engineering*. Nueva York: Wiley, 2007.

En efecto, toda APP se basa en un modelo financiero que define su viabilidad. El modelo financiero corresponde a uno de los componentes —el *finacial case*—, de lo que en la práctica angloamericana —que se ha extendido en el ámbito hispanoamericano— se denomina el «caso de negocio» (*business case*).⁹ El caso de negocio es el resultado de un proceso ordenado y progresivo de planeamiento, desde un estadio estratégico, que pasa por una aproximación programática, hasta el detalle de la solución elegida para un problema social, convertida en un proyecto a ser implementado.

En modelo financiero del proyecto, primero se identifica la estructura de capital, *i. e.*, el origen (capital propio o ajeno) y el monto de los recursos financieros necesarios para atender la inversión inicial —cuando esta se requiere— para generar o rehabilitar la infraestructura o adquirir el equipamiento de los que dependa la provisión del servicio público al que se refiere el proyecto.¹⁰ Luego, el modelo financiero expone y proyecta los flujos operativos del proyecto en su etapa de explotación; es decir, (i) los ingresos derivados de los servicios prestados con la infraestructura y equipamiento, cualquiera sea su receptor, o los que provengan de cualquier otro compromiso firme o contingente; y, (ii) los costes y gastos operativos y de mantenimiento rutinario, los egresos destinados al servicio de la deuda contratada por el gestor privado, los dirigidos a generar reservas y los empleados para retribuir al promotor privado por su inversión, riesgo y trabajo.¹¹

De acuerdo con el art. 247.1 y 2 de la LCSP española, antes de la decisión de adoptar la modalidad de APP, en la forma de concesión de obras, le corresponde a la Administración concedente la realización del estudio de viabilidad, en el que se incluye, además de aspectos técnicos y ambientales, en lo que corresponde al modelo financiero, lo siguiente:

- La justificación de las ventajas cuantitativas de las que se desprende la preferencia por la modalidad de gestión (letra b).
- Las previsiones de demanda y su influencia en la rentabilidad de la concesión (letra c).
- El monto de la inversión y el sistema de financiación propuesto (letra h).
- El valor actual neto de las inversiones, los ingresos y egresos del concesionario, la evaluación del riesgo operacional y los criterios de justificación de la tasa de descuento (letra j).
- Las ayudas pública a ser otorgadas y su compatibilidad con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, con la justificación de su relevancia para la viabilidad del proyecto (letra k).

⁹ Ver, por ejemplo, J. Flanagan. *Guide to developing the project business case. Better business cases: for better outcomes* [en línea]. Londres: [Reino Unido] HM Treasury, 2018, disponible www.gov.uk/government/publications [Consulta: 10/12/2019]; [Australia] NSW Treasury. *NSW Government Business Case Guidelines*.

¹⁰ El CaPex (*capital expenditure*) se define como la inversión en capital que realiza una compañía ya sea para adquirir, mantener o mejorar su activo no corriente. En términos generales, para propósitos del impuesto a la renta, de los activos fijos únicamente es deducible el valor de la depreciación autorizada.

¹¹ El OpEx (*operational expenditure*) se define como el presupuesto de operación y mantenimiento. El total de los gastos operativos que conducen a la obtención de los ingresos gravados con impuesto a la renta, como principio técnico, son deducibles de la base de cálculo.

Además, en lugar del estudio de viabilidad al que se refiere los apartados 1 y 2 del art. 247 de la LCSP española, es posible, de acuerdo con el apartado 6 *ibidem* reducir la magnitud del estudio restringiéndolo a un estudio de viabilidad económico-financiera cuando por la naturaleza y finalidad de las obras o por la cuantía de la inversión requerida considerara que este es suficiente.

La Ley APP uruguaya, del mismo modo, determina que antes de la iniciación del procedimiento de contratación se requiere un estudio que ponga de manifiesto la viabilidad y conveniencia del proyecto, que debe incluir «un análisis comparativo con formas alternativas de contratación que justifiquen en términos técnicos, jurídicos, económicos y financieros, la adopción de esta fórmula de contratación».¹²

En todo caso, en España como en el resto de los países hispanoamericanos, la preparación y ajuste del modelo financiero del proyecto público es un requisito del sistema jurídico que se ha de satisfacer, desde el punto de vista de la Administración pública antes de proceder con la preparación de los documentos de licitación. La particularidad del modelo financiero de una APP está en que su desarrollo se hace considerando las ventajas comparativas con el modelo financiero que se aplicaría para el caso de la implementación de un proyecto público por los métodos tradicionales de contratación.

El impacto de las reglas del sistema tributario, como en cualquier otro proyecto gestionado por el sector privado, es fundamental en su estructuración financiera.¹³ Es evidente —y quizás por ello no se lo ha hecho explícito en los trabajos de investigación jurídica desarrollados en materia de APP— que la elección de la modalidad de gestión y financiación de la actividad pública genera importantes cambios, en general y por el efecto específico del régimen tributario, en la estructuración financiera de un proyecto de infraestructura destinada a la provisión de servicios públicos.

La calificación de las contraprestaciones que pagan los usuarios de un servicio público gestionado por la empresa pública lo tratamos en el capítulo siguiente y el efecto tributario, como coste de transacción, en el ámbito financiero de un proyecto APP lo exponemos en el capítulo final de la segunda parte de esta investigación.

4. Análisis de los ingresos y gastos del proyecto público en sus diversas fases

(a) Flujo de efectivo del proyecto

Un proyecto viable financieramente es el que permite que con la diferencia entre sus ingresos y egresos operativos es posible pagar el servicio de la deuda (capital e intereses), construir las reservas adecuadas para atender las contingencias y pagar el capital y la rentabilidad para los promotores privados. De los flujos de efectivo del proyecto depende el esquema de financiación *project finance*.¹⁴

¹² [Uruguay] Ley APP uruguaya, art. 16.

¹³ Cfr. J. Delmon y V. Rigby. *International Project Finance and PPP: A legal guide to key growth markets*. Alphen aan den Rijn (Holanda): Wolters Kluwer Law & Business Kluwer, 2013

¹⁴ Cfr. E. Yescombe. *Public-Private Partnerships: Principles of Policy and Finance*. Oxford: Elsevier Science, 2013.

En la fase de construcción (o de inversión) de un proyecto cualquiera, los ingresos operativos son nulos, mientras que los requerimientos de gastos de capital son enormes, lo que muestra saldos de caja considerablemente altos y negativos (solo salidas); y, por el contrario, durante la fase de explotación, los gastos de capital tienden a ser nulo, mientras que los flujos de ingresos empiezan a tener signos positivos y los egresos ya se vinculan a la operación, por lo que los gastos operativos se hacen relevantes. Los requerimientos de financiación son, pues, más exigentes al inicio de la ejecución de un proyecto público y mucho menores durante la fase de explotación que, desde la perspectiva del financiador externo, es la fase de recuperación de la facilidad crediticia y, desde la perspectiva, del promotor el momento de rentabilizar la inversión. Para la Administración, la fase de explotación es la de provisión del servicio público asociado a la infraestructura y la que pone en contacto a los usuarios con la decisión de política pública al emprender la ejecución del proyecto; por ello, la fase de mayor presión. Nótese aquí la eventual divergencia en los intereses de los participantes en el proyecto.

Desde el punto de vista económico —ya no financiero—, lo que se puede observar es que los egresos que exige la edificación de la infraestructura se capitalizan como coste de construcción, que se financia con el capital de riesgo y la deuda, rubros que se pagan durante varios años, precisamente a través de los saldos positivos de los flujos operativos durante la fase de explotación de los activos. Lo que en la práctica se hace es que la amortización de la deuda concluya antes de la finalización del proyecto, lo que los saldos positivos de efectivo en la «cola» (periodo entre la conclusión del pago de la deuda y la finalización del proyecto) cubren los gastos operativos, aumentos de capital operativo, reperfilamiento de los créditos, los costes y gastos de cierre y reversión o pagar la rentabilidad de los promotores privados.¹⁵

En la preparación del modelo financiero, la primera tarea consiste en el análisis de los flujos de efectivo en las diferentes fases del ciclo de vida del proyecto. Esta tarea se realiza, antes de considerar las partidas financieras como el pago de capital e intereses, las cuentas de reserva y la distribución de dividendos para los promotores privados. La estructura de los flujos se representa como una cascada. Ver a este respecto la tabla 3.1.

Las especificadas técnicas de un proyecto implican también que los modelos financieros deban ser desarrollados para cada caso, por lo que, aunque la matriz o marco de referencia y la metodología pueden ser homogéneas la información y su tratamiento difiere de modo relevante. Considérese, por ejemplo, que construir una solución vial con peaje es muy distinto a edificar la infraestructura para producir electricidad; tanto los *outputs* como la información inicial son muy distintas en estos casos.

En los grandes rasgos, los asuntos que se consideran en el análisis del flujo de efectivo de los proyectos APP son, al menos, los siguientes:

- El momento de la inversión;
- el monto inicial de inversión;
- los aportes de la Administración pública (subvenciones y subsidios);

¹⁵ En esquemas en los que la Administración pública no es titular del activo (*v. gr.*, un edificio destinado a la provisión de un servicio), el flujo terminal (el que corresponde al último año de operación) es el valor residual del contrato que tiene el tratamiento de retribución al promotor privado, sea en ejercicio de una eventual opción de compra a favor de la Administración o como saldo en las cuentas del gestor privado.

- los flujos operativos durante la fase de explotación y las fluctuaciones del capital de trabajo;
- la dinámica del IVA y el régimen tributario aplicable al sector; y
- las variables económicas.¹⁶

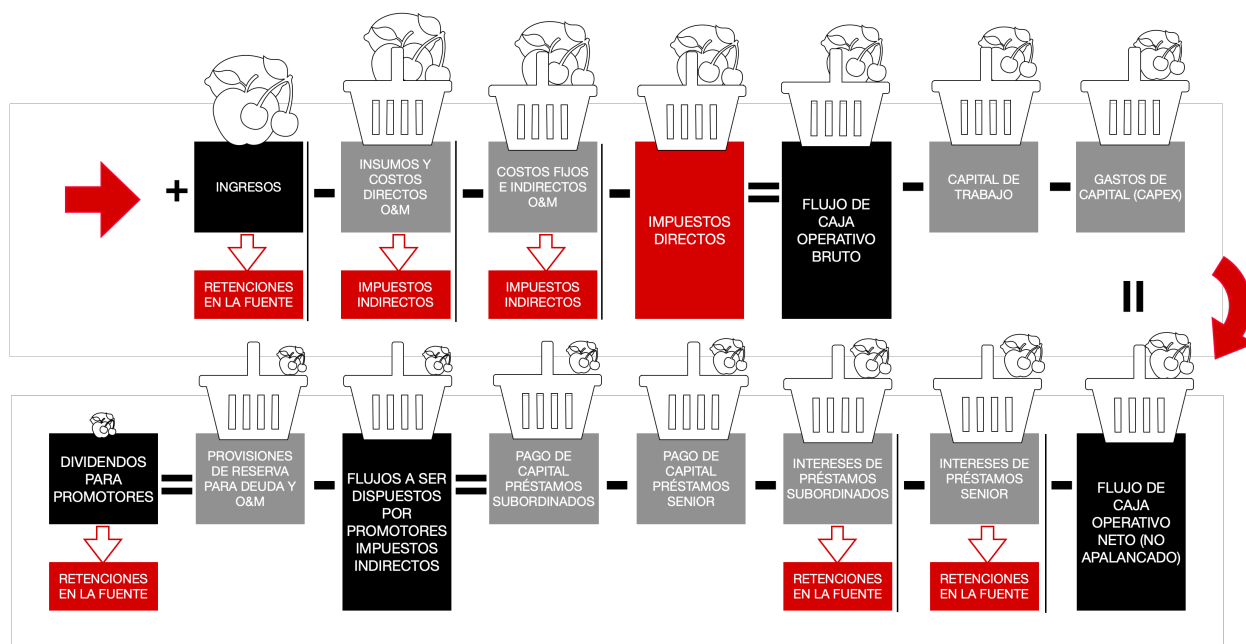
(b) La inversión inicial: costes de la financiación privada

(i) *El sentido de la modalidad de APP como modalidad de financiación de la actividad pública con participación privada*

Si a la Administración le interesa obtener del gestor privado, total o parcialmente, los medios financieros para implementar un proyecto de interés público, se requiere conocer cómo opera el sector privado en esta materia.

La estructura de capital, del mismo modo que en cualquier proyecto, exige una combinación adecuada de capital propio (*equity*) y ajeno (endeudamiento). La relación entre deuda y capital propio es fundamental en la estructuración financiera del proyecto, desde la perspectiva del marco institucional de las APP. La porción de capital propio suele ser una exigencia normativa del sistema jurídico del país anfitrión, pero también una obligación del sistema de contratos, especialmente, de los instrumentos de financiación con los que prestamistas externos completan el capital para la inversión requerida para la implementación del proyecto.

Gráfico 3.1: Cascada de flujos del proyecto



Fuente: S. Gatti. Project Finance in Theory and Practice. Designing, Structuring, and Financing Private and Public Projects.

¹⁶ J. Delmon y V. Rigby. *International Project Finance and PPP: A legal guide to key growth markets*. Alphen aan den Rijn (Holanda): Wolters Kluwer Law & Business Kluwer, 2013.

Burlington: Elsevier, p. 103.

En relación con ello, en este capítulo se expone, especialmente, los aspectos jurídicos de la práctica generalizada sobre el *project finance*, en atención al hecho de que es el esquema de financiación privada de más uso para las APP. Como se podrá apreciar, la práctica de financiación privada de proyectos arroja luz sobre, al menos, dos aspectos:

- La aversión al riesgo y los mecanismos empleados para evitarlo o mitigarlo, propios de cualquier financiador externo, muestran el verdadero impacto material —con respecto a las previsiones normativas— de los riesgos generales retenidos por la Administración cuando elige la APP como modalidad de financiación público de un proyecto viable comercial y financieramente (financiable).
- En una aproximación teórica es posible intuir inicialmente un incremento de los costes y gastos —con respecto a la actividad de financiación público ordinario— que debe absorber el proyecto, por la complejidad de las actividades que son necesarias para organizar y mantener una estructura financiera como la que usualmente se emplea en una APP.

Como tendré la oportunidad de discutir, todos estos aspectos son abordados de alguna manera en los sistemas jurídicos de modo que han sido diseñados (con las modificaciones recientes) para atender las necesidades de viabilidad financiera y comercial de los proyectos de interés público.

(ii) *El capital propio y ajeno para la inversión*

Cualquier proyecto de inversión para su financiación podrá tener dos fuentes para la obtención de recursos¹⁷: (i) el capital propio; y, (ii) el capital ajeno o proveniente del endeudamiento.

Es usual que cada proyecto de inversión cuente con una combinación de capital propio y deuda en proporciones que lo hagan viable financieramente.¹⁸ De hecho, lo que ocurre en la práctica es que, por la magnitud de los recursos financieros requeridos y la distribución de los riesgos entre los promotores y los financiadores externos, la proporción mayor del capital provenga del endeudamiento.

El riesgo de recuperación del capital invertido está ligado al éxito del proyecto. Este éxito viene determinado no solo por su capacidad de recuperar los flujos que constituyen la fuente de pago de la deuda y la amortización de la inversión, sino, muy especialmente de los aspectos de orden técnico, ambiental y social que están implicados en la ejecución del proyecto.

Aunque los desvíos que se pueden producir durante la ejecución del proyecto en las diversas etapas se gestionan, la recuperación del capital propio es siempre, entre los dos, el más expuesto en la estructuración financiera de un proyecto APP.¹⁹ Como se

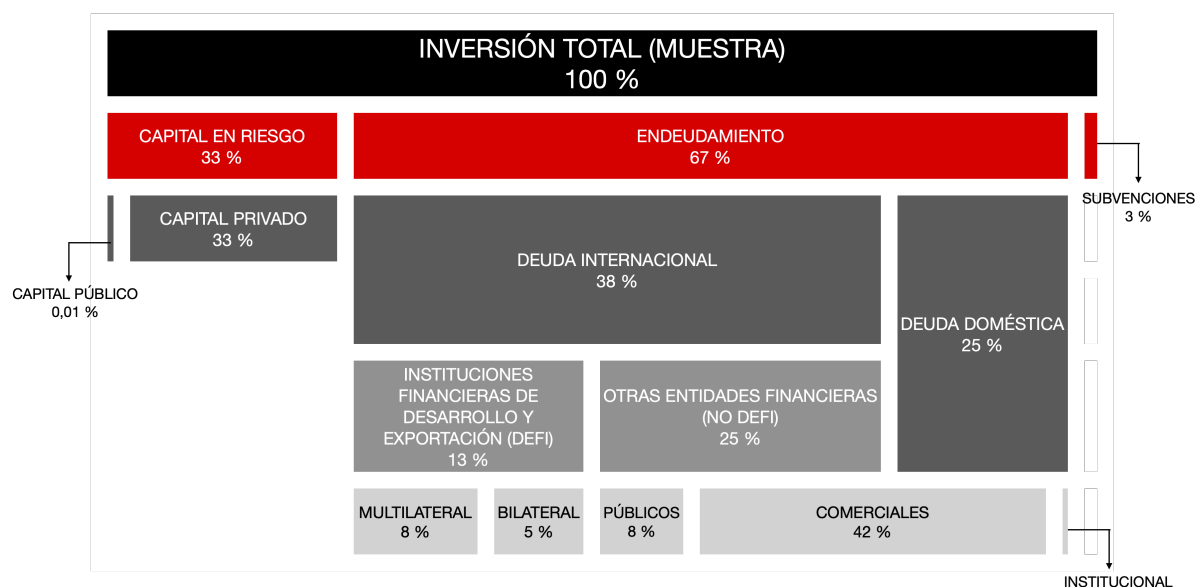
¹⁷ S. Hinojosa. *Concesiones de infraestructura vial en Chile*, Santiago, Unidad de Estudios de Concesiones-MOP, 1997, p. 30.

¹⁸ E. Yescombe. *Public-Private Partnerships: Principles of Policy and Finance*. Oxford: Elsevier Science, 2013.

¹⁹ Cfr. Farquharson y otros. *How to Engage with the Private Sector in Public-Private Partnerships*. Washington: BM-PPIAF, 2011, p. 53 y ss.

podrá apreciar, este nivel de exposición determina el coste de la financiación provista por el promotor privado, al que se agrega el coste de los recursos financieros provistos por el financiador externo que, usualmente, es menor, aunque siempre ligado a lugar en el que se desarrolla el proyecto y las condiciones del marco institucional aplicable.

Gráfico 3.2: Estructura de la inversión total en un proyecto APP



Información extraída de 175 proyectos en energía, transporte, TIC y agua en 38 países de ingresos bajos y medianos, durante el año 2019.

Fuente: Banco Mundial. H1 2019 Private Participation in Infrastructure (PPI) [en línea]. [consulta: 22/07/2019]. Disponible en: https://ppi.worldbank.org/content/dam/PPI/documents/H12019_PPI-report_small.pdf

En efecto, el riesgo crediticio, esto es, el que enfrenta el financiador externo no está ligado a los resultados del emprendimiento, pero cuando se trata de un *project finance* el éxito del proyecto es asunto que se busca controlar a través de los instrumentos contractuales de la facilidad financiera otorgada.

La relación entre capital propio y deuda puede variar en el desarrollo del proyecto. Así, por ejemplo, es posible emplear obligaciones convertibles o deuda subordinada. En el primer caso, la deuda se convierte en capital invertido por quien fuera un acreedor original; en el segundo, la deuda subordinada está sujeta a condiciones que vinculan su pago a los resultados parciales del proyecto, a nivel de flujos operativos netos; en efecto, usualmente su pago depende de que se hayan satisfecho las obligaciones que le preceden y se someten a una prelación y priorización en la estructuración financiera del proyecto.

(iii) El coste de capital y la estructura de financiación

El capital de inversión para una empresa, en este caso el gestor privado a cargo del proyecto público, está conformado, como ha quedado señalado por el capital de riesgo, que corresponde a los recursos obtenidos por la suscripción del capital social y eventualmente las ganancias retenidas para cumplir algún objetivo dentro del diseño del proyecto, y la deuda, esto es, los recursos financieros provistos por financiadores externos.

El coste del capital de riesgo refleja un coste de oportunidad para su titular, esto es, aquello que se hubiera obtenido en una inversión distinta o los frutos civiles que hubiesen sido obtenidos por un uso diferente de las ganancias retenidas. Por otra parte,

el coste de la deuda es más sencillo determinar porque corresponde a los gastos de intereses y comisiones pactados en la facilidad financiera.

La combinación adecuada en la estructura del capital, permite reducir su coste. El valor presente neto de cualquier proyecto depende parcialmente del coste del capital.

Este coste, además de la combinación adecuada, está influido por el origen de los recursos financieros. Cuando se trata de inversión extranjera directa, el promotor privado puede acceder, en función de su tamaño, a mercados financieros internacionales de capital. No obstante, el coste de esta inversión está sujeta al riesgo de tipo de cambio y al riesgo país.

Los costes de capital también varían de país a país, en razón de los componentes que integran dicho coste: diferencias en la tasa libre de riesgo, la prima de riesgo de la deuda y el coste doméstico del capital, por ejemplo.²⁰

La estructura del capital (capital de riesgo y deuda) también está sujeta a la estabilidad de los flujos de efectivo del promotor o gestor privado, su riesgo de crédito o el acceso a disponer de las ganancias.

Esta también está condicionada por el contexto en el que se desarrolla el proyecto, como los asuntos macroeconómicos, estructura y funcionamiento de los sistemas jurídicos, seguridad jurídica, estabilidad política, etcétera. Esto supone, por ejemplo, que los riesgos asociados al país ahuyenten a financiadores externos y atraiga a inversionistas con apetencia a más riesgos.

Por ello, se suele plantear siempre la cuestión de si las medidas de carácter tributario, verdaderamente son determinantes en la estructura del capital y pueden ayudar a atraer la inversión en los países, especialmente, importadores de capital.

Cuando se trata de medidas destinadas a reducir la carga tributaria del inversor, este hecho no modifica la posición de quien exporta capital desde la perspectiva del régimen que le resulta aplicable. Por ello, la estructura de capital no tendría efectos relevantes. Las rentas que se dejan de gravar en el lugar de desarrollo del proyecto serían rentas gravadas en el lugar de origen de la inversión. Esto muestra que las ventajas de orden tributario dirigidas a mejorar la rentabilidad del inversor generan un estímulo para que se deslocalice la residencia del inversor. En contra de tal criterio, se suele señalar que estas ventajas pueden permitir al inversor ofrecer distribuciones de dividendos entre sus accionistas, ajustando su propia estructura de capital.²¹

El coste de capital y su estructura es relevante para comprender el marco en el que se adoptan decisiones racionales en el ámbito privado con respecto a un proyecto pública a ser ejecutado en la modalidad de APP. Por ejemplo, una estructura de capital con costes altos para el desarrollo de un proyecto APP puede implicar mayores cargas para los usuarios que se reflejan en las tarifas por las prestaciones asociadas a la infraestructura, lo que significa en la práctica una afectación a la renta disponible, como resultado del cambio de modalidad de gestión. Nos preocupa el efecto, en el marco de un sistema jurídico que define como objetivo de actuación pública la concreción del criterio de equidad en materia de ingresos públicos, gastos públicos y derechos fundamentales, como escalas de observación en las interacciones entre los componentes del sistema jurídico positivo.

²⁰ E. Yescombe. *Public-Private Partnerships: Principles of Policy and Finance*. Oxford: Elsevier Science, 2013.

²¹ Cfr. J. Madura. *International Financial Management*. 9.^a ed. Mason [Estados Unidos, OH]: Thomson, 2008, pp. 472-493

En general, los promotores privados buscan reducir el coste financiero del proyecto y, dado que el coste del capital de riesgo es más alto que el de endeudamiento, los proyectos se financian con un alto componente de financiación externo (entre el 70 % y el 95 %).²²

(iv) *Estructura de capital óptima para patrocinadores de proyectos*

Los promotores privados esperan un retorno sobre el capital que han invertido de acuerdo con el riesgo asumido en el proyecto.

El indicador más empleado para determinar el rendimiento sobre la inversión es la tasa interna de rendimiento (TIR), que corresponde a la tasa que iguala, a valor presente neto, los flujos de caja operativos, positivos y negativos, teniendo en cuenta que los flujos positivos corresponden a la fase de explotación, mientras que los negativos se concentran en la fase de construcción.

Nótese que los flujos de caja negativos se financian en parte con deuda y los flujos positivos se destinan una parte al pago de la deuda y otra al pago de los promotores del proyecto. Desde esta perspectiva es posible calcular la TIR desde el punto de vista de cada uno de los participantes en la inversión inicial. Para los promotores privados, los flujos positivos están integrados por los desembolsos que les hace el gestor privado por concepto de dividendos y pago de intereses y de los préstamos subordinados. Para los financiadores externos, los flujos positivos corresponden al pago de los intereses y el capital de la facilidad financiera. Para los dos casos, los flujos negativos corresponden al capital aportado, sea en riesgo o como deuda.

El coste del capital para el proyecto se obtiene como un coste de capital promedio ponderado («WACC»). Por debajo de este criterio o una tasa predefinida más alta, el proyecto es comercialmente y financieramente inviable.

Además del uso del valor presente neto y la tasa interna de retorno, se suele considerar también para determinar la viabilidad del proyecto, el período de recuperación, *i. e.*, el momento en que las salidas y entradas del proyecto son iguales. Para ello se emplea dos metodologías: una basada en flujos nominales y otra, en flujos descontados. Entre dos proyectos con TIR iguales, es mejor desde la perspectiva del inversor, el que alcanza menor tiempo de recuperación de la inversión.

(v) *Estructura de capital óptima para prestamistas*

Desde el punto de vista del financiador externo, cuanto mayor sea el valor presente neto de los flujos, menor será el coste de la financiación,²³ pero, en cualquier caso, su TIR, en función del riesgo, será comparado con las tasas de operaciones interbancarias, para adoptar una decisión.

Si la estructura financiera se ajusta a los intereses de los promotores privados del proyecto, pero no a los financiadores externos, el proyecto no es financiable; si satisface a los dos, es posible continuar con la evaluación del proyecto para determinar su viabilidad financiera en función de los índices de cobertura.

²² BM, BAD y BID. *Asociaciones Público-Privadas. Guía de Referencia*, v. 2.0, Washington: BM, 2004, pp. 49 y ss.

²³ Cfr. S. Gatti. *Project Finance in Theory and Practice. Designing, Structuring, and Financing Private and Public Projects*. Burlington: Elsevier, pp. 239-287

(vi) *Fuentes de financiación externo*

Las facilidades financieras para el proyecto, en el sector privado, pueden estructurarse de muy diverso modo. Están desde el contrato de crédito tradicional hasta fórmulas de crédito que incluyen la emisión y negociación de instrumentos o títulos representativos de deuda (pagarés, letras de cambio, bonos, obligaciones simples, obligaciones convertibles en acciones, títulos de deuda subordinada, titulización de flujos futuros). Ofrece más interés el mecanismo ordinario que se emplea en la financiación de proyectos de infraestructura como las APP: *project finance*

Del mismo modo que la modalidades de financiación en el mercado, los financiadores externos pueden ser de variado tipo.

Las entidades multilaterales de desarrollo de carácter público, como los ramos especializados del BM o el Banco Interamericano de Desarrollo, el Banco Europeo de Inversiones y otros de similar naturaleza son participantes activos en el mercado de provisión de financiación para infraestructuras. Su intervención en los procesos de inversión suele ser un factor que atrae a financiadores externos de otra naturaleza en estructuras sindicadas de crédito.

Por otra parte, está la banca comercial tradicional que suele tener participación en proyectos APP. En el ámbito hispanoamericano, las bancas locales no suelen intervenir solas, por el riesgo y la cantidad de recursos financieros que se requieren en este tipo de proyectos, aunque es posible apreciar alguna intervención en operaciones sindicadas o con algún rol en los mecanismos previstos en la estructuración de los proyectos.

Del mismo modo que existen inversionistas institucionales, las mismas entidades u otras especializadas, actúan como prestamistas institucionales. Los recursos provistos en esta categoría no se colocan a riesgo, sino que participan como adquirentes de título de endeudamiento emitidos en el contexto del proyecto. Su participación en la financiación externo del proyecto suele estar vinculada a los procesos de titulización de flujos futuros del proyecto o en operaciones abiertas en mercados de capitales.

La titulización de flujos futuros suele emplear mecanismos como los fideicomisos, *trusts* u otras entidades de propósito especial que se encarga de mantener aislados los flujos de las decisiones del gestor privado, de modo que su intermediación garantiza la estructura financiera del proyecto, asegurando la fuente de repago de los títulos vendidos o colocados en el mercado financiero y el pago según instrucciones irrevocables.

En los mercados de capitales las modalidades de intermediación también pueden ser múltiple y su intervención dependerá del título que se va a comercializar.

En esta corta visita por fuentes de capital, lo que se puede apreciar es que no son excluyentes entre sí y la complejidad del instrumento depende de las magnitudes de los recursos financieros demandados por el proyecto.

Todas estas posibilidades de financiación externo están a disposición también del Estado y, en la mayor parte de los casos, a un coste financiero mucho menor. Por esta razón, la modalidad de APP no se explica en razón de las posibilidades de acceso al capital. En otros términos, las condiciones generales del país en el que se desarrolla el proyecto APP y los riesgos propios del proyecto afectan el acceso y coste del capital tanto para el sector público como al privado. Como veremos al analizar el *project finance* la estructura contractual aísla los riesgos vinculados con la financiación en una entidad de propósito especial, por lo que los promotores y los financiadores externos, ajenos a la responsabilidad frente al Estado por desvíos en su ejecución, tienen especial necesidad de que la recuperación del capital invertidos (propio y ajeno) se recupera a partir de los flujos del proyecto y, en este sentido, las decisiones de interés público quedan limitadas

por la estructura de los contratos de modo tal que les corresponde a los financiadores el control de dichos flujos y el proyecto hasta que sus intereses queden satisfechos. Incluso en el caso de que la Administración pública adopte decisiones que impliquen de algún modo la desvinculación de los promotores privados del proyecto, este queda vinculado a los prestamistas externos.

Todo acto compulsivo que aparte a los promotores y financiadores externos del control del proyecto, e incluso aquellos casos en que la conclusión de la relación se origina en eventos que no están bajo el control de las partes, siempre implica que los intereses de los financiadores externos queden cubiertos y, es de esperar, también de los promotores privados. Si existe el más mínimo desvío en este criterio de partida, se debe estimar sospechoso el proyecto, porque no corresponde a la realidad.

B. INGRESOS DE UN PROYECTO APP

1. Aproximación general a la tipología de ingresos del proyecto APP en los sistemas jurídicos positivos

Todos los sistemas jurídicos positivos considerados regulan de algún modo el régimen de ingresos de los proyectos APP.

Sin excepción se da tratamiento a los proyectos denominados autosostenibles, autofinanciables o autoliquidables para hacer referencia a las APP, en las que la financiación de la inversión está a cargo del gestor privado y la fuente de repago de la inversión (capital de riesgo y deuda) depende de las contraprestaciones pagadas por los usuarios.

Así mismo, sin excepción se regula la intervención de la Administración Pública en la financiación de un proyecto APP, tanto en la fase de inversión y en la de explotación.

En esta última materia, los sistemas jurídicos se han diseñado para proveer habilitaciones que se establecen términos generales. Operan como autorizaciones para proceder dentro de un marco amplio, atendiendo a las exigencias generales del principio de legalidad administrativa, pero dejando espacios amplios de discrecionalidad en la adopción de las decisiones en el ámbito de la determinación de políticas públicas y/o con referencias de orden técnico, vinculadas con la viabilidad financiera del proyecto y la sostenibilidad fiscal.

En lo que respecta a la taxonomía de los ingresos del proyecto es posible diferenciar, en razón del pagador, los ingresos provenientes de los usuarios finales y aquellos que son suministrados por la Administración pública.

En los ingresos provistos por la Administración cabe la distinción entre compromisos firmes y contingentes, que se pueden verificar en todos los sistemas jurídicos de referencia.

En el sistema jurídico español, se encuentra explícitamente previsto para los contratos de concesión de obra las fuentes de retribución al concesionario por el uso de

la obra,²⁴ y las formas de participación de la Administración pública en la financiación del proyecto, tanto en la fase de inversión, como en la de explotación.

En los sistemas jurídicos hispanoamericanos, en general, se habilitan las tres fuentes ordinarias de ingresos para el proyecto: (i) pagos realizados por los usuarios o beneficiarios de los servicios público, ordinariamente asociado con la infraestructura para la que se estructuró la inversión; (ii) pagos realizados por la misma Administración pública, sea porque es la usuaria directa de la infraestructura, que la emplea para proveer el servicio público a su cargo, *v. gr.*, un edificio gubernamental, un establecimiento educativo o de salud, sea porque asume la tarifa íntegra por la utilización de la infraestructura o el servicio por parte de los usuarios finales, *v. gr.*, el «peaje en sombra»; y, (iii) una combinación de las dos otras fuentes, *v. gr.*, cuando la Administración asume la diferencia entre la tarifa social que paga el usuario y la técnica por la utilización de la infraestructura o el servicio.

En Colombia se ha previsto, por ejemplo, que el gestor privado tiene derecho (i) al recaudo de los recursos financieros derivados de la explotación económica del proyecto, (ii) a recibir desembolsos de recursos públicos o a cualquier otra retribución.²⁵

En el caso del El Salvador, la fuente de los ingresos del proyecto permite clasificarlos en: (i) autosostenibles y cofinanciados. Se llaman autosostenibles los proyectos en los que los ingresos derivados de los usuarios finales permiten cubrir todos los egresos, esto es, no se requiere la participación de la Administración pública, con recursos financieros o garantías. En el concepto de egresos, se debe estimar incluidos los costes y gastos de operación y mantenimiento, el servicio de la deuda, la amortización del capital invertido y la retribución del sector privado por su inversión, riesgo y trabajo. Son cofinanciados, por otra parte, «aquellos proyectos cuya sostenibilidad económica requieran una erogación fiscal firme (recursos) o una contingente (garantía)».²⁶ El régimen aclara que no se considera participación pública en el proyecto la entrega de bienes públicos y que el riesgo asumido por la Administración en la inversión se limita a su aportación original.

En México, la regla es que el gestor siempre está llamado a cofinanciar el proyecto, y es posible que el Estado aporte, en bienes, derechos, numerario o cualquier otra forma, recursos para la ejecución de la obra y la prestación de los servicios.²⁷

Un ejemplo más. En Uruguay, se ha previsto que el gestor privado puede percibir diferentes modalidades de ingresos, en forma exclusiva o combinada, abonados por los usuarios o la Administración pública, como contraprestación por las actividades asumidas, dependiendo del tipo y características de cada proyecto. En lo que respecta a las aportaciones públicas, estas podrían consistir en dinero, el otorgamiento de subvenciones, créditos, garantías para la financiación del proyecto, garantías de obtención de ingresos mínimos y exoneraciones fiscales, entre otras. Las aportaciones públicas deben estar justificadas en los estudios previos (como «estímulo a la gestión económica más eficiente y ello redunde en su beneficio y en el de los usuarios del servicio») y sus condiciones y términos se fijan en el respectivo contrato.²⁸

²⁴ [España] LCSP, art. 267

²⁵ [Colombia] Ley APP colombiana, art. 5.

²⁶ [El Salvador] Ley APP salvadoreña, art. 5.

²⁷ [México] Ley APP mexicana, art. 96.

²⁸ [Uruguay] Ley APP uruguaya, arts. 5 y 6.

A la revisión de los tipos de ingresos, dedicamos los siguientes apartados.

2. Ingresos del gestor privado originados en la contraprestación de los usuarios

Los proyectos APP denominados autosostenibles se basan en el flujo de ingresos derivados del pago de las contraprestaciones que los usuarios o beneficiarios directos realizan por el servicio asociado a la infraestructura.

La naturaleza jurídica de estas contraprestaciones y su relevancia en los balances iusfundamental y técnico entre lo que se da y se recibe de la comunidad organizada son tratados en los capítulos que siguen, por lo que a tales contenidos me remito.

En lo que nos interesa en estas líneas, conviene dejar planteadas las siguientes consideraciones:

- La contraprestación que paga el usuario por el servicio obtenido, en la medida en que se considere un precio privado, es de titularidad de la sociedad gestora.
- La estructura financiera de todo proyecto público en la modalidad de APP se construye bajo el supuesto de que los ingresos del gestor privado pueden ser controlados desde su origen por los financiadores externos, por lo que, en los casos en que, por la calificación de la naturaleza de la prestación (tributaria), se requiera la intermediación de la Administración pública (identificación del riesgo), estos ingresos se tratan como si se tratase de una prestación a cargo de la misma Administración, con valoración y gestión del riesgo asociado.
- Si los pagos que realizan los usuarios son precios privados, salvo explícita y especial previsión normativa, el servicio provisto y su contraprestación están sujetos al régimen tributario común.
- Si esto es así, la provisión del servicio público cuya gestión se ha encomendado al sector privado, implica, no solo la absorción de los costes y gastos incrementados por el esquema de financiación privada en la tarifa o el esquema de recuperación de la inversión y retribución, sino también el efecto tributario expansivo que se concreta en la contraprestación.
- El pago por los servicios públicos asociados a la infraestructura objeto del proyecto público gestionado de manera indirecta, cuando está relacionado con prestaciones tuteladas en el marco del reconocimiento de derechos fundamentales, puede implicar una barrera económica para el acceso a tales beneficios. Esto es así, si en la estructuración del proyecto no adopta las medidas para generar compensaciones que se orienten por el criterio de equidad, de modo que no se intensifique la situación de exclusión o vulnerabilidad de los sujetos carentes de rentas suficientes para atender su deber de autosatisfacción de las necesidades individuales y familiares.

(a) Reglas sobre tarifas en España: retribución por el uso de la obra en los contratos de concesión

(i) Marco general

El art. 267 de la LCSP regula la retribución del concesionario por el uso de las obras, en los contratos de concesión de obras. De acuerdo con el apartado 1 de la

referida disposición, el concesionario tiene derecho a percibir de los usuarios —o de la Administración— una retribución por la utilización de las obras.

Esta retribución se llama tarifa y su naturaleza es calificada como prestación patrimonial de carácter público no tributaria.

Se asume, pues, el uso de la obra a la que se refiere la edificación implica una situación de imposición (coacción) en la que se encuentra quien debe retribuirle al concesionario, de ahí, la calificación de prestación patrimonial de carácter público. Además, es «no tributaria», porque el derecho de crédito sobre la tarifa le correspondería al concesionario, por concepto de su retribución. En este sentido, la Administración no podría reivindicar la titularidad de las contraprestaciones pagadas por los usuarios de los servicios asociados a la infraestructura.

La calificación de la naturaleza jurídica de las tarifas se ha efectuado asumiendo las consecuencias de la doctrina de la jurisprudencia constitucional española sobre la reserva de ley y las prestaciones patrimoniales de carácter público en el art. 31.3 de la CE. El sentido de que una contraprestación sea calificada como prestación impuesta es que debe estar fijada de conformidad con la ley.

No obstante, la calificación de prestación patrimonial de carácter público, el régimen previsto en la LCSP española deja señalado que estas quedan reguladas administrativamente, a través de los documentos del proceso de licitación.²⁹ En efecto, las tarifas deben constar en el pliego y deben quedar establecidas por la Administración en el acuerdo de adjudicación. De modo que, la participación de la ley en su determinación se reduce a fijar la habilitación administrativa para establecerlas. La particularidad del asunto está en que la reserva de ley para las prestaciones patrimoniales de carácter público, esto es, una norma sobre el modo de establecerlas, es equivalente al principio de legalidad administrativa, esto es, una regla sobre la fuente y límite de las competencias públicas en el ámbito administrativo.

Esto se confirma en el hecho que, además, las tarifas fijadas son máximas, por lo que el concesionario puede aplicar tarifas inferiores, de acuerdo con su estrategia comercial.

Por otra parte, las tarifas pueden ser revisadas de acuerdo con los arts. 103 a 105 de la LCSP y, para estos propósitos, se regula un marco mínimo para proceder con su revisión.

El concepto de las prestaciones patrimoniales de carácter público junto con la necesidad de habilitar la modalidad de gestión indirecta que, como hemos señalado, en el esquema de *project finance* requiere que los flujos de ingreso del proyecto estén siempre bajo control de los financiadores externos, ha generado problemas, al grado en que el grado de exigencias de la reserva de ley se relativicen radicalmente.

(ii) *Revisión de tarifas en España*

He expuesto que de acuerdo al régimen español de concesiones las tarifas pueden ser revisadas; para ello se realiza un reenvío al régimen general de revisión de precios.³⁰

²⁹ [España] LCSP, art. 267.2

³⁰ Ver, al respecto, F. Bastardo Yustos. «Límites a la inclusión de los costes de mano de obra en la revisión de precios de los contratos del sector público», en *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 171, 2021, pp. 90-103.

Se entiende por «precio», para propósitos del régimen de revisión previsto en los arts. 103 a 105 de la LCSP, «cualquier retribución o contraprestación económica del contrato, bien sean abonadas por la Administración o por los usuarios». De modo que las tarifas que los usuarios pagan en los contratos de concesión, así como, aquellos montos que la Administración paga al concesionario, se consideran precios sometidos al régimen de revisión general.³¹

La regla general consiste en que toda revisión periódica de precios debe estar predeterminada, salvo para el caso de los contratos sujetos a regulación armonizada.³² No cabe, por tanto, revisión de precios no periódicos o que no estuvieren predeterminados.

De acuerdo con el régimen general, la revisión de precios únicamente cabe en (i) los contratos de obra; (ii) en los contratos de suministros de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas; (iii) en los contratos de suministro de energía; y, (iv) en aquellos otros contratos en los que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años.³³ El último caso, ordinariamente, correspondería a los contratos de concesión.

No se pueden revisar los costes asociados a las amortizaciones, los costes financieros, los gastos generales o de estructura ni el beneficio industrial.³⁴

Para el caso de los contratos cuyo periodo de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años (como en el caso de los contratos de concesión de obra), los costes de mano de obra se revisan únicamente si «la intensidad en el uso del factor trabajo sea considerada significativa» de acuerdo con los supuestos y límites establecidos en el régimen de desindexación de la economía española.³⁵

Le corresponde al órgano de contratación establecer la fórmula de revisión de precios en los correspondientes pliegos que, además, será invariable durante la ejecución del contrato.³⁶ Las fórmulas de revisión de precios deben reflejar la variación de los componentes básicos de los costes para la generación de las prestaciones objeto del contrato.³⁷ Al Instituto Nacional de Estadística le corresponde elaborar índices mensuales de precios de los componentes básicos de los costes incorporados en fórmulas tipo. La LCSP reenvía a la regulación reglamentaria los componentes básicos de los costes incluidos en las fórmulas tipo.³⁸

En principio, la revisión de precios procede para cada fecha prevista desde aquella de formalización del contrato, cuando ello ha ocurrido en el plazo de tres meses o, en relación con la conclusión de este plazo, si el contrato se formalizó con posterioridad.³⁹

³¹ [España] LCSPs, art. 103.1.

³² [España] LCSP, art. 19.2.

³³ [España] LCSP, art. 103.2.

³⁴ [España] LCSP, art. 103.2.

³⁵ [España] LCSP, art. 103.2 y Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, publicada en el BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

³⁶ [España] LCSP, art. 103.3.

³⁷ [España] LCSP, art. 103.7.

³⁸ [España] LCSP, art. 103.8.

³⁹ [España] LCSP, art. 103.4.

No cabe revisión de precios, sino a partir de la ejecución del 20 % del importe del contrato y luego de dos años desde su formalización. El porcentaje no se considera para propósitos de la revisión de precios en los contratos de concesión de servicios.⁴⁰

El Consejo de Ministros, con el informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado y la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, puede establecer fórmulas tipo para la revisión de precios que, desde su adopción, limitan la competencia del órgano de contratación para fijar fórmulas particulares.⁴¹

Cabe revisión de precios incluso en el caso de mora incurrida por el contratista, pero en tal supuesto, el ajuste a ser aplicado será el que habría correspondido a las fechas de ejecución regular del contrato, a no ser que el coeficiente sea menor si se aplica el periodo real de ejecución.⁴²

El abono o descuento de las revisiones se efectúa de oficio para cada certificación o pago parcial, sin perjuicio de que, en aquellos casos en que se produzcan desajustes por razones administrativas, el importe de las revisiones se haga efectivos en la certificación final o en la liquidación del contrato.

Finalmente, es necesario aclarar que la aplicación del régimen de revisión de precios es independiente de aquel previsto para mantener el equilibrio económico del contrato.⁴³

(b) Precios y tarifas en Hispanoamérica

En el ámbito hispanoamericano, el estándar común es otorgar a la contraprestación pagada por el usuario por la provisión del servicio el tratamiento de un precio privado, con excepciones muy específicas que las tratamos en el siguiente capítulo.

Por ejemplo, en República Dominicana se ha prescrito que el gestor privado o en caso de que existan recursos públicos comprometidos el fideicomiso constituido para la gestión de los ingresos, tienen la «facultad de percibir y reclamar directamente a los usuarios de los servicios prestados, las tarifas o cargos correspondientes, conforme los términos y condiciones previstos en el contrato».⁴⁴

Con este mismo criterio el art. 63 de la Ley APP de República Dominicana señala que los contratos de APP deben contener el régimen tarifario y de remuneración (asociada al desempeño), y el art. 74 *ibidem* prescribe, en el ámbito de las obligaciones del gestor privado, que sus relaciones con «terceros beneficiarios de los servicios» se regulan por el derecho común. En el mismo enunciado normativo se determina que el régimen tarifario es de máximos, está sujeto a un mecanismo de reajuste y que el gestor privado está habilitado a reducirlas, pero nunca en razón de ello, deteriorar las condiciones y calidad de la obra o los servicios.

⁴⁰ [España] LCSP, art. 103.5.

⁴¹ [España] LCSP, art. 103.6.

⁴² [España] LCSP, art. 104.

⁴³ [España] LCSP, art. 103.10. Ver al respecto, J. Martínez Fernández. «El mantenimiento del equilibrio económico y la revisión de precios las concesiones», en J. Martínez Fernández (coord.). *La gestión de los servicios públicos locales en el marco de la LCSP, la LR7SP y la LRSAL*. Madrid: Wolters Kluwer, 2019.

⁴⁴ [República Dominicana] Ley APP de República Dominicana, art. 52.

3. Aportaciones y pagos con recursos públicos para la financiación del proyecto público

(a) Los pagos a cargo del Estado como característica de la modalidad de APP

Aunque en las concesiones de la tradición continental, siempre fue posible la intervención del Estado en la financiación del proyecto cuya gestión se encomienda a un gestor privado, el modo en que ordinariamente se estructuraban los proyectos era el de trasladar completamente los riesgos al gestor privado y que sea retribuido a través del pago de las contraprestaciones a cargo de los usuarios por los servicios provistos. De hecho, aún se mantiene esta idea básica, en el contexto de los modelos internacionales, para diferenciar los tipos de APP, como lo hemos dejado indicado.⁴⁵

Una de las características de las APP, al menos en lo que al cambio del lenguaje se refiere para justificar las diferencias en el modelo de concesión tradicional en los sistemas jurídicos de la tradición continental, es que el Estado suele intervenir directamente con aportes para la inversión inicial o pagos diferidos vinculados con la fase de explotación del proyecto, o, indirectamente, asumiendo obligaciones contingentes.

No obstante, es un criterio generalizado que, al reducir el esfuerzo financiero del sector privado, a través del cofinanciación público, se modifica la base de transferencia de riesgo y genera desestímulos para crear valor por dinero. El promotor privado puede abandonar el proyecto, si sus riesgos son menores.⁴⁶

La intervención del Estado en el cofinanciación de un proyecto entregado al sector privado bajo la modalidad de APP se suele justificar en su interés de reducir el coste de financiación y facilitar el acceso a la financiación necesario para la implementación del proyecto.

En efecto, el promotor privado valora el capital de riesgo que se le requiere aportar a través de una prima de riesgo asignada al proyecto. De modo que cuando el Estado interviene en la financiación parcial del proyecto se espera que el promotor privado perciba menor riesgo en la operación. El modo de cofinanciación público también puede resultar relevante para reducir el riesgo y el coste del capital: el promotor privado encontrará que el desembolso de los recursos financieros públicos en la fase de inversión es un mitigante del riesgo de cobro de los importes que la Administración pública deba satisfacer durante la fase de explotación. Finalmente, cuando el monto de recursos financieros que se requieren para la ejecución del proyecto es alto, el acceso y disponibilidad de financiación puede estar limitado, por lo que las aportaciones públicas reducen tales necesidades y pueden facilitar el proceso a costes financieros menores. Además, los Estados suelen tener acceso a financiación a costes menores que los promotores privados, por lo que su intervención del Estado como

⁴⁵ Se suele agregar a la idea básica, como rasgo identificativo de la concesión, el hecho de que se trata de un contrato referido a infraestructura existente.

⁴⁶ Cfr. BM, BAD y BID. *Asociaciones Público-Privadas. Guía de Referencia*, v. 2.0, Washington: BM, 2004, p. 54.

cofinanciador, directamente o a través de instituciones financieras públicas puede permitir el traslado de estas ventajas al modelo financiero del proyecto.

Las modalidades de participación del Estado en la financiación del proyecto son variadas. En general, los sistemas jurídicos, como lo he apuntado, generan habilitaciones amplias, para que se estructuren proyectos a partir de:

- compromisos firmes de provisión de recursos financieros, ya en forma de pagos diferidos, vinculados con la disponibilidad de la infraestructura o su uso, ya conectados con transferencias no reembolsables (subvenciones o subsidios) o reembolsables (préstamos con o sin interés); y/o,
- compromisos contingentes, esto es, dependientes de algún evento futuro, como el otorgamiento de garantías para la obtención de créditos comerciales o vinculadas con el ingreso mínimo (especialmente en proyectos *greenfield*).

Los mecanismos específicos que se crean con el fin de reducir el riesgo percibido por el mercado financiero y facilitar el acceso a la financiación externo ha sido también una tendencia de las reformas institucionales en materia de APP.

(b) Compromisos firmes asumidos por el Estado

(i) Compromisos firmes: aportaciones de capital y pagos diferidos efectuados por la Administración pública en el contexto de una APP

Son compromisos firmes las obligaciones asumidas por el Estado cuyo cumplimiento debe producirse con seguridad, por importes predeterminados o determinables, según los términos previstos en el contrato de APP. Todos los compromisos firmes se reflejan en el presupuesto público y deben ser autorizados a través de este instrumento.

Los compromisos firmes pueden consistir en aportaciones de capital o pagos diferidos.

Es posible prever como ingresos del proyecto pagos diferidos efectuados por la Administración pública con cargo a uno o varios ejercicios presupuestarios.

Los pagos periódicos que el Estado acuerda en una APP pueden estar vinculados a algún factor del riesgo asumido por el gestor privado o pueden ser incondicionales.

En el primer grupo de pagos diferidos se encuentran los denominados pagos por disponibilidad y los pagos por utilización o frecuentación, como el «peaje en sombra».⁴⁷

Para los pagos por disponibilidad, en el contrato APP se define las condiciones técnicas de funcionalidad de la infraestructura o los niveles de servicio que bajo responsabilidad del gestor privado deben mantenerse, usualmente dentro de rangos considerados aceptables en términos de calidad, para que la Administración, en función del cumplimiento de ellas cuantifique y pague la contraprestación o, en su caso, aplique multas por los desvíos mayores en los rangos previstos.

En los pagos por utilización, como ocurre en el modelo de concesiones, la Administración encarga al gestor privado el diseño, financiación, construcción,

⁴⁷ En el contexto de los programas APP del Reino Unido (PFI) se origina el sistema del «peaje en sombra».

operación y mantenimiento de la obra de infraestructura. El gestor privado, no obstante, obtiene su contraprestación del flujo de ingresos del proyecto que son pagados por la Administración contratante en función del uso o frecuentación de la infraestructura o el servicio. El usuario no paga directamente al gestor privado por el servicio que le ha provisto; en su lugar, es la Administración pública la que retribuye el beneficio que obtiene el primero, con cargo al presupuesto del ejercicio fiscal en el que se liquidan el número de prestaciones efectivamente suministradas a los usuarios por el gestor privado. El mecanismo permite determinar una tarifa en los niveles técnicos — con independencia de cualquier subsidio— que, desde una perspectiva del flujo de ingresos del proyecto, permitiría, en condiciones ordinarias, que gestor privado pueda recuperar su inversión, cubrir los costes y gastos del proyecto y obtener la rentabilidad prevista por su inversión y trabajo.

En contratos de APP a plazo fijo, dado que el pago diferido por utilización depende del nivel de demanda de servicio a ser provisto mediante la obra de infraestructura, el riesgo empresarial asumido por el gestor privado en teoría se mantiene; de modo que, si las previsiones del nivel de demanda son incorrectas, el proyecto podría generar pérdidas como cualquier otro tipo de negocio productivo. El criterio de transferencia de riesgo sobre la disponibilidad es similar, aunque no tiene relación con la demanda. El riesgo empresarial está vinculado con la oferta, pues, sus ingresos dependen del sostenimiento de los medios en los niveles convenidos para asegurar el servicio a ser provisto o el número de prestaciones que pueden ser puestas a disposición de los usuarios dentro de los criterios de calidad acordados. Si estos estándares se ven afectados, los ingresos del gestor privado también. En materia de pagos diferidos por disponibilidad, para que exista realmente una transferencia de riesgo operacional, la Administración no podría asegurar un nivel mínimo de ingresos, cualquiera sea el nivel de servicio.

Las aportaciones públicas incondicionales se pueden producir dentro de esquemas variados, y pueden consistir en transferencias reembolsables (préstamos) o no reembolsables (subvenciones). Su propósito es, principalmente, reducir el importe a ser financiado por el sector privado y el coste de capital.

Conviene señalar que, en este conjunto, el pago será diferido si el gasto público se refleja en ejercicios presupuestarios posteriores a la suscripción del correspondiente contrato de gestión delegada. Un ejemplo de pagos del Estado que no implican gastos aplazados son los proyectos ejecutados por Colombia en el contexto de lo que las han llamado las primeras tres generaciones de concesiones.⁴⁸ En efecto, el Estado aportaba directamente para la construcción ciertos volumen de recursos económicos y, en algún momento, lo hizo al inicio de la ejecución del proyecto.

(ii) *Subvenciones*

En los proyectos de APP, las subvenciones públicas alivian el coste de capital. Y representan una fuente de financiación para la construcción y operación de la infraestructura.

⁴⁸ Cfr. M. Muñoz Prieto. «Concesiones viales en Colombia. Historia y desarrollo», en *Tecnura* 10, 2012, pp. 18 - 26.

Las subvenciones suelen supeditarse a eventos específicos en función del modelo financiero y a las seguridades y confirmaciones que se espera obtener en la programación del proyecto.⁴⁹

En función de ello, hay subvenciones cuyo pago se coloca al concluir el periodo de construcción, cuando se demuestra haber satisfecho los requerimientos técnicos de la infraestructura, de modo que el gestor privado debe ocuparse de alcanzar facilidades financieras que operan como puente hasta obtener el desembolso de recursos públicos. Otras subvenciones se desembolsan en función de hitos durante el desarrollo del proyecto, siempre supeditadas a condiciones precedentes. En tal caso, las operaciones de financiación externo acompañan el programa de desembolso de los recursos públicos, de modo que cubren los montos que no sean satisfechos entre hitos a través de la subvención y el capital de riesgo.

Cuando se realizan desembolsos públicos de manera anticipada, se suele requerir instrumentos de garantía sobre el buen uso de los recursos. El mecanismo de garantía puede generar un coste menor que el que resulta de una facilidad financiera, si se lo estructura adecuadamente; de lo contrario, tiene el mismo riesgo implícito que la deuda senior.

(iii) *Habilitaciones incorporadas en el sistema jurídico español para la participación pública en la financiación de la inversión en proyectos APP*

La LCSP española,⁵⁰ en el contexto de los contratos de concesión de obras, determina que aquellas que son objeto de la concesión deben ser financiadas, al menos, parcialmente por el concesionario, quien siempre asume el riesgo operacional.

El riesgo operacional en la explotación de las obras puede estar referido a (i) el riesgo de demanda, (ii) el de suministro o (iii) ambos.⁵¹ El riesgo de demanda se refiere a las variaciones que se pueden producir en la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato. El riesgo de suministro consiste en que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda.⁵² De este modo, el concesionario asume el riesgo operacional, en la fase de la explotación de las obras financiadas autónomamente o cofinanciadas con la Administración, cuando no es posible conocer si se podrá recuperar las inversiones realizadas en la infraestructura o los costes en que ha incurrido en la explotación, en condiciones normales de funcionamiento. La incertidumbre debe ser real y no, como lo señala la ley, meramente nominal o desdeñable, pues, lo

⁴⁹ Sobre un esquema de pagos diferidos frente al *project finance* en Alemania, ver Daube, Vollrath y Alfen. «A Comparison of Project Finance and the Forfeiting Model as Financing Forms for PPPs in Germany», en *International Journal of Project Management*, vol. 28, núm. 4, 2007, pp. 376 - 387.

⁵⁰ [España] LCSP, art. 265.1

⁵¹ [España] LCSP, art. 14.1.

⁵² Parece que este criterio, en lugar de referirse a la disponibilidad de la infraestructura o los niveles de servicio requeridos, según estándares predefinidos (*outputs*), se vincula con la capacidad de atender la demanda. En tal caso, sería un riesgo para el concesionario únicamente la sobre oferta (por los costes incrementados de operación y mantenimiento), si es claro que la Administración es la que define los objetivos del proyecto. En el caso de la suboferta no parece que corresponde a un riesgo asumible por el concesionario que atiende los *outputs* definidos por la Administración contratante, salvo que se trate de un contrato de concesión donde el referente de las prestaciones a cargo del gestor privado esté en la atención de un universo de usuarios definido por la Administración y las necesidades a ser cubiertas, en lugar de la infraestructura y las prestaciones a ser gestionadas.

resultados dependen enteramente de las capacidades del empresario para organizar e implementar le proyecto.

La intervención de la Administración en la financiación de la obra se justifica en conceptos de textura abierta: «rentabilidad económica o social» o «razones de rentabilidad económica o social, o concurren singulares exigencias derivadas del fin público o interés general de las obras objeto de concesión».⁵³ Estos extremos deberán ser justificados en la etapa de evaluación del proyecto, a través del estudio de viabilidad,⁵⁴ y no parece que se podrían justificar en el trámite de evaluación abreviado que se limita a un informe sobre el modelo financiero, antes de poner a consideración de la comunidad el anteproyecto o proyecto.⁵⁵

En lo que respecta al momento de la aportación pública a la financiación del proyecto, esta puede efectuarse durante la ejecución de las obras o a su conclusión.

El monto de la aportación pública puede ser un factor de adjudicación, según los términos y hasta el monto máximo previsto en los pliegos. En tal caso, el monto requerido deberá ser consignado en la oferta del licitador.⁵⁶

Las aportaciones públicas en la financiación de la inversión pueden ser en numerario o especie. Las aportaciones en numerario pueden consistir en compromisos firmes o contingentes. En cualquier caso, todas las aportaciones públicas deben constar en los pliegos y no se pueden modificar posteriormente.⁵⁷

(iv) *Compromisos firmes en España: fases de inversión y explotación del proyecto APP*

En España está previsto el cofinanciación público de las obras del proyecto. En lo que respecta a las aportaciones en numerario, estas podrían consistir en (i) subvenciones; o, (ii) préstamos reintegrables, con o sin interés,⁵⁸ de acuerdo con los términos y condiciones previstas en el pliego.

La Administración, además de su participación en la financiación del proyecto en la fase de inversión, para garantizar la viabilidad financiera del proyecto puede realizar, al inicio de la explotación o durante esta etapa desembolsos de efectivo, en forma de subvenciones,⁵⁹⁶⁰ anticipos reintegrables, préstamos participativos,⁶¹ subordinados⁶² o

⁵³ [España] LCSP, art. 265.2.

⁵⁴ [España] LCSP, art. 247.2.

⁵⁵ [España] LCSP, art. 247.6.

⁵⁶ [España] LCSP, art. 266.1.

⁵⁷ [España] LCSP, art. 266.3.

⁵⁸ [España] LCSP, art. 265.2.

⁵⁹ [España] Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, publicada en el BOE núm. 276, de 18 de noviembre de 2003. Sobre el régimen en España, se puede consultar en M. Garcés Sanagustín, A. Palomar Olmeda e I. Arteagabeitia (coord.). *Derecho de las subvenciones y ayudas públicas*. Cizur Menor:

⁶⁰ Aranzadi, 2018. De conformidad con el art. de la Ley General de Subvenciones española, se entiende por tal «toda disposición dineraria [...] a favor de personas públicas o privadas, y que cumpla los siguientes requisitos:

a) Que la entrega se realice sin contraprestación directa de los beneficiarios.

b) Que la entrega esté sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación, debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido.

c) Que el proyecto, la acción, conducta o situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública».

de otra naturaleza, para ser aportados desde el inicio de la explotación de las obras o en el transcurso de las mismas, o también otorgar ayudas que incluye todo tipo de garantías (financieras y no financieras).

La devolución de los préstamos y el pago de los intereses, en su caso, estarán sujetos a los términos previstos en la concesión.

(v) *Retribución por la utilización de las obras a cargo de la Administración pública: España*

La retribución que se paga al concesionario por el uso de la obra se llama en general «tarifa» y su naturaleza es calificada como prestación patrimonial de carácter público no tributaria.⁶³

La regulación se enfoque en el usuario final, por lo que no se entiende cómo es posible que la retribución que paga la Administración por el uso de la obra pueda ser considerada una prestación patrimonial de carácter público, aunque pueda llamarse tarifa.

El concesionario puede ser retribuido por la Administración, a través de tarifas, en función de:⁶⁴

- la disponibilidad, según las previsiones del pliego sobre los índices de corrección, con independencia —de ser posible— de las penalidades por los desvíos; y,
- por la utilización de la obra por parte de los usuarios finales («peajes en sombra», por ejemplo).

Finalmente, el régimen español exige que los ingresos que obtiene el concesionario estén claramente diferenciados, de modo que sea posible determinar los que se originan en aportaciones públicas, los pagos realizados por los usuarios y los que resultan de la explotación de la zona comercial.⁶⁵

(vi) *Pagos del Estado combinados con contraprestaciones pagadas por el usuario*

Las distintas modalidades de pagos del Estado suelen presentarse combinadas. Así, por ejemplo, en el peaje en sombra, al criterio de demanda le suele acompañar factores

⁶¹ Ver, J. Martínez Sanchiz. «Préstamos y créditos participativos y subordinados», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 28, 1988, pp. 135 - 172. El art. 20 del Real Decreto-Ley 7/1996, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica establece que «se considerarán préstamos participativos aquéllos que tengan las siguientes características: a) La entidad prestamista percibirá un interés variable que se determinará en función de la evolución de la actividad de la empresa prestataria. El criterio para determinar dicha evolución podrá ser: el beneficio neto, el volumen de negocio, el patrimonio total o cualquier otro que libremente acuerden las partes contratantes. Además, podrán acordar un interés fijo con independencia de la evolución de la actividad. b) Las partes contratantes podrán acordar una cláusula penalizadora para el caso de amortización anticipada. En todo caso, el prestatario sólo podrá amortizar anticipadamente el préstamo participativo si dicha amortización se compensa con una ampliación de igual cuantía de sus fondos propios y siempre que éste no provenga de la actualización de activos. c) Los préstamos participativos en orden a la prelación de créditos, se situarán después de los acreedores comunes. d) Los préstamos participativos se considerarán patrimonio neto a los efectos de reducción de capital y liquidación de sociedades previstas en la legislación mercantil».

⁶² Ver D. Rodríguez Ruiz de Villa. «Créditos subordinados intragrupo: dos aspectos del estado actual de la cuestión», en *Anuario de derecho concursal*, núm. 30, 2013, pp. 337 - 352.

⁶³ [España] LCSP, art. 267.1.

⁶⁴ [España] Ley de Contratos del Sector Público, art. 267.4.

⁶⁵ [España] LCSP, art. 267.6.

de disponibilidad de servicios, de modo que la liquidación de los pagos por utilización se ajusta en función de indicadores de calidad del servicio suministrado.

Desde el punto de vista de Administración pública, el esfuerzo fiscal puede ser menor, o desde la perspectiva del usuario, la prestación por el servicio puede ser subsidiada a través de una tarifa social (política⁶⁶), cuando la Administración y el usuario pagan, cada uno, una porción de la tarifa técnica. A este mecanismo, se lo ha denominado «peaje blando».

La Constitución mexicana autoriza directamente la concesión de subsidios, cuando se trate de actividades prioritarias, sean generales, temporales y no afecten sustancialmente las finanzas públicas.⁶⁷

(vii) *Tratamiento legislativo para los compromisos firmes asumidos por el Estado en Hispanoamérica*

En la tipología de las APP peruanas se encuentran explícitamente señaladas en su Ley APP las denominadas cofinanciadas,⁶⁸ i. e., las que requieren aportaciones públicas en forma de desembolsos de recursos o el otorgamiento de garantías financieras o no financieras (con probabilidad alta de que los compromisos contingentes se hagan exigibles).

En este contexto, las denominaciones que adoptan los compromisos firmes que asume el Estado en el contexto de una APP son múltiples. Por ejemplo, en el Perú se han empleado algunos de los siguientes:

- El «pago por obra» («PPO») es un pago destinado a retribuir al gestor privado por avance de obra en inversiones obligatorias.
- La «retribución por inversión» son subvenciones al capital organizadas como pagos diferidos.
- El «pago por rehabilitación y mejoramiento» («PRM»), es un pago que se realiza por avance de obra ajustada por un factor de conversión.
- El «pago por avance de obra» («PAO»), como su nombre lo indica es un pago directo por el avance de la obra en función de algún hito predefinido.
- El «pago anual por mantenimiento periódico inicial» («PAMPI») es una forma de cofinanciación del mantenimiento, luego de realizado.
- El «pago por material rodante» («PPMR») tiene la forma del PPO, pero para material rodante.
- El «pago anual por mantenimiento y operación» («PAMO») es el pago diferido que se cuantifica en función de los niveles de servicio.

⁶⁶ Un ejemplo de ello: mediante Real Decreto-Ley 6/1999 España dispuso la reducción de las tarifas de peaje en un 7 %, al tiempo que asumió el pago de la diferencia respecto de aquellas fijadas contractualmente, con cargo al presupuesto público. Además de introducir la idea del peaje blando en proyectos construidos en el esquema del peaje en sombra, esta norma permite observar el significado del riesgo político (acto de autoridad) y la asunción de la Administración del impacto negativo en la ecuación económico-financiera como efecto de la retención de un riesgo típicamente público.

⁶⁷ [México] Constitución de México, art. 28, último inciso.

⁶⁸ [Perú] Ley APP peruana, art. 22.1

Como se ha señalado previamente, en Colombia están previstas las dos fuentes básicas de ingresos como retribución por la inversión, riesgo y trabajo del gestor privado.⁶⁹

En cualquier caso, se aclara que estos ingresos del proyecto dependerán de factores tales como: (i) la disponibilidad de la infraestructura, (ii) el cumplimiento de niveles de servicio y (iii) estándares de calidad en las distintas etapas del proyecto.⁷⁰

De acuerdo con el art. 26 de la Ley APP colombiana es posible que el Estado asuma compromisos firmes multianuales. Para tal propósito, el Consejo de Política Fiscal (CONFIS), previo informes de varios órganos de la Administración relacionadas con la planificación sustancial y financiera del Estado, aprueba los compromisos en los presupuestos públicos futuros («vigencias futuras») derivados de proyectos APP.⁷¹ Al CONFIS le corresponde definir un escenario de consistencia fiscal y la evaluación del aporte presupuestario y la disposición de recursos para ser destinados al proyecto APP, y estas aportaciones, ya en el desarrollo del proyecto, no pueden variar en más del 10 % del importe originalmente autorizado.

En el caso de los proyectos a cargo de los niveles de gobierno subnacionales, a las reglas precedentes se agregan las siguientes:⁷²

- No se pueden celebrar contratos que impliquen compromisos firmes y futuros en el último año de gestión.
- Los proyectos públicos a ser desarrollados por gestión indirecta se deben alinear a la planificación sustancial en el territorio.
- Se debe justificar que, en razón del proyecto público a ser delegado, no se incurre en vulneración de los límites de gasto y deuda (las reglas fiscales).
- Se han satisfecho los requisitos para la aprobación de riesgos y pasivos contingentes.
- Los compromisos públicos asumidos en los proyectos APP son considerados dentro del análisis de solvencia y capacidad de pago de los entes territoriales, lo que tiene efecto en el espacio de endeudamiento posible.
- Se debe identificar la fuente de financiación de tales compromisos futuros. Si lo que se espera es financiar con ingresos de libre disponibilidad, estos dejarán de ser considerados como tales en razón del pre compromiso.

En El Salvador, los compromisos que puede asumir el Estado se clasifican explícitamente en firmes y contingentes, siguiendo el estándar internacional.⁷³ Siguiendo tal estándar, los compromisos firmes corresponden a las obligaciones contraprestacionales a cargo del Estado, acordadas en el respectivo contrato de APP, que pueden tomar la forma de (i) cuotas periódicas que tienen como finalidad retribuir la inversión en que incurre el participante privado; o, (ii) cuotas periódicas que tienen como finalidad retribuir la actividad de explotación y conservación en que incurre el participante privado para la prestación del servicio. En El Salvador, por tanto, los

⁶⁹ [Colombia] Ley APP colombiana, art. 5.

⁷⁰ [Colombia] Ley APP colombiana, art. 5. Reglamentariamente se pueden ampliar los requisitos.

⁷¹ [Colombia] Ley APP colombiana, art. 26.

⁷² [Colombia] Ley APP colombiana, art. 27.

⁷³ [El Salvador] Ley APP salvadoreña, art. 65.

compromisos firmes no pueden consistir en pagos únicos (usualmente empleados al inicio o a la conclusión de la fase de inversión) y siempre son pagos diferidos. Por su parte, los compromisos contingentes, corresponden a obligaciones sujetas a condición suspensiva, cuyo nacimiento depende de un hecho futuro e incierto. La base de justificación de los compromisos contingentes que puede asumir el Estado se limita a mejorar el perfil de riesgo del proyecto e incentivar la participación privada. Los compromisos contingentes cuantificales son los que se registran. Lo que no significa que los compromisos contingentes que no se pueden cuantificar no se deban identificar y gestionar.

(viii) Control político y autorizaciones a cargo de la Asamblea: el caso de El Salvador

Para que el Estado salvadoreño pueda asumir compromisos firmes o contingentes plurianuales en El Salvador se requiere que la Asamblea autorice a la Administración, con el voto conforme de la mitad más uno de esos integrantes (mayoría absoluta).⁷⁴ La autorización a ser conferida no es general, como una habilitación dentro del ámbito del principio de legalidad administrativa, sino que la aprobación se realiza caso por caso. Los proyectos sometidos a consideración de la Asamblea deben contener (i) la obra o servicio cuya gestión va a ser delegada; (ii) su ubicación; (iii) plazo; (iv) monto máximo del proyecto; y, (v) la justificación económica y social de la modalidad. La autorización de la Asamblea no genera en sí misma el compromiso de pago: se trata de un requisito de control (político) de más alto nivel.

Además, le corresponde a la Asamblea aprobar, con mayoría absoluta de sus integrantes, los contratos de APP antes de su suscripción y una vez adjudicados.⁷⁵ Esta facultad se extiende, incluso en el caso de que el contrato de APP, no implique compromisos firmes o contingentes plurianuales a cargo del Estado, cuando el contrato corresponda a una obra pública que implique la entrega al gestor privado de un bien demanial («bienes nacionales de uso público»). Del mismo modo que en el régimen previsto para contratos APP que implican compromisos firmes o contingentes plurianuales, las autorizaciones y aprobaciones de la Asamblea se limitan al control político y no suponen en sí mismas la asunción de las obligaciones a las que se refieren los contratos.

(ix) Garantías indirectas de los pagos a cargo del Estado: el caso del «Fondo de Liquidez para Asocios Público Privados» salvadoreño y de los fideicomisos específicos de República Dominicana

En El Salvador se constituyó un patrimonio autónomo destinado a asegurar la liquidez para el pago de las obligaciones asumidas por el Estado en aplicación de un contrato APP, sea por compromisos firmes, sea por compromisos contingentes cuantificables.⁷⁶ Es administrado, en calidad de fiduciario, el Banco de Desarrollo de El Salvador.

Además de una aportación inicial efectuada por el Estado, el objetivo es que el fondo se agreguen los aportes especiales del Estado y las instituciones autónomas equivalentes, al menos, a (i) el 100 % de los compromisos firmes que deban ser satisfechos por cada contrato APP, en el ejercicio inmediatamente posterior; y, (ii) el 100

⁷⁴ [El Salvador] Ley APP salvadoreña, art. 53.

⁷⁵ [El Salvador] Constitución salvadoreña, art. 120; y, Ley APP salvadoreña, art. 54.

⁷⁶ [El Salvador] Ley APP salvadoreña, art. 66, 67 y 68.

% de los compromisos contingentes asumidos que deban ser satisfechos ya como obligaciones exigibles (se ha producido la condición) en el ejercicio inmediatamente posterior, de cada contrato APP. Se dispone, finalmente, que la Ley de Presupuestos debe integrar las partidas con los que se repongan los montos empleados en el fondo.

Como se puede apreciar, el propósito del fondo es generar la percepción de que el Estado dispone la liquidez necesaria y anticipada, por al menos un año, para atender las obligaciones a cargo del Estado, lo que implica que en el ciclo presupuestario los recursos a ser dispuestos con cargo al fondo deben estar previstos con esa misma anticipación. El esquema puede fracasar si no se realizan las asignaciones presupuestarias o si los gastos no se ejecutan oportunamente.

Además, el fondo puede obtener, recibir y administrar, para cumplir otros objetivos vinculados a su objetivo principal, (i) aportes que realicen otras entidades públicas y organismos multilaterales; (ii) fondos de cooperación internacional; y, (iii) las rentas por la administración de los recursos.

El administrador fiduciario está facultado especialmente para (i) pagar con cargo al fondo los haberes debidos, con instrucción de la Administración delegante; (ii) invertir los fondos en instrumentos de renta fija, bajo riesgo y alta liquidez emitidos por el Estado; y, (iii) contratar refinanciación para las garantías soberanas otorgadas. Para el ejercicio de estas autorizaciones debe mantener los depósitos en el Banco Centra y suscribir los actos y convenios necesarios. Nótese que las actividades del fondo se concentran en operaciones internas de endeudamiento público. Este es otro de los problemas del mecanismo así diseñado porque, al determinarse normativamente que los recursos líquidos se deben invertir en deuda pública, el esquema está vinculado con el riesgo propio de la gestión de la referida deuda pública.

Por otra parte, como alternativa a un fondo global como el salvadoreño, en República Dominicana se ha previsto la constitución de fideicomisos específicos para cada APP. Le corresponde al Estado aportar al inicio de cada trimestre el importe de los compromisos firmes que hubiera asumido en los contratos APP para satisfacer sus obligaciones por los próximos tres meses.⁷⁷

En Colombia se emplea un patrimonio autónomo como mecanismo de gestión de los ingresos del proyecto.⁷⁸ Le corresponde al gestor privado la constitución del referido patrimonio que se integra por todos los activos y pasivos, presente o futuros, vinculados con el proyecto. Los rendimientos de los recursos privados integrados al patrimonio son del proyecto. La Administración tiene competencia para requerir del fiduciario toda la información que estime pertinente, en el marco de los términos contractuales, en relación con el patrimonio autónomo; no obstante, la misma ley dispone directamente que, constituido el patrimonio autónomo, dentro de tres días, el fiduciario debe proveer a la Administración⁷⁹ la información que esta requiera y el nombre del fideicomitente, del beneficiario y el valor de los recursos administrados a través del patrimonio autónomo constituido por el contratista.

⁷⁷ [República Dominicana] Ley APP de República Dominicana, art. 54.

⁷⁸ [Colombia] Ley APP colombiana, art. 24.

⁷⁹ Se señala que la información debe ser provista a la Unidad de Información y Análisis Financiero-UIAF.

(c) **Compromisos contingentes**

(i) *Garantías financieras y no financieras otorgadas por el Estado*

La Administración pública puede asumir compromisos que facilitan la financiación del proyecto o que reducen el riesgo del gestor privado frente a los financiadores externos.

Al conjunto de medidas que se pueden adoptar en este marco y que no constituyen obligaciones actualmente exigibles, porque están sujetas a una condición suspensiva, es decir, a un evento futuro e incierto se denominan compromisos contingentes.

En Perú se los define como «potenciales obligaciones de pago a favor de su contraparte estipuladas en el contrato de APP que se derivan por la ocurrencia de uno o más eventos correspondientes a riesgos propios del proyecto de APP».⁸⁰

Ahora bien, los compromisos contingentes pueden consistir en garantías de tipo financiero o no financieras.

Las garantías financieras son compromisos de pago incondicional y de ejecución inmediata que el Estado otorga (garantía soberana) o contrata con un tercero a su cuenta y riesgo, para respaldar obligaciones propias o del proyecto.⁸¹

En Perú explícitamente se autoriza el otorgamiento o la contratación⁸² tales garantías a favor del gestor privado para respaldar los préstamos o bonos emitidos para la financiación del proyecto.⁸³ Interviene para este propósito el Ministerio de Economía y Finanzas a requerimiento de Proinversión.⁸⁴

Por el contrario, en Ecuador solo es posible emitir garantías soberanas cuando se trata de obligaciones de entidades públicas, siempre que el endeudamiento que se garantiza se haya contratado para la implementación de proyectos de infraestructura o autosostenibles⁸⁵ y, por excepción, cuando se trata de obligaciones de un sujeto de Derecho privado que sea de propiedad pública en al menos el 70 % de su capital social.⁸⁶ La banca pública, no obstante, está habilitada a realizar operaciones contingentes, dentro del esquema ordinario en el sistema financiero nacional.

⁸⁰ [Perú] Ley APP peruana, art. 24.1, núm. 2.

⁸¹ BID. Asociaciones Público Privadas en Perú: análisis del nuevo marco legal. Módulo V: El contrato APP, compromisos y garantías de Estado y gestión de modificaciones contractuales [en línea], [consulta: 20/05/2019]. Disponible: https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/capacitaciones/modulo_5.pdf.

⁸² Un ejemplo al respecto fue la contratación de una garantía parcial con el BID, para asegurar el «Pago Anual por Obras» en el proyecto «IIRSA Norte», por 60 millones de dólares. Cfr. BID. «PE-L1010 : Programa de Garantías Ramal Norte del Amazonas IIRSA» [web], [consulta: 15/02/2018]. Disponible: <http://logisticsportal.iadb.org/node/4298>

⁸³ [Perú] Ley APP peruana, art. 23.1, núm. 1.

⁸⁴ [Perú] Ley APP peruana, art. 23.1, núm. 2.

⁸⁵ [Ecuador] Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, art. 146.

⁸⁶ [Ecuador] Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, art. 146 («En ningún caso se otorgará garantías por parte del Estado o de sus entidades a favor de personas naturales o jurídicas de Derecho privado, inclusive las que no tengan finalidad de lucro, con excepción de la banca pública y aquellas empresas de Derecho privado con al menos un 70% de acciones del Estado»).

Por otro lado, están las garantías no financieras.⁸⁷ Una garantía no financiera no implica asumir una deuda ajena y pagarla, sino que es el compromiso de pagar al gestor privado (la contraparte contractual) determinado importe en las circunstancias previstas en el contrato: es una típica obligación sujeta a condición. Este tipo de garantías son técnicas que se emplean para acotar los riesgos transferidos al gestor privado y, por ello, abaratan el coste del proyecto.

La que mayor uso ha tenido es la de los ingresos mínimos garantizados («IMG»). El esquema funcionará del siguiente modo: se transfiere el riesgo de demanda al gestor privado; y, si las proyecciones originales de la demanda tienen desvíos por debajo del piso que hace viable financieramente el proyecto, entonces se activa la obligación pública de cubrir la diferencia pactada. El uso de esta técnica normalmente está asociado a proyectos *greenfield* donde las proyecciones de demanda pueden fracasar grandemente. En los proyectos *brownfield* no tiene sentido este tipo de garantía no financiera y, por el contrario, es usual emplear techos de modo tal que la Administración, a partir de determinado umbral, comparte el sobre ingreso.

(ii) *Compromisos contingentes en España: habilitación*

En lo que respecta a los compromisos contingentes, el régimen de concesión de obras español habilita a la Administración a asumirlos y ejemplificar los casos: se trata de garantías, avales y cualquier ayuda a la financiación del proyecto.⁸⁸ mismo régimen se aplica a otras formas de ayuda pública, como garantías, avales. En todo caso, siempre deben constar en los pliegos.

(iii) *Los compromisos contingentes en los sistemas jurídicos hispanoamericanos*

Uruguay regula las contribuciones públicas para el desarrollo de los proyectos públicos a ser delegados, en el art. 6 de su Ley APP. En él se habilita a la Administración a realizar cualquier tipo de contribución autorizada mediante decreto del Poder Ejecutivo, en función de las características de cada proyecto, para hacerlos viables y para generar un estímulo a la gestión económica más eficiente, de acuerdo con los estudios preliminares. Entre los mecanismos meramente ejemplificados, las garantías para la financiación del proyecto y las garantías de obtención de ingresos mínimos, junto con los aportes pecuniarios, el otorgamiento de subvenciones, créditos y, además, las exoneraciones fiscales que se califican como contribución pública para la implementación del proyecto.⁸⁹

⁸⁷ BID. Asociaciones Público Privadas en Perú: análisis del nuevo marco legal. Módulo V: El contrato APP, compromisos y garantías de Estado y gestión de modificaciones contractuales [en línea]. Disponible: https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/capacitaciones/modulo_5.pdf. [Consulta: 20-05-2019]

⁸⁸ [España] LCSP, art. 266.4.

⁸⁹ [Uruguay] Ley APP uruguaya, art. 6.

(d) Otros aportes públicos e ingresos de un proyecto de APP

(i) Aportaciones públicas en especie

En España, las aportaciones públicas también pueden ser en especie, en tal caso su valoración debe constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Cuando la aportación consista en inmuebles, estos se agregan al patrimonio afecto a la concesión y, a la conclusión de la concesión, deben ser restituidos a la Administración.⁹⁰

En Colombia se prevé la aportación en especie para el caso de las Administraciones subnacionales.⁹¹ En este caso, estas aportaciones no se computan en el límite del 20 % para los incrementos del valor original del contrato durante la implementación del proyecto que afecten al presupuesto público,⁹² el límite de aportación pública para proyectos APP de iniciativa privada⁹³ o aquel aplicable a los incrementos de desembolsos de recursos públicos durante la implementación de proyectos de iniciativa privada.⁹⁴

(ii) Ejecución o financiación parcial de obras a cargo de la misma Administración pública como ayuda pública

En el ámbito de los contratos de concesión de obras, la Administración pública española puede intervenir en la construcción de la infraestructura.⁹⁵ En efecto, el 252.1 de la LCSP, autoriza la participación de la Administración en la ejecución de las obras a cuenta propia o en la financiación parcial.

Cuando se trata de la ejecución material de la obra, se requiere la diferenciación de lo ejecutado y su recepción formal.

En cambio, cuando la Administración interviene financiando parcialmente la obra, cabe la posibilidad que tales aportaciones se hagan por avance de la obra⁹⁶ o a la conclusión de la obra.⁹⁷

Las ayudas públicas para la ejecución de las obras, en todo caso, no pueden afectar la transferencia efectiva del riesgo operacional.⁹⁸

(iii) Financiamiento público a través del sistema financiero y otros programas públicos de promoción

La Administración española puede intervenir en la financiación de la obra, aunque no se trata de la autoridad concedente, a través otros órganos o entidades, según los términos de los convenios entre el financiador público y el concedente.⁹⁹ Finalmente, también puede provenir la financiación público de organismos nacionales o

⁹⁰ [España] LCSP, art. 266.2.

⁹¹ [Colombia] Ley APP colombiana, arts. 5, 13, 17 y 18.

⁹² [Colombia] Ley APP colombiana, art. 13.

⁹³ [Colombia] Ley APP colombiana, art. 17.

⁹⁴ [Colombia] Ley APP colombiana, art. 17.

⁹⁵ [España] LCSPs, art. 252.2.

⁹⁶ [España] LCSP, art. 240.

⁹⁷ [España] LCSP, art. 266.

⁹⁸ [España] LCSP, art. 252.3.

⁹⁹ Considérese, por ejemplo, la importancia que tiene el Fondo Europeo para Inversiones Estratégicas (FEIE), con el que se han orientado inversiones de hasta 500 mil millones de euros, con un mínimo de hasta el 40 %, hacia infraestructuras sostenibles.

internacionales.¹⁰⁰ En tratándose de una aportación pública, se entiende que, las obligaciones derivadas de los convenios de financiación serían asumidos por la Administración en beneficio del proyecto a ser ejecutado.

(iv) Obras de las que no se desprenden flujos por su explotación

Para la determinación de las tarifas se debe considerar el importe total de las obras, aunque alguna de ellas no sea objeto de remuneración. El concesionario debe diferenciar la tipología de las obras remuneradas de las que no lo son.

Este mecanismo le permite a la Administración estructurar concesiones en las que existan obras que no pueden ser sometidas a explotación, por su naturaleza y, compensar el valor de la inversión con otras que sí lo son.

(v) Ingresos no regulados del concesionario: España

Además, el concesionario tiene derecho a obtener una retribución basada en la explotación de la zona comercial vinculada con la concesión.

Usualmente este tipo de prestaciones se consideran no reguladas, aunque pueden estar sujetas a los lineamientos previstos en el pliego y el contrato, como ha quedado establecido en el caso español.¹⁰¹

C. LOS EGRESOS DEL PROYECTO PÚBLICO

1. Los egresos y el objeto del contrato

El gestor privado tiene derecho a hacer suyos los ingresos previstos en el modelo financiero del proyecto, según los términos previstos en el contrato APP, para retribuir su inversión, riesgo y trabajo. No obstante, paralelamente, se obliga a emplear tales ingresos en un específico modo, con el objeto de cubrir, durante la vigencia del contrato, (i) todos los costes y gastos de la operación y mantenimiento de la infraestructura y, en general, todos los que implique la provisión del servicio asociado con ella; (ii) los costes de financiación y en general el servicio de la deuda; (iii) la amortización de la inversión; (iv) los tributos que resulten aplicables; (v) los costes y gastos de fiscalización de la obra y de la explotación, cuando se los ha previsto; (vi) la provisiones y reservas legalmente establecidas o elegidas por el gesto privado y, (vi) cualesquiera otros costes y gastos asociados con la ejecución del proyecto y el cumplimiento de las obligaciones previstas en el contrato.

¹⁰⁰ [España] LCSP, art. 265.2.

¹⁰¹ [España] LCSP, art. 267.5.

2. Rubros de mayor importancia por su importe

(a) Costo inicial de inversión

El precio del contrato de construcción es solo uno de los componentes de la inversión general, y es el más simple de cuantificar.¹⁰² De hecho, esta cifra se especifica en el contrato de construcción (usualmente un EPC o contrato llave en mano).

Integra además el coste inicial de inversión, las adquisiciones (usualmente por expropiación) del bien raíz en el que se ha de desarrollar la infraestructura y los costes de desarrollo del proyecto, *i. e.*, todo los vinculados con la planificación y diseño.

A las inversiones directas se agregan las denominadas indirectas que están compuestas de los tributos indirectos que afectan a las inversiones directas, incluidos los tributos tipo IVA, y el costes de las garantías y pólizas de seguros que se deben contratar, ya por requerimiento de la Administración pública, ya por exigencia de los financiadores externos.

Con respecto a las inversiones directas e indirectas, en el modelo financiero se requiere determinar con claridad los hitos de desembolso. Por ejemplo, el contrato de construcción puede implicar salidas de flujos en función de hitos previamente convenidos.

(b) Costos de operación y mantenimiento

En lo que respecta a los costes y gastos de operación y mantenimiento, se deben estimar aquellos costes y gastos de operación desde el inicio del proyecto hasta el inicio de la fase de explotación y aquellos propios de esta fase.

Todos estos flujos de salida son periódicos y dependen del modo en que se organiza el gestor privado para llevara adelante el proyecto. Por ejemplo, es posible la subcontratación de un operador especializado y la relación implicar desembolsos fijos y constantes o tener componentes variables.

El programa de mantenimiento preventivo también puede ser subcontratado y, por su naturaleza, programado, por lo que los flujos de salida del proyecto pueden ser previstos. En el caso de los mantenimientos correctivos, lo que se requiere son provisiones hasta niveles aceptables para enfrentar las contingencias, de tal modo, que no se paralizen los flujos de entrada del proyecto o se pueda sostener la situación sin poner en riesgo su continuidad.

En todos estos rubros, los tributos indirectos deben ser considerados en el modelo financiero

¹⁰² Ver S. Gatti. Project Finance in Theory and Practice. Designing, Structuring, and Financing Private and Public Projects. Burlington: Elsevier, pp. 101 - 146.

(c) Prestaciones a favor de la Administración originadas en el contrato de APP

Las prestaciones a favor de la Administración pública que se desprenden de los contratos, con independencia de lo que implica la aplicación del sistema tributarios, suelen consistir en tres categorías relevantes en el modelo financiero del proyecto:

- Una renta, regalía o canon, fijo o variable, en forma de prima única o de pago periódico, que es pagada por el gestor privado.
- Una participación en los flujos de ingresos del proyecto o sobre su utilidad.
- Aportes para cubrir actividades de administración contractual.

En El Salvador se han previsto normativamente algunos egresos específicos como aporte de fiscalización. En efecto, de acuerdo con la Ley APP salvadoreña, el Organismo Fiscalizador de Asocios Público Privados (OFAPP),¹⁰³ a cargo del control, durante la fase de explotación, de los niveles de servicio, los estándares técnicos, el régimen tarifario, la calidad del servicio y el ejercicio de los derechos de los usuarios, debe percibir un aporte del gestor privado¹⁰⁴ que no puede exceder del 1 % de los ingresos brutos del proyecto; monto destinado a financiar la administración y control del contrato. Este valor se coloca antes de la determinación de la utilidad operativa en el modelo financiero. En este mismo país, también se ha previsto la posibilidad de que, si el flujo es estable y predecible, se pueda cobrar «cánones» sobre los ingresos brutos del proyecto. En las bases de licitación se debe fijar el porcentaje a ser obtenido.¹⁰⁵

En México,¹⁰⁶ se autoriza a la Administración pública a requerir al gestor privado:

- El reembolso del valor de los inmuebles, bienes y derechos aportados por la Administración al proyecto.
- El reembolso de las cantidades por concepto de remanentes y otros rubros.
- El pago de derechos por la supervisión y vigilancia de la ejecución de la obra o de la prestación de los servicios.
- Cualquiera otras estipuladas por las partes.

Entre los egresos del proyecto, en Uruguay se ha señalado que, en la estructuración del proyecto, la Administración también puede percibir «ingresos por parte de esta consistentes en pagos provenientes del contratista, usuarios, u otros que en su caso se estipulen».

En caso de que así lo permita la rentabilidad del proyecto y según se haya establecido en las bases del concurso y en el contrato respectivo

¹⁰³ [El Salvador] Reglamento de la Ley APP salvadoreña, arts. 11 - 19.

¹⁰⁴ [El Salvador] Ley APP salvadoreña, art. 81.

¹⁰⁵ [El Salvador] Organismo Promotor de Exportaciones e Inversiones de El Salvador — PROESA. *Metodología de evaluación de proyectos de Asocios Público Privados* [en línea], 2019, [consulta: 13/11/2018]. Disponible: <http://dapp.gob.sv>.

¹⁰⁶ [Uruguay] Ley APP uruguaya, arts. 5.

3. La relevancia de los aspectos tributarios en el análisis de los flujos operativos del proyecto

Dentro del análisis de los flujos de efectivo del proyecto uno de los componentes relevantes a considerar es precisamente el tributario y esto nos remite al tratamiento que el subsistema tributario de cada país en el que se desarrolla el proyecto da a cada componente del proyecto en función de la fase de su ejecución.

El impuesto al valor agregado o sus equivalentes y cualquier otro que afecta los flujos de salida del proyecto por las adquisiciones o prestación de servicios, y, en general, los «tributos indirectos» y los que se reflejan como coste en las cuentas del gestor privado, se consideran para propósitos de la estructuración financiera de un proyecto público inversiones indirectas, en el sentido que se consideran dentro de la fase de inversión para cuantificar las necesidades de capital (propio o ajeno), del mismo modo que el coste y los tributos para rendir y obtener las garantías y las pólizas de seguros exigidos o necesarios para la celebración del contrato de APP y, al menos, la fase de construcción en el proyecto.

Nótese que los tributos indirectos afectan los rubros de egresos más relevantes en la fase de inversión, y su monto afecta los costes y gastos de la provisión de los servicios públicos asociados con la infraestructura. Es precisamente esta la razón que nos muestra el efecto en la renta disponible de los usuarios y sus posibilidades de acceso a los medios de satisfacción de las necesidades que subyacen en el reconocimiento de los derechos fundamentales. Cuando la necesidad a satisfacer depende del criterio de reparto de los gastos públicos por equivalencia, la barrera económica que se genera por el cambio de la modalidad de gestión y financiación de la actividad pública genera un efecto contrario a la idea de equidad concebida como igualdad en el acceso a los derechos fundamentales. Esta tesis que se puede evidenciar con relativa facilidad desde la perspectiva conceptual del balance iusfundamental y el balance técnico es cuantificable en el análisis de viabilidad financiera de cualquier proyecto público gestionado y financiado a través de una APP.

En lo que respecta al IVA específicamente, para determinar el monto de inversión inicial a las partidas de inversión directa se agrega el importe del IVA que corresponde a cada rubro, según las reglas de cada sistema jurídico.

La reacción de los países frente al impacto del IVA en los costes y gastos del proyecto público es muy distinta.

(a) Devolución del IVA pagado en bienes y servicios destinados al proyecto. En los sistemas jurídicos en los que se posibilita el reembolso del IVA pagado en las adquisiciones e importaciones de los bienes destinados a la infraestructura o en los servicios obtenidos para estos propósitos implican periodos de recuperación prolongados. Estos desembolsos por concepto de IVA, hasta el momento de su recuperación, se financian a través de una facilidad crediticia específica, cuyo coste también impacta los costes y gastos del proyecto.

Durante la fase de construcción, el gestor privado no genera ingresos por la provisión del servicio asociado con la infraestructura, por lo que no cobra IVA que pueda ser compensado con el IVA pagado. Así que, el IVA pagado por el gestor privado debe ser financiado hasta que se produzca el reembolso desde la Administración o se pueda compensar con el IVA cobrado por la provisión de los servicios.

(b) Integración del IVA en los costes y gastos de los servicios provistos. Cuando los sistemas jurídicos no otorgan el derecho de restitución del IVA pagado por los bienes y servicios necesarios para la implementación del proyecto, el efecto es que su importe

se integra en el monto de inversión. Esto produce un efecto cascada y expansivo en relación con el importe de la contraprestación de la provisión del servicio asociado con la infraestructura. Si los pagos son de cuenta de los usuarios final el efecto se refleja en la renta disponible, si le corresponde a la Administración efectuarlos, el impacto se refleja en el presupuesto público, afectando la disponibilidad de los recursos financieros públicos para atender otras necesidades públicas a un coste superior o la captura de los recursos públicos de los niveles subnacionales hacia el nivel nacional.

En estos casos es necesario diferenciar también la situación del IVA en la fase de inversión con aquella que corresponde a la fase de explotación. Es posible que en los sistemas jurídicos positivos se generen mecanismos distintos de tratamiento para cada fase. Por ejemplo, el IVA invertido en la fase de construcción no es reembolsable o no puede ser empleado con el IVA cobrado en la fase de explotación. Este IVA se agregaría al importe de la inversión a recuperar mediante los flujos de ingreso de la explotación y, si el mecanismo del crédito tributario funciona ordinariamente en la fase de explotación, únicamente el IVA pagado durante esta fase podría ser compensado con el IVA cobrado durante la misma fase.

También es posible que, durante la fase de explotación, los servicios a ser provistos por el gesto privado estén exentos de IVA y por ello no cobra un IVA que pueda ser compensado con el IVA pagado por los bienes y servicios necesarios para llevar adelante la explotación. Nuevamente, en este caso, el IVA pagado se integra a los costes y gastos de la provisión de los servicios asociados con la infraestructura.

Lo que se dice del IVA en estas líneas es predicable, *mutatis mutandis*, a todo otro tributo indirecto que afecta la inversión inicial y las operaciones durante la fase de explotación. En este sentido, dependiendo del tipo de proyecto y el país en el que se desarrolla, hay varios tipos de impuestos a considerar, como los tributos ambientales y sobre recursos energéticos, los impuestos sobre derechos reales (propiedad, uso, usufructo, etc.), por la realización de actividades económicas, el movimiento de divisas, operaciones de crédito, seguros y garantías etc. Por esta razón, cuando se opera en un sector específico, además de considerar el marco general, se requiere considerar el efecto del régimen particular del sector.

Cualquiera sea el mecanismo empleado para atender los problemas que generan los impuestos indirectos en los costes y gastos incrementales de la ejecución de un proyecto público, en sentido práctico, pensando resultados ajustados a la equidad, se ha de buscar que no existan diferencias en el tratamiento tributario de un proyecto ejecutado por gestión directa con respecto a proyectos implementados por gestión indirecta, porque el referente de salida es la provisión del servicio público como medio par satisfacer una necesidad cuando esto está soportado en el reconocimiento de un derecho fundamental. No existe justificación para asignar un tratamiento tributario distinto al servicio público por el hecho de la modalidad de gestión o financiación empleada, salvo que lo que se pretenda es generar estímulos para la dirigir la selección. Esto, como es notorio, no funciona así. Por ello, el efecto desde la perspectiva de las personas es relevante cuando se observa la dinámica del sistema tributario a la luz de las exigencias de la equidad que se proclama en materia de derechos fundamentales y la derrama de sus requerimientos en las decisiones de medio, a través de los sistemas parciales que integran el sistema financiero público.

Por otra parte, están los tributos que se refieren a la rentabilidad del proyecto y de los promotores privados. El aspecto relevante en esta materia está en la determinación de las condiciones que hacen posible la viabilidad financiera del proyecto. En otros términos, el régimen tributario, ordinariamente concentrado en los impuesto indirectos, debe permitir que la rentabilidad buscada por el promotor privado

sea aceptable en condiciones de competencia. No se trata, pues, de potenciar ganancias, sino que el proyecto se pueda ejecutar desde el punto de vista financiero. No obstante, el criterio que usualmente se ha empleado en los países importadores de capital, como es el caso de los países hispanoamericanos es emplear sus sistemas tributarios, es atraer inversiones sin ninguna consideración adicional al de la promoción comercial. La idea que subyace en estas políticas es que la inversión privada y, en particular la inversión extranjera directa, es un motor de desarrollo y empleo, y, por ello, se la requiere a cualquier coste, asumiendo que el capital se moviliza entre los territorios por su capacidad de generar expectativas de mayor rentabilidad. Como se conoce, es muy difícil compensar con factores que potencian la rentabilidad de las inversiones la inseguridad institucional a la que puedan estar sometidas.

En cualquier caso, algunas de las medidas que se emplean para atraer inversiones y mejorar los factores de rentabilidad de la inversión vinculadas con los tributos directos se presentan en el capítulo final de esta segunda parte de la investigación.

Para concluir este apartado, es necesario identificar el calendario tributario que afecta el proyecto, en función de los efectos que puede tener en los requerimientos de capital de trabajo. En este aspecto, se requiere precisar obligaciones vinculadas con anticipos y retenciones.

D. EQUILIBRIO ECONÓMICO-FINANCIERO DEL CONTRATO

1. Alcance del concepto: supuestos que lo justifican

El criterio de base en la participación del sector privado en la gestión de un proyecto público es que, empleando los medios propios de la actividad privada, asuma por su propia cuenta y riesgo la ventura del negocio, incluidos los asuntos de orden financiero.

La realidad es que la Administración pública asume el riesgo general del proyecto. El fracaso del gestor privado, como empresario, no afecta exclusivamente sus intereses patrimoniales, sino que tiene repercusiones en la comunidad. Como tendré oportunidad de discutir, la modalidad de gestión y financiación de la actividad pública no modifica en nada el hecho de que la finalidad de la acción colectiva institucionalizada, prevista en las decisiones normativas más generales del sistema jurídico, está vinculada a la satisfacción de los derechos fundamentales. Tales derechos son la representación en los sistemas jurídicos positivos de las estimaciones comunes acerca del modo en que el individuo y la comunidad conciben sus relaciones para la satisfacción de necesidades consideradas como básicas, satisfacción que supone un estado de cosas a las que se puede pretender legítimamente. De modo que el fracaso de un proyecto APP es un desvío relevante en las actividades públicas que conducen a la protección y promoción de los derechos fundamentales bajo el criterio de equidad, entendido como igualdad en el acceso a tales derechos.

El cuidado de la posición de cada parte en el proyecto público, según los criterios de distribución de riesgos plasmado a través de derechos y obligaciones del contrato, da lugar a la necesidad de mantener el equilibrio original en los aspectos económico-financieros de la relación. Debe notarse que no se trata de mantener las expectativas de rentabilidad del gestor privado, sino de evitar que factores externos a su conducta, incluidas las acciones de la Administración pública, provoquen la «quiebra» del

proyecto. El sentido es que el gestor privado identifique, valore y gestione los riesgos que ha asumido desde el inicio.

El equilibrio económico-financiero de un contrato administrativo es una institución muy antigua que se aplica con los mismos criterios tradicionales, pero con los ajustes que la experiencia brinda.

En 1910, el Consejo de Estado de Francia señaló:¹⁰⁷ «Es de esencia misma de todo contrato de concesión el buscar y realizar, en la medida de lo posible, una igualdad entre las ventajas que se conceden al concesionario y las obligaciones que le son impuestas. Las ventajas y las obligaciones deben compensarse para formar la contrapartida entre los beneficios probables y las pérdidas previsibles. En todo contrato de concesión está implicada, como un cálculo, la honesta equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige. Es lo que se llama la equivalencia comercial, la ecuación financiera del contrato de concesión».¹⁰⁸ El antecedente práctico ha marcado la teoría sobre la idea de equivalencia y sostenimiento del equilibrio de las mutuas prestaciones de la Administración y el gestor privado.

La primera prevención que se requiere hacer es que la institución no se refiere a la rentabilidad del gestor privado. No se trata de que la contraparte pública esté obligada a mantener las expectativas de ganancia de su contraparte privada. Se asume que el balance protegido está referido a los derechos y las obligaciones derivados del contrato, según sus previsiones originales. Por lo que el afán de lucro del gestor privado, natural y evidente en su participación en la actividad pública, se encuentra implícito en los cálculos originales al formar la ecuación. El error en la aproximación del gestor privado, las pérdidas que se desprenden de las circunstancias ordinarias de ejecución del contrato y de aquellas que corresponden al riesgo y ventura asumidos por el gestor privado y, en general, cualquier otra variación en el plan económico-financiero que no fuera causada por factores externos al contrato y que no hubieran sido asumidos como obligaciones del gestor privado desde el principio son parte de la ecuación original. En contrapartida, la Administración pública asume como parte de sus obligaciones cubrir los desequilibrios de la ecuación (i) cuando estos son causados por ella o (ii) cuando no son causados por la misma Administración en los casos explícitamente acordados.

Naturalmente, es posible que no se haya previsto el modo en que se gestionarían ciertos riesgos que se presentan dificultosos cuando se produce el evento dañoso. Esta situación coloca a las partes en situación de ajustar la relaciones iniciales (derechos y obligaciones), mediante renegociación, o aplicar las estipulaciones de terminación anticipada sin afectar el interés público y el privado implicados. En este último caso, se suelen agregar a los contratos las causas de terminación de la relación por eventos de fuerza mayor o caso fortuito que hacen que el proyecto no pueda continuar del modo en que fue organizado inicialmente. Ninguno de estos casos es objeto del restablecimiento del equilibrio de la ecuación de derechos y obligaciones acordadas, sino una clara renegociación de los términos o un supuesto que impide la continuación de la relación por causa supervinientes que no dependen de las partes.

¹⁰⁷ [Francia] Conseil d'Etat, du 11 mars 1910, 16178, publié au recueil Lebon. Disponible: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007635472>

¹⁰⁸ Hace referencia a este pronunciamiento E. García de Enterría y T. Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 1984, p. 678

De manera esquemática conviene señalar las causas por las que se actíven las estipulaciones de restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato y luego evidenciar su incorporación en los sistemas jurídicos.

2. Consideraciones prácticas sobre los términos agregados en los contratos APP

En los contratos APP se suelen incorporar estipulaciones que tienden a especificar el concepto general de los que implica mantener el equilibrio económico-financiero de los contratos, con base en el plan económico-financiero que sirvió de base en el proceso de licitación.

Tales estipulaciones incluyen, aunque no se limitan, a los siguientes aspectos:

- La determinación de lo que las partes acuerdan constituyen supuestos en los que procede el restablecimiento del equilibrio económico-financiero. Es usual que, cuando se autoriza en el sistema jurídico positivo este restablecimiento, cuanto más, se refiere al concepto general y a causales enunciadas de manera abstracta e imprecisa.
- La forma en que los desequilibrios deben ser determinados. En este aspecto hay que considerar que, en ninguna APP, por definición, la Administración pública puede asegurar al gestor privado la rentabilidad de su inversión. Hay muchos mecanismos utilizados, no obstante, que pueden implicar formas indirectas de asegurar, al menos, la ausencia de pérdidas para el promotor privado y, si se quiere que el proyecto sea financiable, se arbitran los mecanismos para asegurar que el financiador externo pueda recuperar los recursos desembolsados por concepto de crédito.
- Los medios empleados para restablecer el equilibrio económico-financiero.
- El procedimiento que se usará para cada aspecto señalado.
- Debe notarse que el alcance de estas estipulaciones depende necesariamente del nivel de detalle con el que se ha regulado este aspecto en el sistema jurídico positivo.

(a) Los supuestos ordinarios

El plan económico-financiero del oferente al que se le ha adjudicado el contrato APP es el centro de atención, porque define los supuestos que sirvieron de base para establecer la información que, en la mayor parte de los casos, son criterios de adjudicación, luego de superar los umbrales de evaluación técnica y la fase o etapa de evaluación subjetiva de los promotores interesados.

A través del plan económico-financiero, el promotor declara haber considerado y provisionado los recursos necesarios para atender los incrementos ordinarios y extraordinarios en su costes y gastos para el cumplimiento de las obligaciones y riesgos por él asumidos, por lo que, en principio, a excepción de los casos explícitamente determinados en el sistema jurídico o el mismo contrato de gestión delegada, las variaciones de costes y gastos especificados en el referido instrumento no se considera un desequilibrio en el contrato.

Con el mismo enfoque, con el plan económico-financiero, el promotor declara que ha considerado el total de ingresos del proyecto, con los que, además, ha proyectado obtener la retribución de su inversión riesgo y trabajo, luego de cubrir todos

los egresos necesarios para la ejecución del proyecto de acuerdo con las especificaciones técnicas requeridas y, en general, las reglas determinadas en el sistema jurídico positivo aplicable al proyecto y los términos señalados en el contrato.

Si existe, pues, un balance en los ingresos y egresos del proyecto, según las previsiones que el mismo promotor realizó y le sirvió de base para presentar su oferta que resultaría la mejor, los supuesto de desequilibrio del contrato únicamente pueden ser provocadas por específicos eventos:

- Las variaciones al proyecto dispuestas por la Administración pública delegante. Esto es un hecho enteramente imputable a la contraparte pública, que puede estar motivada por razones plausibles, pero que en la mayor parte de los casos suele estar relacionada con defectos en la fase preliminares de preparación del proyecto público. Nótese que los defectos que deben ser corregidos por el gestor privado, son parte de los riesgos de diseño, construcción, operación y mantenimiento tomados en el contexto de una APP. Aunque estos defectos supongan desvíos en las previsiones de los costes y gastos del proyecto, deben ser absorbidos por el gestor privado con efectos en su rentabilidad. También debe considerarse que este tipo de eventos generan un estímulo muy fuerte en el gestor privado para generar ahorros en los costes y gastos proyectados que, si no se obtienen por razones de eficiencia, suelen afectar la calidad de los servicios y demás criterios de referencia en la operación y mantenimiento de la infraestructura.
- Los eventos de fuerza mayor o caso fortuito respecto de los cuales la Administración hubiera retenido el riesgo o por la porción acordada cuando se hubiera estipulado compartir el riesgo. Estos eventos se suelen caracterizar de modo general porque, aunque la experiencia indica algunas especies frecuentes que se regulan para localizar el riesgo según el estándar común de que tiene que asumirlo el que en mejores condiciones está para gestionarlo eficientemente, los casos son potencialmente ilimitados.
- Los que se desprenden de la ocurrencia de los eventos riesgosos cuyos efectos fueron asumidos por la Administración pública. En este rubro se incluyen, por ejemplo, las decisiones de carácter normativo que afectan específicamente al ámbito de actividad al que corresponde al proyecto.

Los efectos adversos derivados de las ordenes de variación que se desprenden de la Administración delegante suelen limitarse al coste de tales variaciones. Es posible que se generen problemas de orden práctico, si es que no se ha establecido el criterio para fijar este coste. En un contrato APP no parece necesario que en el plan económico-financiero se acompañe el presupuesto de obra con el desglose de los valores por unidades, pero si no se lo ha requerido dentro de las bases, será necesario determinar *ex ante* un referente objetivo similar. En el caso de que se hubiera requerido los costes unitarios por medida de obra, las variaciones requeridas tendrán un referente objetivo óptimo si tales costes se actualizan a la fecha de la orden de variación.

En el caso de los efectos negativos de eventos de fuerza mayor o caso fortuito es mucho más difícil prefijar criterios de valoración específicos, porque suelen tener alcance en muchos de los supuestos asumidos en la planificación económico-financiera del proyecto. Lo mismo cabe señalar para los supuestos en los que acaece el evento riesgoso cuya gestión quedó localizada en la Administración pública. Por ello se emplean criterios para determinar los desequilibrios, cuantificarlos y asignar la carga de cubrirlos a la Administración. En este contexto se emplean términos como «variaciones relevantes» para señalar los casos que exigen activar el mecanismo de restablecimiento

del equilibrio económico-financiero del contrato o «umbral de ajuste» para establecer las bases desde las cuales se activa la necesidades de compensar los desequilibrios en el plan económico-financiero.

(b) Variaciones relevantes y umbral de ajuste

El primer paso para proceder con el restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato APP es establecer qué variaciones son relevante, es decir, que eventos dentro del marco de los supuestos regulados, merecen activar un procedimiento de renegociación de los términos económicos del contrato. Es evidente que un evento de fuerza mayor, aunque sea causa de un desequilibrio, no necesariamente genera efectos relevantes.

Se han empleado muchas formas de llegar a determinar la relevancia del evento. Un ejemplo de esta metodología ha sido la determinación de las diferencias generadas en los flujos de ingresos y egresos que no hubieran sido compensados por los resultados de la ejecución del proyecto. El esquema funciona del siguiente modo:¹⁰⁹

- Se determinan los rubros e importes de ingresos o egresos en el correspondiente ejercicio en el que se produce el evento considerado como un supuesto desencadenante (cortados al 31 de diciembre); y,
- se identifican los rubros e importes de los ingresos o egresos que se señalan como afectados, correspondientes a uno o varios ejercicios anteriores a aquel en el que se habría producido el evento respecto del cual se solicita el restablecimiento del equilibrio del contrato.

Para asegurar que el mecanismo no implique una forma de asegurar alguna rentabilidad al gestor privado, se ajusta las cifras del periodo de referencia, en función de los efectos de la actividad del gestor privado: si hay más ingresos de los proyectados en el plan económico-financiero origina se debe probar que provienen de la acción del gestor privado y, en sentido inverso, si prueban más egresos imputables a la conducta del gestor se deben agregar al criterio de comparación.

Una vez ajustados, se comparan los planes económicos-financieros por algún criterio de referencia, como su nueva tasa interna de retorno y de este modo se puede llegar a establecer si el evento a generado una afectación es relevante expresada como una diferencia porcentual acordada.

De este modo, superado el análisis de la relevancia de los efectos del evento en el desarrollo del proyecto es posible compensar:

- aquellos incrementos en los egresos que no se hubieran compensado ya con el incremento real de los ingresos originados en la ejecución del proyecto con respecto a los previstos en el plan económico-financiero original; o,

¹⁰⁹ [Ecuador] Ministerio de Transporte y Obras Públicas. Concurso público para el diseño, financiación, construcción, operación y mantenimiento de la ruta Río Siete-Huaquillas [en línea], disponible en <https://www.obraspublicas.gob.ec/concesion-rio-7-huaquillas/>, [Consulta: 15/02/2016].

- aquellas reducciones en los ingresos que no se hubieran compensado con la reducción de los egresos, originados en la ejecución del proyecto respecto del plan económico-financiero.

La compensación procede únicamente en los casos en que la cifra a compensar supere un umbral también acordado.

El otro aspecto relevante es que la estipulación que se llegue a definir debe cubrir la posición de las dos partes en la relación, de modo que el equilibrio económico-financiero se mantenga también con respecto a la Administración pública delegante.

(c) Medios para el restablecimiento del equilibrio económico financiero del contrato

Los medios para restablecer el equilibrio económico-financiero del contrato también son múltiples. Se pueden adoptar, entre otras, las siguientes:

- La modificación de las tarifas establecida en el contrato, aumentándolas o disminuyéndolas, según la parte a la que le corresponda ejercer el derecho.
- La ampliación o reducción del plazo de vigencia del contrato.
- Una compensación económica directa.
- Una combinación de las medidas señaladas o la modificación de cualquier otra estipulación del contrato con contenido económico, *v. gr.*, la obligación de financiar alguna actividad dentro del proyecto, trasladando la carga a la contraparte.

El punto central, cuando existen alternativas, es determinar a quien le corresponde establecer el medio de restablecimiento del equilibrio del contrato, cuando no se ha podido llegar a un acuerdo dentro del procedimiento.

(d) Procedimiento para la activación del mecanismo y su resolución

En lo que respecta al procedimiento, cuando el sistema jurídico positivo no lo ha previsto, se incorporan estipulaciones en el contrato en las que se define:

- El sujeto que puede activar el mecanismo estipulado. Nótese que son las dos partes las que en teoría pueden estar en una situación de requerir el restablecimiento de equilibrio económico-financiero del contrato y, en tal caso, puede determinarse el representante autorizado para requerirlo.
- El tiempo dentro del cual es posible hacer tal requerimiento en función de la ocurrencia del evento que hubiera causado el desequilibrio.
- Los instrumentos probatorios que se deben conferir a la contraparte para justificar el requerimiento, especialmente los que sean relevantes para aplicar la metodología prevista en el contrato para establecer la relevancia de la afectación.
- El procedimiento de resolución de la controversia, cuando no se ha remitido a los mecanismos generales considerados en el contrato.

E. INSTRUMENTACIÓN DE LA FINANCIACIÓN EN LA MODALIDAD DE *PROJECT FINANCE*

1. Aspectos generales del *project finance*

En este apartado se identifican y caracterizan los elementos más importantes en el sistema de contratos que integran la estructuración legal de un *project finance* y sus actos preparatorios.

Los sistemas contractuales de este tipo tienen origen en el derecho del *common law* y corresponden al estándar en el sistema financiero internacional, definido por la práctica ordinaria en las sedes de los bancos más importantes en el mercado. Ello explica, por ejemplo, que en las cláusulas sobre jurisdicción y legislación aplicables a los contratos de endeudamiento externo de los Estados usualmente se pacten las plazas de Nueva York y Londres.¹¹⁰

El mejor referente para obtener información relevante sobre estas prácticas¹¹¹ son, por ello, los autores que comentan el contenido y alcance de las relaciones convencionales desde la perspectiva de esta tradición jurídica¹¹² que, en la realidad, es la que se ha impuesto en esta materia también en los países del *civil law*.¹¹³

Iniciamos el análisis con los «documentos preparatorios» que son instrumentos de partida para la evaluación de la viabilidad del proyecto. Los documentos preparatorios marcan los objetivos de la estructuración legal de la financiación. Estos documentos son, principalmente, el informe de *due diligence* y los términos y condiciones de base par la financiación (*terms sheet*).

Junto con los contratos del proyecto —el contrato de APP, el contrato de construcción, el contrato de operación, etc.— en el sistema general de contratos, como parte del componente que corresponde a la estructura financiera, están, principalmente, el referido a la operación de endeudamiento y los que corresponden al paquete de garantías.

El principal instrumento de la financiación es el contrato de crédito, acuerdo de servicios o de facilidad financiera y, con él, un conjunto de instrumentos accesorios,

¹¹⁰ Cfr. J. Samtleben. «Cláusulas de jurisdicción y legislación aplicable en los contratos de endeudamiento externo de los Estados latinoamericanos». *Verfassung Und Recht in Übersee / Law and Politics in Africa, Asia and Latin America* 21, 3 (1988), pp. 305-26. Además, se exige que el Estado deudor renuncie a su inmunidad soberana.

¹¹¹ La *Loan Market Association* ha provisto una serie de documentos modelo y guías que constituyen el estándar del mercado. En este sentido, y además observando la tardanza en la recepción de este estándar en España, véase I. García-Escorial de León y A. Paredes Mancha. «Financiación sindicada corporativa de multinacionales españolas: una perspectiva internacional», *Revista Española de Relaciones Internacionales*, 4, 2012, pp. 92-124. Para la revisión, ver *Loan Market Association*, «Documents & Guidelines» [web institucional], [consulta: 16/01/2017]. Disponible: https://www.lma.eu.com/documents-guidelines/documents#document_index

¹¹² Ver S. Gatti. *Project Finance in Theory and Practice. Designing, Structuring, and Financing Private and Public Projects*. Burlington: Elsevier, pp. 239-287.

¹¹³ Empleamos para nuestra descripción y explicación, especialmente: S. Gatti. *Project Finance in Theory and Practice. Designing, Structuring, and Financing Private and Public Projects*. Burlington: Elsevier, pp. 239-287.

como los acuerdos entre acreedores, los de servicios de agenciamiento y administración, cuentas del depositario, acuerdos de cobertura, entre otros.¹¹⁴

El denominado «paquete de garantías», por otra parte, se diseña como un conjunto de medios para asegurar el reembolso de las obligaciones a través de los derechos e intereses del gestor privado y los promotores privados en el proyecto. El paquete de garantías no incluye únicamente lo que técnicamente corresponde al concepto de garantía: las hipotecas, prendas o fianzas. Se incluyen, y quizás son los instrumentos más importantes, medidas con efectos equivalentes, aunque no supongan la realización de un activo específico o la compulsión sobre el patrimonio de un tercero para obtener el flujo de repago de la acreencia. Por ejemplo, se considera como parte del paquete de garantías los convenios de cesión condicional de la posición contractual en caso de un evento de incumplimiento.

Como una buena parte de los derechos e intereses del gestor privado o de los promotores privados en el proyecto están, por su propia naturaleza, sujetos al marco institucional del país anfitrión, los instrumentos que integran el paquete de garantías son preparados por separado y resultan ser el desarrollo de las estipulaciones del contrato de crédito. Esta circunstancia puede implicar que el instrumento accesorio no esté sujeto al mismo régimen aplicable al acuerdo de financiación principal. Este apunte es fundamental, en la medida en que los conceptos que se ofrecen en este apartado, por vía de generalización y señalamiento del objetivo de base, deben ser contrastados con los sistemas específicos que rigen la medida concreta que se emplea como garantía.

A todos estos actos y contratos dirigidos específicamente a instrumentar la financiación del proyecto los denominaremos en lo posterior «instrumentos de financiación», para diferenciarlos de aquellos que, en el sistema general, se refieren a los componentes del proyecto público y a su delegación a la empresa privada, a los que les hemos denominado «contratos del proyecto». Esta distinción tiene un propósito meramente explicativo, porque resulta inconcebible la estructuración legal de la financiación sin integrar el sistema general de relaciones jurídicas implicadas, particularmente cuando se trata de la modalidad de *project finance*.

(a) Aproximación al concepto de *project finance* en relación con el endeudamiento

A través de un proyecto de APP se traslada al sector privado la responsabilidad de obtener los recursos financieros de inversión en la infraestructura asociada al servicio público a ser provisto. Esta es una de las diferencias más importantes con la contratación pública tradicional.¹¹⁵

¹¹⁴ Usualmente son preparados por los asesores del financiador. Cfr. S. Gatti, *Project Finance in Theory and Practice. Designing, Structuring, and Financing Private and Public Projects*. Burlington: Elsevier, pp. 239-287.

¹¹⁵ Cfr. BM, BAD y BID. *Asociaciones Público-Privadas. Guía de Referencia*, v. 2.0, Washington: BM, 2004, pp. 49 y ss. Nótese, sin embargo, que esto no significa que promotor privado haya asumido el riesgo y la responsabilidad respecto de los recursos a ser invertidos en la infraestructura pública. De hecho la constitución de un gestor privado, en forma de una entidad de propósito específico («VPE») demuestran que el mecanismo ordinariamente empleado sirve para limitar la responsabilidad del promotor privado con respecto a esta materia.

La expresión *project finance*¹¹⁶ se emplea para diferenciar un modo de financiación para un proyecto específico, de aquel que una empresa usa ordinariamente para financiar sus actividades (*corporate finance*).¹¹⁷

El *project finance* se caracteriza, fundamentalmente, por el hecho de que el acreedor obtiene y garantiza el repago del préstamo otorgado para la ejecución del proyecto, principalmente con los flujos de ingresos del mismo proyecto. Usualmente, no cuenta con recurso frente al promotor del proyecto.¹¹⁸

El *project finance* es el mecanismo que usualmente se emplea para la financiación de proyectos bajo la modalidad de APP y de ello se desprende el interés de tratarlo en este capítulo, desde la perspectiva de la habilitaciones normativas para su implementación.¹¹⁹

El financiamiento estructurado a través del esquema *project finance*, no excluye la posibilidad de adoptar mecanismos de financiación con recurso, esto es, un financiamiento corporativo ordinario o el empleo de mecanismos de garantía para respaldar las obligaciones del gestor privado. Para entender su pertinencia es necesario conocer que los instrumentos de financiación estructurados, como el que expongo con más detalle, son mucho más costosos que la financiación corporativa, y este último aún más que el endeudamiento público.¹²⁰ Por el tipo de riesgo que asume el promotor, es comprensible que los proyectos públicos que se ejecuten con estos esquemas de financiación sean de menor envergadura.

Junto con los esquemas que dependen exclusivamente del sector privado, está también la posibilidad de intervención del Estado en la financiación parcial del proyecto, por ejemplo, a través de programas de financiación organizados en el sistema financiero público o directamente a través de subvenciones reembolsables o reembolsables.

¹¹⁶ K. Subramanian y F. Tung. «Law and Project Finance», en *Journal of Financial Intermediation*, vol. 25, 2016, pp. 154 - 177;

¹¹⁷ Para una aproximación de los beneficios derivados del *project finance*, frente a la financiación corporativa y un análisis de las razones que se lo emplea, ver K. Subramanian, F. Tung y X. Wang. «Project Finance versus Corporate Finance» [en línea], 2007, [consulta: 12/01/2016]. Disponible: https://www.researchgate.net/publication/228430858_Project_Finance_versus_Corporate_Finance.

¹¹⁸ Ver B. Esty. *Modern Project Finance: A Casebook*, Hoboken, Nueva York: Wiley, 2004; S. Hoffman. *The Law and Business of International Project Finance: A Resource for Governments, Sponsors, Lawyers, and Project Participants*. Nueva York: Cambridge University Press, 2008; J. Finnerty. *Project Financing: Asset-Based Financial Engineering*. Nueva York: Wiley, 2007.

¹¹⁹ El *project finance* es el método de financiación del desarrollo o la explotación de un derecho, recurso natural u otro activo donde la mayor parte de la inversión no debe ser proporcionada a través de alguna forma de capital de riesgo y que debe pagarse principalmente con los ingresos producidos por el proyecto en cuestión. Cfr. G. Vinter. *Project Finance. A legal guide*. Londres: Sweet & Maxwell, 1998, p. xxxi

¹²⁰ BM, BAD y BID. *Asociaciones Público-Privadas. Guía de Referencia*, v. 2.0, Washington: BM, 2004, p. 53.

**(b) Elementos subjetivos básicos en la estructuración financiera:
acreedores externos**

La estructura financiera básica, desde el punto de vista de los sujetos participantes, es la siguiente:¹²¹ El gestor privado es usualmente una entidad de propósito específico («VPE») que es la contraparte de la Administración pública en los contratos APP. La VPE es el mecanismo que se emplea para recibir los flujos de ingresos del proyecto y la que está a cargo de ejecutar los pagos. Esta afirmación incluye la inversión inicial originada en la aportación de capital de riesgo y los préstamos otorgados por los financiadores externos.

La VPE es de propiedad de los promotores, aunque la capacidad de disposición de su participación en el capital social suele estar limitada por los contratos del proyecto como por los que corresponden a la operación de financiación.

Le corresponde al gestor privado celebrar los contratos principales del proyecto: (i) el contrato de construcción; (ii) el contrato de operación y mantenimiento; y, (iii) los contratos de suministro, especialmente, cuando los flujos del proyecto dependen de consumidores institucionales (*v. gr.*, un contrato de venta de potencia y energía, en el sector eléctrico). Ordinariamente, los contratistas de la VPE en los rubros de mayor importancia son precisamente los promotores o empresas afiliadas a ellos. También le corresponde al gestor privado comparecer en los instrumentos de financiación.

Los prestamistas externos son una de las partes relevantes en el proyecto y, particularmente, como contraparte de los instrumentos de financiación, de los que se desprenden sus derechos y obligaciones en el contexto de la implementación.

No obstante, cuando existe una pluralidad de prestamistas externos involucrados, en operaciones de financiación sindicadas, sus intereses son administrados a través de un banco agente. Este esquema, el de operaciones sindicadas de crédito, es usual en la financiación de un proyecto a través de *project finance* en razón del monto de recursos necesarios.

Al banco agente le corresponde administrar los recursos de la financiación, con criterio unificado en los términos de los instrumentos financieros. De este modo, traslada los recursos financieros comprometidos por los prestamistas externos, atendiendo los términos de los instrumentos de financiación, y recibe los pagos realizados por el gestor privado y los distribuye entre los prestamistas en función de su participación en la financiación.

El control de los flujos del proyecto (entradas y salidas) se administran a través de específicas cuentas abiertas a nombre del prestatario en un banco designado en los instrumentos de la financiación.

El banco agente, aunque sea quien controla los flujos del proyecto, en representación de los prestamistas, no necesariamente es el responsable de las cuentas del proyecto. En tal caso, se designa un banco de cuentas, única entidad en la que el gestor privado está habilitado a mantener las cuentas definidas en los instrumentos de financiación.

¹²¹ Cfr. E. Yescombe. *Public-Private Partnerships: Principles of Policy and Finance*. Oxford: Elsevier Science, 2013

Los instrumentos de financiación prevén una estructura de cuentas cerrada para la gestión de la financiación que el prestatario está obligado a abrir y mantener. Esto implica que el gestor privado no puede mantener cuentas bancarias distintas o en bancos diferentes.

Las cuentas previstas tienen un propósito específico dentro de la estructura financiera, pero la estructura está pensada para permitir a los prestamistas lo siguiente:

Primero, mantener el control de los flujos del proyecto, *i. e.*, asegurar que los ingresos del proyecto se administren de acuerdo a los usos y con las prioridades determinadas en los instrumentos de financiero, aplicar la «cascada de pagos» convenida. Ningún ingreso del proyecto puede dejar de depositarse en la cuenta determinada para el efecto. Ningún egreso del proyecto puede producirse, si no es para atender los usos establecidos.

La cascada de pagos define una priorización de los egresos del proyecto. En primer lugar, están los gastos que aseguran la implementación del proyecto desde la perspectiva operativa. No hay flujos de ingresos, si es que no se asegura que el gestor privado pueda cumplir el objeto esencial del proyecto. Luego, e inmediatamente después de asegurar la continuidad del proyecto desde la perspectiva operativa, están los pagos por servicio de la deuda y sus costes. En este rubro es posible que también se administren prioridades según los acuerdos de los acreedores y la naturaleza de la facilidad financiera otorgada. Al finalizar la cascada de pagos están los derechos de los promotores privados sobre los flujos del proyecto. La modalidad de *project finance* para la financiación de un proyecto se base, precisamente, en el control de los flujos del proyecto por parte de los prestamistas. Por lo que las habilitaciones otorgadas al gestor privado para la disposición de los flujos del proyecto están rigurosamente determinadas en los instrumentos de financiación.

Segundo, mantener un nivel mínimo de recursos financieros en el proyecto, que sirva como medio para asegurar el cumplimiento de obligaciones bajo los documentos de la operación. Por ejemplo, las vinculadas con el servicio de la deuda, desde una perspectiva de corto plazo.

Tercero, mantener el registro de cada transacción en la cuenta y, con ello, permitir el control y monitoreo de la actividad financiera del proyecto.

Conviene señalar que puede resultar relevante en la estructuración, la plaza del banco de cuentas por el nivel de seguridad y control de los flujos del proyecto en razón del régimen aplicable a los contratos de cuentas. En ocasiones, desde una cuenta de recaudación local se trasladan los ingresos a la cuenta general ubicada en otra plaza, todo ello en función del régimen aplicable a los contratos por tipo de cuenta y, por supuesto, a las restricciones o costes del procedimiento de acuerdo al sistema jurídico del país en el que se originan los ingresos. Considérese, por ejemplo, los costes implicados de trasladar los flujos del proyecto desde países en los que se grava la salida de divisas.¹²² En otras circunstancias, se requerirá, con la misma finalidad señalada, emplear instrumentos fiduciarios, a través de los cuales, el gestor privado traslada la titularidad de los flujos del proyecto a fondos autónomos, de modo que el fideicomisario aplica la cascada de pagos, de acuerdo con las instrucciones contenidas en el respectivo contrato de fideicomiso. De este modo —*i. e.*, con el cambio de la titularidad del derecho de

¹²² En el Ecuador, la salida de divisas está gravada en un 5 %.

crédito sobre los flujos— se evita comunicar los riesgos a los que está sujeto el gestor privado de acuerdo a los contratos del proyecto con la gestión de los flujos del proyecto pensada desde la perspectiva del *project finance*.

2. El contrato de crédito

(a) Aspectos generales del contrato de crédito

El contrato de crédito es el núcleo del sistema de contratos con los que se articula la operación de financiación, incluso en un *project finance*.

Como se ha hecho referencia ya, el régimen aplicable a este contrato depende del mercado financiero al que se acuda. Cuando se trata del mercado financiero internacional es usual que las plazas escogidas sean Nueva York o Londres, sede del banco que hace cabeza de la operación.

De conformidad con el contrato de crédito, el prestamista externo se obliga a poner a disposición del gestor privado un monto máximo de recursos financieros destinados exclusivamente al proyecto, sujeto a las condiciones pactadas y a los requerimientos del prestatario.

Es ordinario que para la financiación de un proyecto APP de infraestructura se recurra al esquema de la sindicación del crédito,¹²³ en razón de la cantidad de recursos financieros y el riesgo que ello implica. Cuando se trata de un préstamo sindicado, hay un conjunto de bancos o inversores no bancarios¹²⁴ que asumen la obligación de proveer los recursos financieros de manera mancomunada, en el sentido de que cada uno deberá proveer exclusivamente el monto al que se comprometió: no hay obligaciones solidarias, como principio. Los términos y condiciones de la operación y los instrumentos de la financiación son comunes para todos los prestamistas externos participantes.¹²⁵

¹²³ Ver, entre otros: E. Pérez. «El contrato de préstamo bancario: (I) El préstamo bancario de dinero; (II) los préstamos especiales: el préstamo sindicado, el préstamo con garantía de valores y el préstamo participativo», en J. Velázquez (coord.), M. Agúndez (dir.) y J. Martínez-Simancas (dir.). *Manual jurídico del mercado bancario. Las operaciones de activo* [Cuadernos de derecho para ingenieros v. 32], Madrid: La Ley, 2015, pp. 17 - 30; A. Nájera y G. Oliete. «Préstamos y créditos sindicados», en M. Yzquierdo (dir.), J. M. Almudí Cid y M. Á. Martínez Lago (coord.). *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, v. 10, Cizur Menor: Aranzadi, 2014; I. García-Escorial de León y A. Paredes Mancha. «Financiación sindicada corporativa de multinacionales españolas: una perspectiva internacional», *Revista Española de Relaciones Internacionales*, 4, 2012, pp. 92 - 124; D. Peschiera Mifflin. «Contrato de sindicación de crédito», *Themis. Revista de Derecho*, 54, 2007, pp. 61 - 72; L. Fernández de la Gándara. «Los préstamos y créditos sindicados con interés variable», en P. Blanco-Morales (coord.). *Contratos internacionales*. Madrid: Tecnos, 1997, pp. 864 - 902; J. Muro. «La hipoteca en garantía de los préstamos sindicados». *Jornadas sobre tipos especiales de garantía hipotecaria*, 1993, pp. 175 - 210.

¹²⁴ Los criterios de solvencia determinados por el Comité de Basilea limitan las capacidades de los bancos para participar en créditos subasta o créditos sindicados. Esta situación, en contraste, alienta la intervención de entidades de capital riesgo (capital social o préstamos participativos). Cfr. M. J. Vañó. «El capital riesgo en los contratos de financiación de proyectos (Project Finance)», *Revista española de capital riesgo*, 3, 2019, pp. 5 - 20.

¹²⁵ En esta materia nos basamos en Loan Market Association. *Guide to Syndicated Loans & Leveraged Finance Transactions* [en línea]. Londres: LMA, 2013, disponible en

Los préstamos sindicados que se organizan a través de un acuerdo de financiación asegurado son más caros que aquellos que se gestionan en el esquema de un acuerdo para realizar los mejores esfuerzos. Este apunte se debe realizar, porque como lo hemos anunciado, en el análisis de equidad que realizamos en materia de la elección del modelo de gestión y de financiación de un proyecto público, en el contexto de una APP, conviene reiterarlo, los costes de transacción son relevantes, pues, o bien son soportados por el usuario final del servicio, restando la renta disponible para atender los objetivos encomendados a la Administración pública, o bien se soportan colectivamente, bajo el principio de solidaridad, lo que nos coloca en el problema de la sostenibilidad fiscal y sus efectos en el ciclo del presupuesto público.

En relación con el destino de los recursos, además de la referencia al proyecto, se determina el uso específico del que depende, además, la formulación de las condiciones de desembolso: construcción, operación, costes de desarrollo, impuesto al valor agregado, etc.

El compromiso de desembolso (o mejor, el empleo de la línea de crédito otorgada) es de mediano a largo plazo y el reembolso y todas las determinaciones temporales están vinculados con el modelo financiero, tanto por el lado de los requerimientos, como por el lado de la capacidad del proyecto para generar los recursos que corresponden a la fuente de repago del crédito. Esta es, precisamente, la particularidad del *project finance*: la fuente de reembolso de la obligación se deriva (total o especialmente) del flujo de ingresos del proyecto cuya ejecución se financia.

Como en otras facilidades financieras, el gestor privado puede prepagar la obligación. No obstante, el financiador externo suele tener atribuido el derecho de exigir pagos anticipados —afectando los usos de la cascada de pagos prevista— en eventos específicos, ligados ordinariamente, a situaciones en las que se prevé algún riesgo superviniente referido a la capacidad de pago del gestor privado.

(b) Facilidades financieras otorgadas. Especial referencia al otorgamiento de financiación de corto plazo para atender las obligaciones en el IVA

En un *project finance* cada facilidad financiera otorgada puede ser concebida como una específica línea de crédito, con finalidad y régimen contractual particular, aunque operen de manera articulada. De hecho, en un préstamo sindicado, cada financiador externo podría ocuparse de una de las líneas de crédito previstas para el proyecto; por ejemplo,

Una operación crediticia respecto de un proyecto suele incluir, al menos, las siguientes facilidades: crédito de base y una facilidad *stand-by* para atender sobrecostes en el proceso constructivo. Además, puede existir un crédito para cubrir provisionalmente las obligaciones materiales relacionadas con el impuesto al valor añadido (el «crédito IVA»).

El crédito principal o base puede estar dividido en segmentos en función de los tramos en que se ha organizado la construcción de la infraestructura, especialmente

cuando los prestamistas externos esperan mantener tales unidades de manera independiente.¹²⁶ Esto tiene sentido cuando las partes en las que se ha dividido la construcción son funcionalmente autónomas, pues, lo que se espera es que empiecen a generar los flujos de ingresos para el reembolso del crédito. El esquema se refleja en una operación de financiación con la participación de varios prestamistas en lo que se denomina «préstamo sindicado».¹²⁷

Para cada tramo, las obligaciones de los prestamistas también pueden estar dividida y configurarse varios niveles de participación.

Los tramos del proyecto también pueden ser consolidados al final para simplificar la gestión del crédito.

El crédito IVA suele ser un instrumento para cubrir necesidades temporales de financiación en los casos en que: (i) el IVA pagado a proveedores y contratistas sea reembolsado;¹²⁸ o, (ii) el IVA pagado pueda ser recuperado con el IVA a ser cobrado en la etapa de operación del proyecto.¹²⁹

Cuando el IVA es reembolsable, los derechos de crédito del gestor privado suelen ser parte del paquete de garantías. Esta facilidad financiera no suele estar incluida en el paquete de garantías general de un *project finance* en razón de su corto plazo.

(c) Costos de la financiación del proyecto en el esquema de *project finance*

(i) Importe libre de todo tributo o carga local

El modelo financiero del proyecto incorpora todos los costes y gastos que demanda su implementación, inclusive los que corresponden a la financiación.

Uno de los efectos ordinarios del modelo es que el gestor privado asuma todos los costes y gastos que, en otras circunstancias, serían de cargo de los prestamistas, incluidos los tributos y cualquier variación¹³⁰ que en el tiempo se produzca respecto de estas cargas.

¹²⁶ Como cuando se hace depender el inicio de una fase de la conclusión de la que le precede y, en tal caso, se puede aplicar un esquema de reembolso del crédito ajustándose a esta dinámica de unidades concluidas y funcionales. Un ejemplo de ello, sería un infraestructura de generación eléctrica eólica.

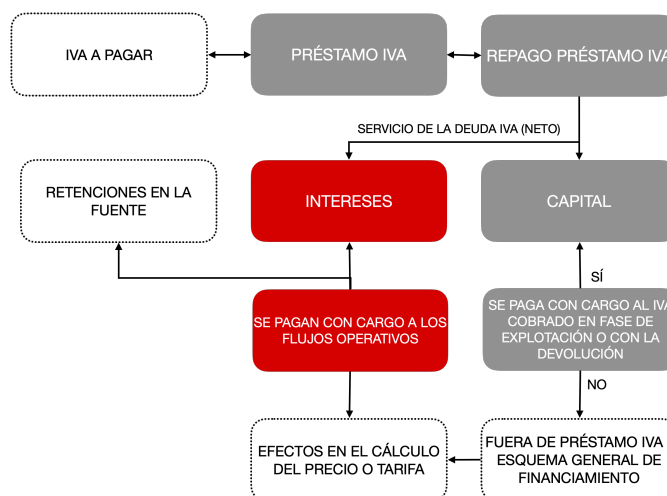
¹²⁷ Ver, entre otros: E. Pérez. «El contrato de préstamo bancario: (I) El préstamo bancario de dinero; (II) los préstamos especiales: el préstamo sindicado, el préstamo con garantía de valores y el préstamo participativo», en J. Velázquez (coord.), M. Agúndez (dir.) y J. Martínez-Simancas (dir.). *Manual jurídico del mercado bancario. Las operaciones de activo* [Cuadernos de derecho para ingenieros v. 32], Madrid: La Ley, 2015, pp. 17-30; A. Nájera Pascual y G. Oliete Benedito. «Préstamos y créditos sindicados», en M. Yzquierdo, J. M. Almudí Cid y M. Á. Martínez Lago (coord.). *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, v. 10, 2014; I. García-Escorial de León y A. Paredes Mancha. «Financiación sindicada corporativa de multinacionales españolas: una perspectiva internacional», *Revista Española de Relaciones Internacionales*, 4, 2012, pp. 92-124; Diego Peschiera Mifflin. «Contrato de sindicación de crédito», *Themis. Revista de Derecho*, núm. 54, 2007, pp. 61-72.

¹²⁸ Este sería el caso de Perú y Chile.

¹²⁹ Este sería el caso de Colombia.

¹³⁰ Gatti explica que el principio que sirve de base en esta práctica es que en el sistema financiero internacional, los créditos otorgados en varias jurisdicciones buscan ser equivalentes y comparables desde el punto de vista económico y financiero, por lo que toda carga adicional o variación que afecte las

Gráfico 3.3: Funcionamiento de un crédito para financiar el IVA



Los ingresos de un Proyecto APP deben cubrir el coste financiero del ingreso del IVA, aunque exista una regla de devolución. En caso de que no exista devolución, el IVA se considera como un gasto más que se incorpora en el monto total de los rubros a financiar con los flujos operativos.

Fuente: Basado en S. Gatti. *Project Finance in Theory and Practice. Designing, Structuring, and Financing Private and Public Projects*. Burlington: Elsevier, p. 122.

La práctica es que los prestamistas deben recibir el pago previsto en el calendario de pagos libre de toda carga, por su valor neto. Desde la perspectiva fiscal el asunto tiene relevancia porque el cálculo en valores brutos para propósitos tributarios implica: (a) un incremento de los costes y gastos de financiación para el gestor privado, originados en tributos indirectos o retenciones sobre impuestos directos en la fuente que afecten al prestamista; y, (b) dependiendo del tratamiento otorgado por el régimen doméstico aplicable, la exclusión de tales costes y gastos incrementales de los rubros deducibles de la base imponible de los impuestos a la renta del gestor privado.¹³¹

Al hacer el *gross-up*, bajo este esquema, se debe recalcular la cuota de pago para las sumas a ser reembolsadas por el gestor privado. Algunas de ellas, como queda señalado, afectan a la base de su impuesto a la renta y, todas ellas, afectan los costes y gastos del proyecto, incrementándolos.

La responsabilidad del prestar respecto de los costes y gastos se extiende más allá de la ejecución del contrato de crédito, por cualquier rubro que se aplique con posterioridad.

prestaciones acordadas deben ser cubiertos por el prestatario que opera en la circunscripción territorial, en una especie de indemnización por los efectos de las variaciones operadas en esta materia respecto de la rentabilidad del prestamista. S. Gatti. *Project Finance in Theory and Practice. Designing, Structuring, and Financing Private and Public Projects*. Burlington: Elsevier, pp. 239-287

¹³¹ Por ejemplo, las retenciones que el pagador debe efectuar al beneficiario con cargo al impuesto a la renta no se pueden justificar como gastos necesarios para generar la renta gravable y, en razón de ello, de acuerdo al régimen tributario interno ecuatoriano, no serían deducibles del impuesto a la renta.

Las estipulaciones de aumento de costes —que lucen leoninas— tienen una explicación en la neutralidad del sistema financiero internacional respecto de diversidad de las prescripciones en los sistemas jurídicos anfitriones. Respecto de los costes supervivientes, reclamados por un prestamista, el gestor privado siempre tiene la opción de anticipar los pagos respecto del prestamista requirente, para evitar los sobre costes. Este sería uno de los pocos casos en los que un pago anticipado efectuado de manera voluntaria por el gestor privado no se distribuye a prorrata de la participación de los prestamista, sino que se dirige exclusivamente al reclamante de sobre costes sobrevenidos.

Cuando se un prestamista se retira de la operación (por sobre costes o ilegalidad sobrevenida), la cuota atribuida se suele distribuir entre los restantes prestamistas participantes, de modo que la financiación del proyecto no se vea afectado, en función de la tutela de sus propios intereses.

(ii) *Los costes del crédito: interés convencional y por mora*

En lo que respecta al interés por el crédito, usualmente se pactan definiendo un margen por sobre la que se aplica en el mercado interbancario: Libor o Euribor, según corresponda a la moneda y el mercado. El margen viene determinado por la solvencia del gestor privado por lo que puede resultar variable en función del riesgo que corresponde a la etapa de desarrollo del proyecto: mayor durante la construcción y menor en la fase de explotación, evolución de coeficientes financieros y, en general, según los criterios de determinación previstos en el contrato de crédito.

El interés se devenga desde la fecha de desembolso. Esta circunstancia suele implicar que se consoliden las obligaciones al finalizar la fecha de disponibilidad, para facilitar la gestión de la operación de financiación.

Cuando no se honra oportunamente el pago respectivo se aplica ordinariamente una tasa incrementada por la mora.

(iii) *Comisiones de finalización y de compromiso*

Una *arrangement fee*¹³² o comisión de finalización es el importe que los prestamistas suelen cobrar por la gestión efectuada para finalizar una operación de financiación en beneficio del prestatario.

El concepto es usual en operaciones donde existe un banco organizador (*arranger*) que recibe el mandato del prestatario para la emisión de bonos —u obligaciones— o la consecución de un préstamo sindicado. En ocasiones puede existir dos agentes; en tal caso, las tareas se dividen de manera que el uno se hace cargo de la preparación de la documentación de la operación y el otro funge como *bookrunner*, es decir, quien tiene a cargo el libro de órdenes en una oferta de valores o gestiona el préstamo sindicado.¹³³

¹³² También llamada *up-front fee* o *underwriting fee*. Cfr. Cfr. *Revista Española de Capital Riesgo* [en línea], s. v. «Arrangement Fee», <<http://www.recari.es/detalleGlosario.php?sec=3&id=93>>, [Consulta: 13/12/2019]. Cfr. Asian Development Bank. *Loan disbursement handbook*. Mandaluyong [Filipinas]: ADB, 2012, pp. ; S. Murali y K. R. Subbakrishna. *Bank Credit Management*. Mumbai: Global Media, 2009, pp.

¹³³ Lo que incluye la distribución de los compromisos entre los financiadores participantes o variar los términos o la estructura de la operación en función de las condiciones de mercado para alcanzar la sindicación del préstamo. El *market flex* es una condición negociada en la carta compromiso que protege al banco organizador hasta alcanzar una sindicación exitosa. Cfr. *Revista Española de Capital Riesgo* [en línea],

distribuyendo los compromisos entre los participantes, (asignar deuda al sindicato, ejercer la flexibilidad del mercado, declarar el trato libre de comercio). La comisión de finalización es ordinariamente fija y suele variar entre el 0 % y el 3 %.

Por otra parte, la *commitment fee* o comisión de compromiso¹³⁴ es la tarifa que se aplica al prestatario para compensar los riesgos que asume el prestamista por mantener abierta una línea de crédito a disposición y, en su caso, mantener la obligación de realizar los desembolsos de la operación en los términos pactados en el contrato de crédito con independencia de la situación del mercado financiero. Hasta que se produzca el primer desembolso, cumplidas las condiciones precedentes previstas en el respectivo contrato, el prestamista no cobra interés; en ello se justifica la tarifa de compromiso.

La comisión de compromiso suele ser fija y estar ligada al monto de la operación financiera futura o a los montos no desembolsados. Puede ser única o periódica; en este último caso se suele cargar sobre el saldo promedio del crédito no desembolsado. Es usual observar variaciones que van desde el 0,25 % hasta el 1,5 %, pero como toda prestación económica por un riesgo asumido,¹³⁵ éste es determinante para su fijación.

En operaciones internacionales, las comisiones se cobran netos de toda carga o impuesto local, como todas las prestaciones que el prestamista pacta en los instrumentos de financiación. De modo que el sistema tributario del país anfitrión del proyecto público tiene efecto exclusivamente en las cuentas del gestor privado y, por ello, en el plan económico financiero del proyecto.

(d) Eventos de incumplimiento y sus consecuencias

En relación con la obligación principal de restitución de los recursos financieros desembolsados y el pago de los intereses y costes de la operación de financiación, así como las prestaciones complementarias, se definen los eventos de incumplimiento en los instrumentos de financiación. Pero los eventos de incumplimiento no se limitan los desvíos incurrimos por el gestor privado en el cumplimiento de sus obligaciones bajo los instrumentos de financiación. Es posible que se definan como eventos de incumplimiento eventos bajo el control de terceros, con efectos equivalentes respecto de los derechos e intereses de los prestamistas. Considérese, p. ej., la demora o la imposibilidad de obtener una autorización administrativa de lo que resulta la inviabilidad legal en la continuación de la implementación del proyecto.

Consideremos los casos paradigmáticos de eventos de incumplimiento incorporados al contrato de crédito:

El principal evento de incumplimiento es la falta de pago oportuno de las cuotas previstas para la restitución del crédito. Pese a estar fijado un calendario específico de vencimientos, los contratos de crédito establecen un periodo de tolerancia, durante el

s. v. «Market Flex», <<http://www.recari.es/detalleGlosario.php?sec=3&id=93>>, [Consulta: 13/12/2019].

¹³⁴ Cfr. J. Stringfield. «Commitment Fees Related to Revolving Credit Agreement», en *The Tax Adviser*, v. 50, núm. 2, 2019, pp. 99-101.

¹³⁵ Por ejemplo, el de la pérdida derivada del hecho de que los valores comprometidos no sean empleados oportunamente.

cual se devengan intereses moratorios y a cuyo término se considera producido el evento de incumplimiento (o «evento de crédito»)

Como se ha señalado ya, el incumplimiento de las prestaciones de hacer o no hacer complementarias a la de restituir lo prestado, es también considerado un evento de incumplimiento. Sin embargo, los desvíos de las obligaciones complementarias suelen estar matizadas por su materialidad para que sean estimados eventos de incumplimiento. Este caso general sobre supuestos específicos como:

- el abandono o la falta de conclusión oportuna (según la programación de la obra, por ejemplo) de la infraestructura, que se explica por el efecto que la demora tiene en los flujos y con ello de la fuente de repaso del crédito; o,
- daños sobrevenidos en la infraestructura o el equipamiento que imposibilitan la operación regular, de la que se desprende los flujos de repago.

Con el mismo criterio, el incumplimiento material de una obligación asumida por una de las partes relevantes de los documentos de la operación (contratos del proyecto, acuerdos directos o cualquier otro) se califica también como evento de incumplimiento bajo el contrato de crédito. La particularidad de estos casos es que el riesgo respecto de la regularidad prevista en la conducta de terceros es un caso de riesgo localizado en cabeza del prestatario. Los casos de eventos de incumplimiento en este conjunto suelen detallarse, siempre incorporando un caso residual de tipo comodín que incluya cualquier otro desvío material de las obligaciones de terceros bajo los documentos de la operación.

Ya hemos señalado también que los desvíos en las declaraciones vertidas en los instrumentos de financiación se estiman eventos de incumplimiento si son materiales.

Cuando se producen situaciones que alteran de modo significativo que alguna de las partes relevantes del proyecto pueda cumplir sus obligaciones bajo los documentos de la operación, la situación puede estar prevista como un evento de incumplimiento. Por ejemplo, el gestor privado, el promotor o cualquier otro sujeto a cargo de un aspecto fundamental del proyecto (*v. gr.*, la construcción o la operación de la infraestructura) se encuentra en situación de insolvencia o está sujetos a intervención de autoridad competente que le impida satisfacer los términos y condiciones de los documentos de la operación.

El desvío sustancial de las previsiones del modelo financiero, usualmente monitoreado a través de los índices financieros del gestor privado, son también un evento de incumplimiento previsto ordinariamente en los contratos de crédito.

Los actos de autoridad que afecten la continuación regular de proyecto, tales como la expropiación o la intervención, son eventos de incumplimiento.

Cualquiera sea la causa (por hecho imputable al gestor privado o no), se produce un evento de incumplimiento, si el gestor privado pierde sus derechos en el proyecto, tales como, flujos o bienes. Considérese, p. ej., que una autoridad judicial hubiese declarado la nulidad de la cláusula que le otorga propiedad al gestor privado sobre las contraprestaciones que los usuarios pagan por el uso o el servicio provisto mediante la infraestructura edificada de acuerdo con el proyecto.¹³⁶ Una situación similar se

¹³⁶ El caso corresponde a la decisión de la Corte Constitucional ecuatoriana, conforme a la cual, en el caso de servicios aeroportuarios (viajeros y compañías de aviación) las contraprestaciones que pagan los

encuentra en el caso en que un tercero reclame la titularidad de activos afectados al proyecto.

Cuando las partes relevantes de los documentos del proyecto no están en capacidad de sustituir estipulaciones que se hayan declarado nulas o se hagan inaplicables, se produce también un evento de incumplimiento.

Los seguros tienen importancia fundamental en el proyecto porque es el medio para transferir determinados riesgos a terceros. Si por cualquier razón, las pólizas no se renuevan y se pierde la cobertura ofrecida por el seguro, el proyecto incrementa riesgos que se suele determinar como un evento de incumplimiento. Por esta misma razón, son eventos de incumplimiento cualquier alteración que desestabilice el nivel de cobertura otorgado a través del paquete garantías, en situaciones tales como disposición de las acciones del gestor privado, de los bienes o flujos del proyecto, etc.

Cuando no se alcanza la satisfacción de condiciones precedentes o previas dentro de los términos temporales estipulados, habría también un evento de incumplimiento. Por ejemplo, si no se obtienen las autorizaciones administrativas para construir u operar la infraestructura.

Las variaciones en el control del gestor privado son eventos de incumplimiento, cuando no están autorizadas por los prestamistas. El mismo criterio se emplea para todos los demás supuestos en los que se requiere la autorización de los prestamistas para acometer o no alguna acción.

Un criterio de uso frecuente —en las prácticas del derecho angloamericano—, para calificar el evento de incumplimiento, es el de la «materialidad» del desvío. La estipulación conforme a la cual el desvío en el cumplimiento de las obligaciones del contrato debe tener un «efecto material adverso» supone que, incluso en el caso de que se produzca el hecho que objetivamente supone una separación de las previsiones contractuales, este hecho no es suficiente para que se produzca el evento del incumplimiento calificado por su materialidad, si tal hecho no altera la capacidad del prestatario para honrar su obligaciones o no pone en peligro los derechos e intereses de los prestamistas.

Sin perjuicio de lo anotado, es ordinario determinar explícitamente supuestos específicos en los que el evento debe ser considerado como material para propósitos del contrato, sin perjuicio de las formulaciones más generales («y los demás efectos adversos») que acompañan a los casos específicos considerados de modo ejemplificativos.

Junto a la calificación del desvío como material para incurrir en un evento de incumplimiento, se debe señalar que también es usual, para algunos de los desvíos, permitir la corrección de la conducta en un tiempo prudencial, antes de que el desvío se convierta en un evento de incumplimiento.

Todo evento de incumplimiento genera, en primer término, la suspensión de todo desembolso con cargo al contrato de crédito y la prohibición de que los promotores retiren flujos del gestor privado. La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones es siempre una condición precedente para los desembolsos y las distribuciones.

usuarios constituían ingresos públicos por su naturaleza de tasas. En el contrato de concesión de un aeropuerto se había calificado a estas prestaciones como precios privados de titularidad del concesionario.

En segundo lugar, de un evento de incumplimiento se desprende el derecho de los prestamistas a cancelar los desembolsos pendientes y a requerir el pago inmediato de aquello que ha sido provisto. Dado que no es posible la restitución inmediata, caben dos posibilidades: (a) que los promotores privados inyecten el capital para este propósito, manteniendo el control del gestor privado; o, (ii) que los prestamistas ejecuten el paquete de garantías otorgado y, en tal caso, asuman el control del gestor privado y el proyecto.

Para pasar del desvío en el cumplimiento de las prestaciones señaladas en el contrato, a su evaluación como un evento de incumplimiento, hasta determinar el efecto contractualmente determinado, hay suficiente espacio para que el gestor privado corrija su conducta, las partes revisen la posibilidad variar términos y condiciones o incluso —y dependiendo de la materialidad del desvío— que los prestamistas renuncien, en un caso específico, a su derecho de declarar bajo la estipulación general como evento de incumplimiento un hecho o conducta específica.

(e) Cesión de derechos o la posición contractual en un contrato de crédito

Hemos anotado que el gestor privado, esto es, un vehículo empresarial *ad-hoc* constituye el contenedor formal y el centro de las relaciones jurídicas del proyecto. El gestor privado es el prestatario y sus ingresos operativos son la fuente de repago de las facilidades financieras otorgadas por prestamistas externos. Por ello, en un *project finance*, el proyecto se financia sin la participación de patrimonios externos; de ahí, el concepto de «financiación sin recurso». Hemos anotado, también, que la idea de la financiación sin recurso aparece como referente de caracterización del esquema de financiación, aunque en la práctica, se ha hecho usual el traslado limitado de obligaciones a los promotores privados, e incluso al promotor público, que hagan viable la financiación del proyecto.

En términos generales, desde la perspectiva del prestatario, su posición en el contrato de crédito no es cedible, salvo en el supuesto de incumplimiento de los instrumentos de financiación. En este caso extraordinario, una eventual cesión de la posición deudora está controlada por los mismos prestamistas. En efecto, como parte del paquete de garantías en su beneficio, los prestamistas, usualmente a través de un vehículo empresarial *ad-hoc*, asumen la posición contractual (*step-in rights*) —en los contratos del proyecto— del gestor privado incurso en situación de incumplimiento. En estas circunstancias, la posición deudora del gestor privado se cede al vehículo empresarial de titularidad o bajo control de los prestamistas. El criterio de base de la técnica está en que usando un nuevo vehículo empresarial incontaminado será más sencillo sustituir a los promotores privados para asegurar la continuidad del proyecto cuando esto es viable técnica y financieramente.

La complejidad de la cesión de la posición contractual del gestor privado, como prestatario, está en que tal cesión está acompañada de otras tantas, cuantos sean los instrumentos contractuales en los que haya intervenido. Como tendremos la oportunidad de desarrollar, esta es una de las razones por las que, en la estructuración financiera del proyecto, a los instrumentos de financiación, se acompaña una serie de acuerdos directos, muchos de los cuales, corresponden a la manifestación del consentimiento de las contrapartes de los promotores privados o del gestor privado sobre las cesiones condicionales de la posición contractual de los sujetos a ser sustituidos.

Por otra parte, y con un criterio regulatorio absolutamente distinto, está la cesión de la posición contractual de los prestamistas que, desde la perspectiva del sistema

financiero, debe estimarse usual. Al estructurar financieramente el proyecto, participan inicialmente uno o muy pocos bancos vinculados con la tarea de organizar de la financiación: los bancos suscritores.

En el proceso de sindicación de la operación crediticia, participan nuevas entidades financieras que asumen una cuota de participación en los compromisos de financiación, a la que limitan su participación. De esta forma se distribuye el riesgo. La intervención de los nuevos prestamistas externos, una vez suscrito el contrato de crédito, se alcanza a través de una cesión parcial de la posición contractual. Los instrumentos de financiación contemplan el modo de formalizar esta cesión (por ejemplo, a través de la suscripción de un certificado de cesión o transferencia), aspecto predeterminado y consentido por el prestatario en los documentos originales.

El mismo mecanismo se emplea cuando uno de los prestamistas originalmente participante se separa de la operación sindicada, por cualquier circunstancia. Un ejemplo de esta situación es el caso en que el desembolso al que se habría comprometido el prestamista que debe abandonar la operación se torna ilegal, como en los supuestos de embargos impuestos al país anfitrión del proyecto desde la sede del prestamista afectado por la restricción legal.

En todos estos casos, el derecho de ceder la posición contractual del prestamista en los contratos de crédito es el estándar, por lo que el consentimiento del prestatario, o bien no es necesario según el régimen jurídico al que se sujeta la operación de financiación, o bien se predetermina en los instrumentos de financiación. Esto que es predicable de los instrumentos de financiación, no necesariamente se puede afirmar de los restantes documentos de la operación, como queda indicado.

3. El paquete de garantías

El paquete de garantías es el conjunto de medidas que se adoptan, a través de los instrumentos de financiación, para proteger los intereses y derechos de los prestamistas, cuando el proyecto y las previsiones y acuerdos de financiación, contenidos en el contrato de crédito, no se desarrollan correctamente.

(a) Visión general

Aunque algunos de los medios de garantía que se proveen en cualquier crédito ordinario, frente al incumplimiento de los acuerdos de financiación, pueden resultar idénticos a los previstos para un *project finance*, la particularidad del paquete de garantías está en que su estructuración tienen un enfoque articulado e integral; es decir, al igual de lo que ocurre con los demás documentos del proyecto, el sistema de relaciones que se estructuran es el que ofrece la seguridad requerida para los prestamistas en el proyecto.

En principio, como en todo crédito, el prestamista espera obtener control respecto de los medios con los que, ante un evento de incumplimiento del prestatario, podrá obtener el repago, total o parcial, del préstamo otorgado.

Como hemos insistido, la fuente de repago de las obligaciones de financiación en un *project finance* corresponde a los flujos operativos del proyecto, por lo que un prestamista que participa en esta modalidad de financiación espera que, en la estructura de garantías y seguridades a ser provistas, se mantenga el control sobre la fuente y los flujos financieros del proyecto. El desarrollo de esta idea consta en los instrumentos y acuerdos referidos al paquete de garantías.

En términos generales, en toda garantía real, el bien sobre el que recae es de titularidad del prestatario o de un tercero (garante) que ha consentido que el prestamista pueda, en un evento de incumplimiento: (i) transferir o hacer que se transfiera, de manera compulsiva y de acuerdo al régimen aplicable (que cambia según la tradición jurídica), para que de la operación se obtenga el dinero necesario para satisfacer la obligación de financiación; (ii) acceder con preferencia, respecto de otros acreedores, a los ingresos derivados de la transferencia del bien con el que se ha garantizado la obligación financiera; y, (iii) mantener vinculada la garantía a la obligación garantizada, incluso en el caso de que cambie el titular del bien con el que se ha garantizado las obligaciones de financiación.

Ahora bien, la técnica de segregar bienes del patrimonio del deudor para garantizar las obligaciones de la operación del crédito no siempre es posible cuando el proyecto es público. Esto depende, por supuesto, de la naturaleza del bien del que se trate. Por ejemplo, en términos generales, los bienes demaniales, por su naturaleza o afectación, usualmente están fuera del comercio y, por ello, no es posible que sobre ellos recaiga garantía real alguna en beneficio del prestamista. No obstante, de un contrato APP se desprender derechos de explotación sobre dichos bienes, de modo que, aunque los bienes integrados al proyecto no puedan ser objeto de una garantía real, los derechos derivados del contrato sí lo serían. El ejemplo es útil para mostrar que las garantías que se otorgan en un *project finance* depende del tipo de proyecto que se financia y el régimen que aplica a los bienes, tangibles o intangibles, que lo integran. De modo que, si bien una empresa de propósito especial es el contenedor del proyecto y el prestatario mismo, y los prestamistas ordinariamente obtienen sobre ella (a través de las acciones) y sus bienes (activos) las garantías de las obligaciones de financiación, cuando se trata de una APP, el esquema común varía y, en cierto sentido, está limitado en función del sistema jurídico del país anfitrión. Por esta razón, todos los sistemas jurídicos analizados introducen reglas específicas para facilitar un paquete de garantías en relación con proyectos APP que opere de manera exorbitante al régimen común.

Cuando se constituye una garantía sobre un crédito ordinario, el valor de los bienes que lo respaldan (considerando la diferencia en su precio de realización) es, por lo menos, equivalente al monto de la obligación. En un *project finance* el valor de los bienes (segregados) no corresponde al monto del préstamo.¹³⁷ De hecho, cuando se trata de un proyecto *greenfield*, la financiación supone que no existen bienes relevantes entre los activos del gestor privado y, por supuesto, el préstamo está destinado a generar la infraestructura para la provisión del servicio. Concluida la infraestructura resultante del proyecto, usualmente, ella está fuera del comercio. Incluso, si fuera posible que los activos del proyecto (o algunos de ellos) sean apropiables, estos en cualquier caso no son de valor suficiente para que su disposición, por fuera de la ejecución del proyecto, permita satisfacer el monto de los desembolsos ya efectuados para su construcción o adquisición. Este hecho pone en evidencia la relevancia que tiene para los prestamistas la continuidad de la ejecución del proyecto y la producción de sus flujos de ingresos, incluso en el evento de un incumplimiento por parte del prestatario original. La identificación de activos individuales como garantía de repago de las obligaciones de la financiación resulta irrelevante en el paquete de garantías. Su importancia únicamente

¹³⁷ Este hecho se vincula al valor en riesgo de un préstamo otorgado en relación con un proyecto APP.

surge cuando se los considera elementos para el aseguramiento de la continuidad en la producción de ingresos y, por ello, el enfoque del paquete de garantías está vinculado con el proyecto considerado en su conjunto y el modo de mantenerlo operativo, con todos los activos, tangibles e intangibles. Naturalmente, los derechos que terceros podrían tener sobre los bienes afectados al proyecto son precisamente aquellos que reivindicar los prestamistas dentro de un paquete de garantías. En tal caso, las garantías sobre bienes individualizados permitirían a los prestamistas excluir, por preferencia, a terceros; siempre con el mismo propósito de mantener integrado el proyecto como prioridad.

Con este criterio en mente, es posible explicar la relevancia que tiene, como parte del esquema de seguridades organizado en beneficio de los prestamistas, la estructuración de un sistema de cuentas y el mecanismo de pagos en cascada. Como lo hemos anotado, los únicos ingresos que quedan fuera del control de los prestamistas son los flujos que han superado los usos preliminares hasta llegar a aquella en la que los promotores privados ya pueden apropiarse de ellos dentro de las distribuciones autorizadas.

Así mismo, la función particular de un vehículo empresarial como contenedor del proyecto, desde las dos perspectivas, de instrumento de defensa y como mecanismo de gestión centralizado, tiene también su explicación en el contexto de las garantías del préstamo. Como queda señalado, el vehículo empresarial excluye los intereses de terceros vinculados con los promotores privados y, en general, de los restantes participantes del proyecto, sobre los bienes destinados a la implementación del proyecto; siempre con la aclaración de que, para el caso de los bienes dentro del comercio, se suele emplear el esquema ordinario de garantía real con el mismo propósito. Desde la otra perspectiva, el proyecto se implementa, generando los flujos como fuente de repago de las obligaciones de financiación, de modo tal que el contenedor es útil para mantener consolidados los elementos que lo hacen viable; de tal modo que, el paquete de garantías hace posible que los prestamistas puedan asumir la posición de los promotores privados, directamente o a través de un tercero, con el mismo procedimiento que se emplearía en una garantía real —a través de las acciones de los promotores en el gestor privado—, ejerciendo un variado tipo de derechos de intervención específicos para, por ejemplo, sustituir elementos del proyecto o el modo de su implementación (reservas de derechos) y, en general, mediante el empleo de sus *step-in rights*, cuando se ha producido un evento que puede implicar el incumplimiento de los contratos del proyecto o el incumplimiento de los instrumentos de financiación.

Solo después de que se hayan agotado todas las posibilidades de conseguir la continuidad del proyecto, es posible considerar la ejecución de las garantías según los métodos tradicionales. Esta situación insalvable supone pérdidas para todos los participantes del proyecto. Lo que esperan los prestamistas es que tales pérdidas no les sean transferidas y, por ello, procuran obtener mas allá del modelo de financiación —*project finance*— seguridades de los promotores privados e, incluso, de la Administración pública delegante. De ello se deriva la idea del «recurso limitado» que caracteriza las variaciones actuales a la modalidad de financiación de *project finance*, de ordinario, sin recurso.

En este rubro están, por ejemplo, los denominados ingresos mínimos garantizados («IMG») que, dentro de la estructuración financiera, son ingresos del proyecto provenientes de la Administración pública y tienen como función asegurar flujos al proyecto que cubran, al menos, los egresos necesarios hasta llegar al nivel de la cascada de pagos en el que el gestor privado debe satisfacer las cuotas de repago de las

obligaciones de financiación. Este esquema asegura la continuidad del proyecto, en cualquier circunstancia en la que le gestor privado debe ser separado de él.

Otro caso de medidas de seguridad —no tradicionales— es el mecanismo de indemnización o compensación que se suele estipular en caso de terminación anticipada de los contratos del proyecto. Concluida la construcción y encontrándose el proyecto en fase de explotación, la terminación anticipada del contrato APP podría implicar que exista ya una infraestructura cuya explotación se ha de revertir a favor del Estado.¹³⁸ El problema que se suscita es que esta infraestructura, cualquiera sea el nivel de cumplimiento de los objetivos referidos a la provisión de los servicios implicados, ha sido financiada con recursos originados en los participantes del proyecto. Una buena parte de ellos, como se ha reiterado, proviene de la financiación otorgado por prestamistas externos. El problema a ser solucionado, en circunstancias en las que el contrato debe ser terminado extraordinariamente, es quién debe asumir el pasivo correlativo a la inversión o, en general, como se estructura la relación entre los financiadores, el gestor privado, los promotores privados y la Administración respecto de los medios financieros empleados en la infraestructura proveniente de un proyecto terminado anticipadamente, considerando para el efecto, al menos, las siguientes circunstancias:

- La Administración, en principio, no puede apropiarse, sin justa compensación, de las inversiones realizadas en la infraestructura cuya explotación se revierte.¹³⁹
- El gestor privado y los promotores privados, si han sido responsables del fracaso del proyecto, no pueden separarse del proyecto sin consecuencias patrimoniales relevantes.¹⁴⁰ Debe observarse que lo que se espera, desde la perspectiva del riesgo que está dispuesto a asumir el inversionista, es que la pérdida se limite al capital colocado en el gestor privado.¹⁴¹ Algo distinto, puede hacer que el proyecto sea comercialmente inviable. Por otra parte, cualquier otra circunstancia que motiva la terminación anticipada del proyecto, que no sea atribuible al gestor privado, aunque ofrece dificultades sobre la medida de compensación pactada,¹⁴² no altera la relación de suficiencia entre el monto que

¹³⁸ Nos referimos a la explotación, porque asumimos que se trata de una infraestructura que, por su naturaleza o afectación, es de pública desde su conclusión. La reversión a la que se suele hacer referencia en los contratos APP se refiere a la toma física de la infraestructura (posesión) por parte de la Administración, más que a una alteración en el régimen de propiedad, cuando se trata de bienes demaniales.

¹³⁹ En todos los sistemas jurídicos analizados, la confiscación está prohibida.

¹⁴⁰ Ya por el riesgo empresarial ordinario, ya por efecto de las sanciones contractuales que lleguen a estipularse por efecto del incumplimiento de las obligaciones, ya por la regla general de que quien causa un daño a un tercero, debe repararlo, el gestor privado y, en su caso, el promotor privado soportan las consecuencias de sus acciones u omisiones.

¹⁴¹ Esta es la utilidad del vehículo empresarial desde la perspectiva del inversionista.

¹⁴² Por ejemplo, si se trata de un evento que no es atribuible a ninguna de las partes en el contrato APP, cabe la distribución de las pérdidas en caso de que se concrete el evento de riesgo. Cuando se trata de un acto atribuible a la Administración (*v. gr.*, el rescate de la concesión o el incumplimiento de una obligación sustancial) la determinación del monto a ser restituido puede implicar un problema vinculado con las rentas frustradas para el empresario. No hay en estos casos, problemas respecto al derecho del gestor privado de que le sean restituidos los montos de las inversiones no amortizadas hasta la fecha en que se produce la terminación anticipada del contrato.

debe ser restituido al gestor privado y los intereses de los prestamistas de recuperar los recursos financieros colocados en la infraestructura.

- El prestamista externo espera que, cualquiera sea el efecto que deba soportar el gestor privado sobre su patrimonio o los derechos que le puedan asistir a él o a los promotores privados en relación con la Administración, en ningún caso se vea afectada su posición como proveedor de los recursos financieros empleados en la infraestructura ahora bajo control de la Administración, como resultado de la terminación del contrato APP. La participación del prestamista externo — como una circunstancia de hecho — depende de su nivel de aversión al riesgo que, usualmente, es máxima.

La delicada situación de balance que se debe mantener entre estas circunstancias, hace complejo el diseño de las estipulaciones en los contratos del proyecto y la configuración del marco institucional en las que se desarrollan. La percepción del público en situaciones de terminación patológica de un contrato APP es que la Administración no debería soportar la carga de un proyecto fracasado. Se piensa que la responsabilidad debería recaer enteramente en cabeza del «empresario». Más allá de esta percepción, es una realidad que un proyecto fracasa no solamente por causas atribuibles al gestor privado y, cualquiera sea el caso, el fracaso del proyecto transfiere necesariamente cargas a la comunidad en su conjunto. Una de esas cargas es que, sin perjuicio del nivel de responsabilidad del gestor privado en el fracaso del proyecto, en ningún caso, es posible sostener razonablemente que la comunidad pueda hacer suyos el total de los recursos financieros empleados en la construcción de la infraestructura sin una compensación. La pauta de diseño de los contratos, desde la perspectiva de su viabilidad financiera, será que, en estas circunstancias, el valor a ser restituido al gestor privado por la infraestructura transferida en beneficio de la Administración y la comunidad que sirve, no podría ser menor al saldo de la deuda del proyecto con los prestamistas externos. Un proyecto que en una situación terminal no provee los medios para satisfacer los saldos insolutos de la operación de financiación, difícilmente será considerado financiable.

(b) Aspectos comunes en los instrumentos del paquete de garantías

Los medios de garantía y aseguramiento de los intereses de los prestamistas externos son una condición precedente a cualquier desembolso con cargo al contrato de crédito. Le corresponde, por tanto, al prestatario conseguir que todos los requisitos previstos en el sistema jurídico para que las garantías otorgadas se hayan satisfecho de modo que, producido el desembolso, los derechos derivados del paquete de garantías sean enteramente exigibles.

Por otra parte, los derechos de los prestamistas en relación con el paquete de garantías están vinculado a los eventos de incumplimiento de los instrumentos de financiación. Es importante recalcar que tales eventos de incumplimiento no se refieren únicamente a la obligación principal; es decir, pueden existir eventos de incumplimiento sin que exista una cuota vencida y, al contrario, puede existir una cuota vencida, pero este hecho todavía no configura un evento de incumplimiento que motive el ejercicio de los derechos del paquete de garantías. La ejecución de las garantías y, en general, el ejercicio de los derechos derivados del paquete de garantías, usualmente está acompañado del derecho de los prestamistas, de declarar la obligación total de plazo vencido e invocar la cláusula de aceleración de pagos. Esto describe algo inusual en una operación de crédito ordinario que requiere se explicitado: la obligación principal de un

contrato de crédito es su repago y su incumplimiento provoca la aceleración de pagos y la ejecución de la garantías otorgadas, pero en un *project finance*, el incumplimiento de obligaciones no referidas al servicio de la deuda, como los desvíos que originarían la terminación anticipada del contrato APP, generan el efecto de la aceleración de pagos, aunque no existan cuotas vencidas.

El ejercicio de los derechos derivados del paquete de garantías, igual que el resto de las relaciones entre el prestatario y los prestamistas, se suele encomendar al banco agente.¹⁴³ El banco agente actúa en interés de sus representados en asuntos, tales como, el recaudo forzoso o la adopción de decisiones en las juntas del gestor privado, cuando se ha producido la sustitución de los promotores privados.

¹⁴³ El agente, en los sistemas en que se reconoce la figura, puede ser un fideicomiso, como ocurre en el derecho anglosajón.

CAPÍTULO IV

LA CONTRAPRESTACIÓN PAGADA POR UN SERVICIO PÚBLICO PROVISTO BAJO LA MODALIDAD DE APP

A. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Uno de los primeros aspectos que se requieren tratar sobre el régimen tributario es la naturaleza jurídica de la contraprestación que pagan los usuarios de los servicios públicos, cuando se ha empleado un criterio conmutativo para la asignación de las cargas de la actividad pública prestacional.

Como lo veremos inmediatamente, parecería que el régimen de la contraprestación que paga el usuario por un servicio público es un asunto de elección del legislador exclusivamente.

La cuestión es que, según los marcos constitucionales de cada sistema jurídico, los límites para esa determinación legislativa no son fáciles de aplicar. En efecto, la pregunta inicial que nos hacemos es si el legislador puede elegir cualquier tipo de prestación si lo hace mediante ley.

Asumiendo que la elección que haga el legislador, a través de una ley, satisface la reserva prevista para los casos en que el sujeto que recibe el servicio se encuentra en situación de coactividad, el siguiente asunto de análisis es el alcance que debe tener la ley para que sirva de garantía para las personas en un sistema de democracia (y mejor deliberativa).

Por otra parte, la naturaleza jurídica de la contraprestación no es irrelevante si se considera, no ya la calificación que hace el legislador, sino el régimen jurídico al que se conecta la contraprestación en función de tal calificación. Imagínese que el legislador ha calificado a la prestación como una de carácter público no tributario —como ha ocurrido en España a través de LCSP para las tarifas que se pagan a los concesionarios—. Dado que la prestación, así calificada, según el sistema jurídico en el que se inserta requiere la intervención del legislador para que esta sea regulada según la ley, por mandato constitucional, hará falta acudir al régimen específico. De ese se desprende que se trata de un precio privado y como tal atrae el régimen de la imposición indirecta, en concreto del IVA.

1. Puntos de conexión para la determinación de la naturaleza jurídica de la contraprestación debida por la recepción de un servicio público

Sin perjuicio de las particularidades de cada sistema jurídico analizado, según el modelo de gestión y de financiación empleados por la Administración pública, el tratamiento tributario que corresponde a las prestaciones debidas por la provisión de un servicio público se ha hecho depender de, al menos, tres puntos de conexión o una combinación de ellos:

- La calificación legislativa *ex ante* de la prestación pecuniaria que paga el usuario por el servicio recibido, o sea, si tal prestación está calificada como tributaria (tasa) o no (precio);
- la naturaleza del proveedor del servicio, esto es, si es la Administración pública o un gestor privado; y,
- la naturaleza del servicio que se suministra; es decir, si se trata de un servicio que, asociado al proyecto, es de titularidad pública y está reservada su prestación a la Administración pública o si se trata de una actividad económica que, aunque prestada por la Administración en ejercicio de una competencia que se le ha atribuido, es —o debe ser— desarrollada en régimen de concurrencia con el sector privado.

2. Importancia de la calificación de la naturaleza de las contraprestaciones pecuniarias que pagan los usuarios por servicios públicos y plan de trabajo

La calificación de la naturaleza jurídica de la prestación pecuniaria a cargo del usuario del servicio público suele ser un asunto relevante —no el único— para determinar el régimen tributario que corresponde a un proyecto desarrollado bajo la modalidad de APP, sea en los casos modelo de infraestructura productiva e infraestructura social o sus variaciones.

En España, por ejemplo, si la contraprestación pecuniaria llamada a satisfacer el usuario es una tasa, en principio no cabe la aplicación del IVA;¹ no obstante, la determinación de si se trata o no de una tasa pasa por una serie de consideraciones que rebasan la decisión normativa a cargo del legislador. En ocasiones, habría que estimar incluso que, aunque se la haya calificado de tasa, la calificación del servicio prestado, como servicio económico de interés general según los criterios definidos en el sistema jurídico comunitario, le impiden al país separarse del tratamiento tributario común. Por el contrario, si se trata de un precio, la prestación siempre estaría sujeta a este tributo, aun cuando el servicio sea provisto por la Administración pública. En este caso, el

¹ [España] Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, publicada en el BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 1992, art. 7.8 («No estarán sujetas al impuesto: [...] 8º A) Las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas directamente por las Administraciones Públicas, así como las entidades a las que se refieren los apartados C) y D) de este número, sin contraprestación o mediante contraprestación de naturaleza tributaria»).

problema es el contrario: ¿el legislador, en su libertad de configuración jurídica, podría calificar la contraprestación como precio —público, si el servicio es prestado por la Administración—, cuando la prestación que lo origina es un servicio reservado al Estado?

En los países hispanoamericanos, en general, el tratamiento tributario de la contraprestación es muy variado y depende (i) del régimen específico de la prestación que origina el pago, con independencia de la calificación de la naturaleza jurídica;² (ii) la naturaleza jurídica del prestador del servicio, con independencia de si se trata o no de un servicio público; o, (iii) de la tipología del servicio suministrado: si se trata de un servicio público o no.³

Las preguntas que guían el desarrollo de este capítulo son dos: (i) ¿aquello que paga el usuario por el servicio público recibido es un tributo (tasa) o es un precio?; y, (ii) ¿cuáles son los criterios que se han de emplear para realizar esta calificación?

En razón de que la naturaleza de la prestación pecuniaria que el usuario paga por el servicio es tan solo uno de los puntos de conexión con el régimen tributario que resulta aplicable al servicio, conviene dejar establecido que, cuando se emplea como criterio de calificación de la contraprestación la pura determinación normativa, se deberían estimar irrelevantes los cambios en la naturaleza jurídica del suministrador o del servicio mismo. En mi concepto esta es la tesis que se ajusta a la tradición tributaria que, como tendré la oportunidad de exponer, ha evolucionado notablemente y no resulta útil para explicar los cambios más relevantes que se originan en la elección de la modalidad de gestión y financiación de las actividades reservadas al Estado.

Así, en el primer apartado, nos cuestionamos sobre cuál es la naturaleza de la contraprestación pecuniaria que paga el usuario en el contexto del suministro de un servicio público a cargo de la Administración pública, de acuerdo con las calificaciones provistas por el legislador en ejercicio de su libertad de configuración del sistema, sin considerar que la elección del modelo de gestión indirecta de la prestación provoca que el prestador del servicio sea un sujeto de Derecho privado y que, eventualmente, la naturaleza del servicio o, por lo menos, su tratamiento jurídico se modifique.

La importancia que tiene el hecho de que el suministrador del servicio sea la Administración pública o un privado lo trato en el segundo apartado de este capítulo, mientras que la relevancia de la naturaleza del servicio a ser provisto se analiza en el apartado final. Cerramos este capítulo con algunas ideas conclusivas, siguiendo la pretensión de fijar elementos comunes de los sistemas jurídicos analizados y algunas de sus particularidades.

² En Ecuador, por ejemplo, el art. 56 de la Ley de Régimen Tributario Interno («LRTI»), publicada en el Registro Oficial (S) núm. 463, de 17 de noviembre de 2004, establece «El impuesto al valor agregado IVA, grava a todos los servicios, entendiéndose como tales a los prestados por el Estado, entes públicos, sociedades, o personas naturales sin relación laboral, a favor de un tercero, sin importar que en la misma predomine el factor material o intelectual, a cambio de una tasa, un precio pagadero en dinero, especie, otros servicios o cualquier otra contraprestación». No obstante, el numeral 16 *ibidem*, atribuye el tipo del 0 % para los servicios por los que se paga peaje y pontazgo, cuando se trata de la utilización de las carreteras y puentes.

³ Este es el caso colombiano. La Dirección Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), en Colombia se pronunció de manera muy específica a la naturaleza de los servicios provistos por el Estado y el efecto que el cambio del modelo de gestión tiene en relación con la contraprestación debida por el usuario y el IVA

B. CALIFICACIÓN NORMATIVA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONTRAPRESTACIÓN DEBIDA POR LA PROVISIÓN DE UN SERVICIO PÚBLICO

1. La coactividad de la fuente formal de la obligación

(a) La coactividad de la fuente como criterio distintivo tradicional entre prestaciones tributarias y no tributarias

Al superarse el fundamento de cierta conmutatividad en la estructuración de las finanzas públicas, a través de la teoría de los derechos subjetivos y la fundamentación del tributo en la soberanía del Estado,⁴ la doctrina dio un paso más en la explicación del tributo como fenómeno jurídico unitario.

Aunque fue aceptado el principio por el cual el tributo es esencialmente manifestación de autoridad pública,⁵ se intentó reconducir el vínculo entre la Administración tributaria y el sujeto pasivo de la imposición dentro de una relación de tipo obligación de pares,⁶ describible a través de categorías jurídicas de la «juridicidad» y de la «legalidad».⁷

La obligación tributaria, acogiendo la solución alemana del §99 de la *Reichsabgabernordnung* de 1919, se presentó como una obligación *ex lege* cuyo nacimiento se produce al verificarse el hecho asumido por la ley como presupuesto del tributo,⁸ aunque, por otra parte, «[...] el impuesto [tenga] por único fundamento jurídico el poder de imperio del Estado», «la sola sujeción a la potestad financiera del Estado».⁹

En un contexto como el descrito es posible ubicar una noción básica de coactividad que constituiría, a partir de este momento, el factor distintivo fundamental,

⁴ El método jurídico propugnado por la doctrina alemana, que excluía del análisis y sistematización del dato normativo componentes extrajurídicos, incidió en los presupuestos ideológicos y constitucionales prevalecientes en el estudio jurídico del fenómeno financiero. Se construyó la relación tributaria como el resultado de la correlación entre el poder soberano del Estado y la situación de sujeción de los individuos a tal poder. Así las cosas, las prestaciones tributarias fueron concebidas como derivación pura y simple del deber de subordinación de los individuos a la autoridad, dentro de un esquema de relaciones de naturaleza política. De tal concepción se desprende la diferenciación entre leyes formales y materiales. Entre las primeras se encontrarían las leyes tributarias. El momento que resaltamos tiene una importancia fundamental en la explicación de la tasa como ingreso de carácter tributario, y es que, cuando el tributo se configuró como una expresión de la soberanía del Estado en donde el contribuyente es deudor en razón de la ley que define concretamente un deber orgánico, se dejó atrás y sin ninguna relevancia jurídica el nexo entre el tributo y el servicio público o la ventaja de él derivado, aunque, como lo veremos, el criterio ha seguido siendo empleado como un descriptivo de la estructura de ciertas normas tributarias que permite diferenciar a la tasa de otras prestaciones tributarias. Ver, en este sentido, L. Antonini. *DoVere Tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*. Milán: Giuffrè, p. 20 y ss.

⁵ Cfr. A. D. Giannini. *Il rapporto giuridico di imposta*. Milán: Giuffrè, 1937, p. 26 y ss.

⁶ «En tal modo es en efecto posible individualizar el momento autoritativo-impositivo del fenómeno tributario al nivel mismo del acto legislativo y construir la relación concreta ente impositivo-contribuyente sobre la falsa línea de una relación crédito-obligación» A. Fedele. *La tassa*. Siena: Tipografía Sienese, 1974, p. 26.

⁷ L. Antonini. *DoVere Tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*. Milán: Giuffrè, p. 95 y ss.

⁸ «Hecho imponible» en España y «hecho generador» en la mayor parte de los países hispanoamericanos.

⁹ A. D. Giannini. *Il rapporto giuridico di imposta*. Milán: Giuffrè, 1937, p. 3.

y de cierta manera aún dominante en la doctrina tributaria, entre prestaciones tributarias y no tributarias. Se trata de la coactividad de la fuente de la obligación.¹⁰

De esta manera, la diferencia entre tributos paraconmutativos y otros ingresos públicos de base sinalagmática se encontraba exclusivamente en la fuente de la obligación.¹¹ Los primeros se imponen a los individuos en ejercicio de la potestad tributaria a cargo del Estado, aunque el hecho imponible refleje una prestación pública individualizada en relación con el sujeto pasivo. De la imposición operada normativamente se extrae una obligación ordinaria entre la Administración tributaria y el contribuyente.

Los ingresos públicos de base sinalagmática, por otra parte, tienen como fuente y fundamento una relación contractual, donde la obligación nace de la voluntad de las partes y el monto de la prestación pecuniaria corresponde específicamente a este tipo de relación contraprestacional, incluso, en aquellos casos en que interviene la Administración pública como contraparte,¹² ejerciendo otro tipo de competencias como la tarifaria o las vinculadas con los precios de los mercados (de regulación o determinación).

Dado que el elemento común de toda obligación tributaria se encuentra en la fuente, esto es en la ley, el criterio de diferenciación entre las subcategorías tributarias no podía ser buscado sino en la forma en que se estructura la norma que establece la prestación tributaria. Con mayor exactitud, la configuración del hecho imponible, elemento estructural de la norma tributaria, permite efectuar tal individualización entre las especies de tributos. Así, en los impuestos, el hecho imponible asumido por la ley y cuya realización da lugar al nacimiento de la obligación tributaria es una situación de hecho que, en cuanto es «considerada manifestación, directa o indirecta, de una cierta capacidad contributiva», señala el «objeto de imposición»; situación que, de otra parte, «toca exclusivamente a la persona del obligado y a la esfera de su actividad sin alguna relación, ni siquiera de hecho, con la actividad del ente público en relación con el obligado».¹³ En el caso de las tasas, el hecho imponible constituye una situación de hecho que «determina o necesariamente se enlaza a la explicación de una actividad del ente público en relación con el obligado».¹⁴

¹⁰ En este sentido, ver por todos, R. Falcón y Tella. «Algunas observaciones sobre la distinción entre tasas y precios públicos», en *Revista Técnica Tributaria*, núm. 29, 1995, p. 46 y F. Martín Fernández. *Tasas y Precios Públicos en el Derecho Español*. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 257.

¹¹ Cfr. A. D. Giannini. *Istituzioni di diritto tributario*, Milán: Giuffrè, 1974, p. 64 y ss.

¹² Cfr. A. D. Giannini. *Istituzioni di diritto tributario*, Milán: Giuffrè, 1974, p. 64 y ss.

¹³ A.D. Giannini. *I concetti fondamentali del diritto tributario*. Turín: UTET, 1956, p. 103. Los tributos, según la teoría de A.D. Giannini, obedecen a estas tres características: a) son debidos a un ente público, b) encuentran su fundamento jurídico en el poder de imperio del Estado, y c) son impuestos con el objeto de procurar los medios para satisfacer las necesidades financieras del Estado. La diferencia entre impuestos y tasas se encuentra en el presupuesto: en los impuestos el presupuesto es un hecho que se considera manifestación, directa o indirecta, de cierta capacidad contributiva que, en cuanto tal, incumbe exclusivamente a la persona del obligado y a su actividad, sin relación alguna con la actividad del sujeto activo. En el caso de las tasas el presupuesto constituye una situación de hecho que se conecta necesariamente con una actividad del sujeto activo en relación con el obligado. Cfr. A. D. Giannini. *Istituzioni di diritto tributario*. Milán: Giuffrè, 1974, p. 60.

¹⁴ A.D. Giannini. *I concetti fondamentali del diritto tributario*. Turín: UTET, 1956, p. 103.

La ubicación de cada figura tributaria dentro del esquema ley-presupuesto-obligación permitió a la doctrina construir un concepto unitario de tributo y concebir al Derecho Tributario como una disciplina jurídica con objeto de estudio propio.

La misma construcción teórica ha sido absorbida en los aspectos fundamentales en los sistemas jurídicos español e hispanoamericanos.

Así, la tasa, como cualquier otro tributo, se ordena en una relación jurídica que tiene por única causa técnica la ley. La obligación tributaria, en cuanto obligación *ex lege*, es producto de la realización de la hipótesis contenida en la norma que estatuye la prestación; es decir, la realización del hecho imponible tiene por efecto el nacimiento de la obligación de pagar la tasa.

En los sistemas jurídicos español e hispanoamericanos se puede apreciar que la diferencia específica de la tasa, con relación a las restantes categorías tributarias, se encuentra en la configuración del hecho imponible previsto en la norma que le da origen¹⁵ y que podía consistir bien en la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público, o bien en la prestación de un servicio público o la realización por la Administración de una actividad que se refiera, afecte o beneficie de modo particular al sujeto pasivo. En España, este criterio fue el empleado en la redacción original de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria¹⁶ y también aparece en los códigos modelo de referencia para Hispanoamérica.¹⁷

¹⁵ En este sentido, por todos, ver F. Sainz de Bujanda. *Lecciones de Derecho Financiero*, Madrid: Universidad Complutense de Madrid [Facultad de Derecho], 1991, p. 171; y, M. Cortez Domínguez, *Ordenamiento Tributario Español*, v. I. Madrid: Civitas, 1985, p. 176.

¹⁶ En la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, publicada en BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1963, en el art. 26 se establecía: «Uno. Los tributos se clasifican en tasas, contribuciones especiales e impuestos:

a) Tasas son aquellos tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización del dominio público, la prestación de un servicio público, o la realización por la Administración de una actividad que se refiera, afecte o beneficie de modo particular al sujeto pasivo.

b) Contribuciones especiales son aquellos tributos cuyo hecho imponible consiste en la obtención por el sujeto pasivo de un beneficio o de un aumento de valor de sus bienes, como consecuencia de la realización de obras públicas o del establecimiento o ampliación de servicios públicos; y

c) Son impuestos los tributos exigidos sin contraprestación, cuyo hecho imponible está constituido por negocios, actos o hechos de naturaleza jurídica o económica que ponen de manifiesto la capacidad contributiva del sujeto pasivo, como consecuencia de la posesión de un patrimonio, la circulación de los bienes o la adquisición o gastos de la renta.

Dos. Participan de la naturaleza de los impuestos las denominadas exacciones parafiscales cuando se exijan en especial consideración a servicios o actos de la Administración que beneficien o afecten al sujeto pasivo».

¹⁷ Para confirmación, considérase la definición de tasa incluida en el Modelo de Código Tributario del CIAT de 2015, art. 4 («Tasa es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva o potencial de un servicio en régimen de Derecho público o el aprovechamiento de un bien público, individualizado o que se refiera, afecte o beneficie de modo particular al obligado tributario, cuando el servicio o el aprovechamiento no sean de solicitud o recepción voluntaria para los obligados tributarios o no se presten o realicen por el sector privado, y cuyo monto debe corresponder al coste o mantenimiento del servicio»). Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT). *Modelo de Código Tributario del CIAT: un enfoque basado en la experiencia Iberoamericana*, Panamá: CIAT-Cooperación Alemana-BID, 2015, pp. 37 y 38. Ver también C. Giuliani Fonrouge, R. Gomes de Sousa, R. Valdés Costa. *Modelo de código tributario. Reforma tributaria para América Latina III. Programa Conjunto de Tributación OEA/BID*. Washington: Unión Panamericana, 1967; Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT). *Modelo de Código Tributario del CIAT*, s.d., 2006, p. 11; y, Centro Interamericano de

De esta manera, la tasa es identificable en el conjunto de los tributos, por la constatación de que, en la estructura de la norma que la establece, existe un vínculo —que ha sido elegido por el legislador como hipótesis normativa de la que nacerá la obligación tributaria— entre la utilización del dominio o la actividad públicos y el sujeto pasivo de la prestación; vínculo que, de otra parte, se explica —aunque ello no sea necesario— por el beneficio que de tal utilización o actividad resulta para el sujeto pasivo o por el mero hecho de que la actividad se refiera o afecte directamente al contribuyente. En el impuesto, a diferencia de la tasa, según la Ley General Tributaria y los referidos códigos modelo, el hecho imponible está constituido por índices que ponen de manifiesto la capacidad económica del sujeto pasivo, con absoluta independencia de la actividad de la Administración pública en relación con el sujeto obligado.¹⁸

En este sentido el Tribunal Constitucional español señaló que la diversa configuración del hecho imponible de tasas e impuestos conlleva que:

[E]n las tasas la determinación del sujeto pasivo se realice por referencia a la actividad administrativa y el importe de la cuota se fije, esencialmente, atendiendo al coste de la actividad o servicio prestado por la Administración, con los que tiene una relación, más o menos intensa, de contraprestación, mientras que en los impuestos el sujeto pasivo se determina por la actividad de los contribuyentes y el gravamen se obtiene sobre una base imponible que es expresiva de una capacidad económica, que no opera como elemento configurador en las tasas o, si lo hace, es de manera muy indirecta y remota.¹⁹

Para completar el cuadro de las especies tributarias, conviene señalar que, en las contribuciones especiales, el hecho imponible consiste en el beneficio o aumento de valor de los bienes del sujeto pasivo que resulten de la realización de obras públicas o el establecimiento o ampliación de servicios públicos. La contribución especial, en el diseño de la Ley General Tributaria y los códigos modelo de referencia para los países hispanoamericanos,²⁰ se configura de manera similar a la tasa —en materia de actividades y servicios públicos—, pero con un espacio mucho más restringido referido a

Administraciones Tributarias (CIAT). *Modelo de Código Tributario del CIAT*, s.d., art. 11 («Tasa es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva o potencial de un servicio en régimen de Derecho público, individualizado en el contribuyente»). En este último, se lee: «Para la elaboración del Modelo se tomaron en cuenta: por un lado, las necesidades normativas verificadas en los países de América Latina a través de las diversas actividades del CIAT y, por otro, antecedentes tales como el derecho tributario positivo de aquellos países y, especialmente, el Modelo de Código Tributario para América Latina OEA/BID, la Ley General Tributaria de España y la Ordenanza Tributaria Alemana».

¹⁸ Centro Interamericano de Administraciones Tributarias. *Modelo de Código Tributario del CIAT: un enfoque basado en la experiencia Iberoamericana*, Panamá: CIAT-Cooperación Alemana-BID, 2015, pp. 37, art. 3 («Impuesto es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador y como fundamento jurídico una situación independiente d toda actividad estatal relativa al contribuyente que pone de manifiesto una determinada capacidad contributiva del mismo»).

¹⁹ [España] STC 296/1994, de 10 de noviembre, FJ. 4.

²⁰ Centro Interamericano de Administraciones Tributarias. *Modelo de Código Tributario del CIAT: un enfoque basado en la experiencia Iberoamericana*. Panamá: CIAT-Cooperación Alemana-BID, 2015, pp. 38, art. 5 («Contribución especial es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador beneficios especiales derivados de la realización de obras públicas, o ampliación de servicios públicos. Su producto no debe tener un destino ajeno a la financiación de la sobras o las actividades que constituyen el presupuesto de la obligación»).

los efectos patrimoniales de la actividad pública en el individuo llamado a pagarla. En efecto, el vínculo escogido por el legislador es el que resulta de una específica forma de actuación pública (realización de obras públicas o establecimiento o ampliación de servicios públicos) y de la posición ventajosa del sujeto pasivo. En este caso, el sujeto pasivo es visto, ya no únicamente como mero referente subjetivo de las actuaciones públicas, sino como titular de intereses patrimoniales y efectivo beneficiario de las mejoras que en ellos se produzcan por la realización de la obra pública o el establecimiento o la ampliación de servicios públicos. En el caso de las contribuciones especiales, tanto la actividad pública como el criterio de determinación del vínculo se encuentran específicamente acotados.

En síntesis, la coactividad que caracteriza a la fuente de la obligación tributaria ha sido la base de la construcción dogmática y la inserción de la figura genérica del «tributo» en el sistema jurídico español e hispanoamericano. La exigencia de una prestación patrimonial a los individuos, respecto de la que no es posible resistir u oponerse, por tratarse de la manifestación y ejercicio de una potestad normativa y de imposición específica en la materia explica la coacción a la que están sujetas las personas frente al Estado cuando se trata de tributos.

En este aspecto, los tributos comparten espacio con cualquier otra prestación pecuniaria que tiene origen en la ley, donde la diferencia específica es su función en el sistema jurídico, tal es la concreción del deber de contribuir al sostenimiento del gasto público. En otras palabras, el tributo es una obligación *ex lege* impuesta, en razón de un acto de decisión normativa atribuible a un órgano del Estado con competencia, que tiene como función proveer de recursos financieros para que sean gestionados por el mismo Estado para llevar a cabo los fines de acción colectiva institucionalizada.

Constatada la competencia de la autoridad para ejercer una potestad normativa para imponer una prestación pecuniaria y la situación pasiva de quien está llamado a satisfacer un deber jurídico, la explicación de las razones que justifican el tipo de prestación patrimonial exigida o su estructura era irrelevante o, cuanto más, podía buscarse en un ámbito extrajurídico, con tal que el legislador en ejercicio de su libertad de configuración jurídica no rebase los límites formales y materiales definidos en la Constitución.

(b) La reserva de ley referida a la categoría de las prestaciones patrimoniales de carácter público en la Constitución española y su fundamento en el principio de autoimposición: la justificación extrajurídica de la reserva de ley constitucional

La regla conforme a la cual el establecimiento de todo tributo requiere la intervención del legislador en ejercicio de su competencia normativa, la denominada «reserva de ley», es común en el régimen constitucional de todos los países de Hispanoamérica. En España, el enunciado normativo, referido específicamente a los tributos se encuentra en el art. 133.1 de su Constitución.

No obstante, el art. 31.3 de la Constitución española dispone que «[s]ólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley».

Pese a la extensión del enunciado, la doctrina no se había ocupado de las implicaciones que se podían derivar de una reserva normativa cuyo ámbito objetivo no se encuentra limitado, al menos en lo literal, al tradicional concepto de tributo.

La noción de prestaciones patrimoniales de carácter público, que se percibía «sin perfiles ni identidad propios»,²¹ sirvió para que el Tribunal Constitucional español efectuara el control de constitucionalidad de algunas de las innovaciones legislativas que, en cierto caso, venían siendo juzgadas según el modelo dogmático clásico. En otras palabras, mientras que en la doctrina tributaria, la introducción en el ordenamiento jurídico de ciertas figuras implicaba la necesidad de reconducirlas al canon de normalización dispuesto por las categorías y conceptos tributarios elevados a dogma, para desde allí determinar su legitimidad constitucional,²² el Tribunal Constitucional español optó por respetar la capacidad creadora del legislador y encontrar en la Constitución de España criterios que le permitieran juzgar directamente la legitimidad del régimen aplicable a la figura agregada a la realidad normativa: los denominados «precios públicos».

Mediante STC 185/1995, de 14 de diciembre, el Tribunal Constitucional español declaró la inconstitucionalidad de varias de las disposiciones de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos.²³ Más tarde, en la STC 182/1997, de 28 de octubre, entendió legítimo el art. 6.1 del Real Decreto-ley 5/1992, de 21 de julio, que modificó la Ley General de la Seguridad Social (Decreto 2065/1974, de 30 de mayo) introduciendo una prestación a cargo del empresario por incapacidad laboral transitoria en caso de enfermedad común o de accidente no laboral. Se perfiló así una clasificación de prestaciones que, aunque se consideren impuestas y por ello sujetas a reserva de ley, podían en ciertos casos constituir ingresos públicos (tributos y precios públicos) y en otras no (como en el caso analizado en la STC 182/1997).

En ambas sentencias, el juicio constitucional partió de la inclusión de las figuras ahí analizadas en el conjunto de las prestaciones patrimoniales de carácter público a las que se refiere la reserva de ley prevista en el art. 31.3 de la Constitución española, una vez que el Tribunal Constitucional español le dotó de contenido a la categoría de las prestaciones patrimoniales de carácter público y una función tutelar a la reserva de ley en el sistema jurídico.

A estas sentencias, les siguieron principalmente las SSTC: 233/1999; 63/2003, de 27 de marzo; 150/2003, de 15 de julio; 245/2004, de 16 de diciembre; 102/2005, de 20 de abril; 121/2005, de 10 de mayo; 122/2005, de 11 de mayo; 101/2009, de 27 de abril; 116/2009, de 18 de mayo; 146/2009, de 15 de junio; 161/2009, de 29 de junio; 74/2010, de 18 de octubre; 83/2014, de 29 de mayo; 44/2015, de 5 de marzo; 62/2015, de 13 de abril; 139/2016, de 21 de julio; 196/2016, de 28 de noviembre; 197/2016, de 28 de noviembre; 198/2016, de 28 de noviembre; y, finalmente, la STC 63/2019, de 9 de mayo, que, como tendré la oportunidad de anotar, tiene particular

²¹ C. Lozano Serrano. «Las prestaciones patrimoniales públicas en la financiación del gasto público», en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 97, 1998, p. 25.

²² Se ha propuesto el estudio ex ante de determinado género de prestaciones patrimoniales coactivas para, de presentar una naturaleza similar a la del tributo -según el marco tradicional- sea regulado como tal o, cuanto menos, sea sometido a los principios de justicia tributaria. Cfr. C. Lozano Serrano. «Las prestaciones patrimoniales públicas en la financiación del gasto público», en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 97, 1998, p. 34.

²³ Se declaran inconstitucionales las letras a y b del art. 24.1 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, algunas frases de la letra c del mismo artículo y se condiciona el resto de esta última disposición a la interpretación conforme a la doctrina sentada en los fundamentos de la sentencia que se haga del art. 24.2

importancia en relación con la calificación que la LCSP española realiza de las prestaciones pecuniarias que los usuarios pagan por los servicios públicos gestionados de manera indirecta.

Como se ha señalado,²⁴ el Tribunal Constitucional español, con la STC 185/1995, introdujo la noción de prestación patrimonial de carácter público en la determinación del ámbito objetivo de la reserva de ley prevista en el art. 31.3 de la Constitución, reserva normativa que en precedencia siempre fue explicada y asumida por la doctrina y el mismo Tribunal Constitucional desde la óptica de su aplicación en el ámbito de las prestaciones de carácter tributario.

La Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos autorizó el empleo en el ámbito estatal de la figura del «precio público», que había sido ya usada en la legislación autonómica y local.²⁵ Los casos que se cobijaban bajo la categoría de los precios públicos correspondían a algunos de los presupuestos cuya realización tradicionalmente generaban una tasa,²⁶ luego, un tributo y, por tanto, según los postulados imperantes, una prestación que debía someterse al mandato constitucional de la reserva de ley, por tratarse de un tributo.

El «intento más o menos encubierto»²⁷ de sustraer del ámbito objetivo de la reserva normativa «verdaderos tributos»²⁸ produjo la reacción inmediata de la doctrina que, bien negando la relevancia jurídica de la categoría del precio público,²⁹ o bien reafirmando el valor garantista de la ley en el establecimiento de los tributos,³⁰ postulaba su erradicación de la realidad jurídica.

En diverso sentido, en la STC 185/1995, el Tribunal optó por juzgar,³¹ con independencia del *nomen iuris*, la legitimidad del régimen previsto para la nueva

²⁴ J. Martín Fernández. «Los precios públicos y la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995, de 14 diciembre», en *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, Madrid: Aranzadi, 1995, t. III, pp. 1 - 50.

²⁵ En el ámbito local la categoría de los precios públicos ya había sido incorporada de manera general en la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas locales. Ver por todos, F. Martín Fernández. *Tasas y Precios Públicos en el Derecho Español*. Madrid: Marcial Pons, 1995, pp. 123 y ss.

²⁶ Ver por todos A. Aguayo Avilés. *Tasas y precios públicos*, Valladolid: Lex Nova, 1992; J. Ferreiro Lapatza. «La clasificación de los tributos en impuestos, tasas y contribuciones especiales», en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 100, 1998.

²⁷ R. Falcón y Tella. «Un principio fundamental del Derecho tributario: la reserva del ley», en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 104, 1999, p. 712.

²⁸ R. Falcón y Tella. «Un principio fundamental del Derecho tributario: la reserva del ley», en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 104, 1999, p. 712.

²⁹ Cfr. C. Palao Toboada. «La adaptación de la tributación local al Estado de Derecho», en *Adaptación del sistema tributario al Estado de Derecho*, Madrid: Aranzadi, 1994; y. «Los precios públicos y el principio de legalidad», en *Quincena Fiscal*, núm. 17, 1996, pp. 9 y ss.

³⁰ Cfr. R. Falcón y Tella. «Un principio fundamental del Derecho tributario: la reserva del ley», en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 104, 1999, p. 713; Barea Vidiella. «Reflexiones de urgencia en torno a algunos aspectos de la Ley 39/1988», en *GF*, núm. 64, 1989, pp. 163 y ss.; J. Ferreiro Lapatza y otros. *El proyecto de ley reguladora de las Haciendas Locales*. Madrid: Marcial Pons, 1988, pp. 36 y ss.; Collado Yurrita. «Tasas y precios públicos en la Ley reguladora de las Haciendas Locales», en *Impuestos*, núm. I, 1989, pp. 339 y ss.

³¹ Se plantea como problema el determinar «si los precios públicos, tal y como aparecen regulados en la Ley de Tasas y Precios Públicos, tienen o no la condición de prestaciones patrimoniales de carácter público y, en consecuencia, deben someterse a la reserva de ley del artículo 31.3 de la Constitución Española; y, en segundo lugar, en el supuesto y en la medida en que así sea, si los artículos impugnados resultan acordes con las exigencias de dicha reserva». [España] Tribunal Constitucional. STC 185/1995, FJ 2.

categoría de ingresos públicos, en función de su correspondencia con la noción de prestación patrimonial de carácter público que se presenta como el ámbito objetivo de la reserva de ley del art. 31.3 de la Constitución española.³²

Más allá de las implicaciones que el pronunciamiento tiene en relación con la diferenciación entre los precios públicos y las tasas,³³ o si se quiere, entre los distintos tipos ingresos públicos con base conmutativa, en estas líneas queremos revisar y resaltar el planteamiento inicial efectuado sobre el fundamento de la reserva de ley y el ámbito objetivo al que se refiere. Considero que el fundamento empleado para justificar una regla sobre el modo en que debe ser regulada una prestación impuesta importa al momento en que el legislador debe, en ejercicio de sus competencias normativas, determinar su régimen. Con ello en mente, la *ratio* de la reserva de ley es útil también para comprender porqué se ha producido una adaptación del alcance de la reserva normativa para sostener el modelo de gestión de la actividad pública deseado, con la que se ha ido matizando el alcance de la reserva de ley cuando se trata de las prestaciones que el usuario debe pagar al gestor privado en el contexto del modelo de gestión indirecta de los servicios a cargo de la Administración pública.

Pese a que el Tribunal Constitucional entiende que, en una aproximación sistemática, no es posible considerar como sinónimos las expresiones «tributos» del art. 133.1 de la Constitución española y «prestaciones patrimoniales de carácter público» del art. 31.1 *ibidem* —la que sería el género—, para construir ese concepto, partió de una preconcepción que vincula las dos nociones y que recuerda mucho, desde una perspectiva de método, los fundamentos extrajurídicos en la teoría de la causa de Pavia; ligamen que se sostiene en la explicación de la *ratio* y alcance de la reserva de ley en relación con la tutela de los derechos patrimoniales de las personas.

Señaló, en efecto, que la determinación del contenido del concepto de prestación patrimonial de carácter público está condicionada por la constatación de que el ámbito objetivo de la reserva de ley prevista en el art. 31.3 de la Constitución no coincide con el que tradicionalmente había sido usado en los textos constitucionales y legales («categorías tributarias concretas»),³⁴ por la existencia de una específica exigencia constitucional para que el establecimiento del tributo se haga mediante ley (art. 133.1 de

³² J. Ramallo Massanet sostiene que la sentencia en cuestión tiene una doble incongruencia procesal: «una, entre el petitum de los recurrentes y el fallo de la sentencia; otra, entre los fundamentos jurídicos de la sentencia y el citado fallo», lo que acarrearía el efecto de «rehacer la figura de precio público que se sitúa al margen de las prestaciones patrimoniales públicas a las que se refiere el artículo 31.3. CE», en la medida en que el fallo no declara la inconstitucionalidad del art. 3.4 de la Ley. J. Ramallo Massanet. «Tasas, precios públicos y precios privados (hacia un concepto constitucional de tributo)», en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 90, 1996, pp. 244 y ss.

³³ Para cuyo estudio específico remitimos a Ferreiro Lapatza y otros. *El proyecto de ley reguladora de las Haciendas Locales*. Madrid: Marcial Pons, 1988, pp. 36 y ss; M. Abad Fernández y otros. *Tasas y precios públicos en el ordenamiento jurídico español*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales - Marcial Pons, Madrid, 1991; P. Herrera Molina. *Los precios públicos como recurso financiero*. Madrid: Civitas, 1991; A. Aguayo Avilés, *Tasas y precios públicos*, Valladolid: Lex Nova, 1992; C. Martínez Giménez. *Los precios públicos*. Madrid: Civitas, 1993; F. Martín Fernández. *Tasas y Precios Públicos en el Derecho Español*. Madrid: Marcial Pons, 1995.

³⁴ En la STC 19/1987 había declarado que «el art. 31.1 establece una reserva general de Ley en el orden tributario, sobre la cual este Tribunal ha tenido ocasión de hacer antes de ahora importantes puntualizaciones».

la CE), y por la potestad que tiene el legislador para «alterar el alcance de las figuras que hoy integran» la categoría del tributo, creando nuevos ingresos de Derecho público.

Con estos antecedentes procedió a identificar el fundamento y los efectos de la reserva de ley prevista para el ámbito de las prestaciones patrimoniales de carácter público con aquellos de la ya clásica reserva de ley tributaria.³⁵ El aserto se confirma en varios pasajes de la STC 185/1995. Al no ser posible identificar el concepto de tributo con el de prestación patrimonial de carácter público —nos dice el Tribunal— se requiere la construcción de esta última noción partiendo de la determinación de la función que desempeña la reserva de ley en el ordenamiento constitucional y, por ello, hemos de considerar que «[e]l principio de legalidad en materia tributaria responde en su esencia a la vieja idea, cuyo origen se remonta a la Edad Media, de garantizar que las prestaciones que los particulares satisfacen a los Entes Públicos sean previamente consentidas por sus representantes; la reserva de ley se configura como una garantía de autoimposición de la comunidad sobre sí misma y, en última instancia, como una garantía de la libertad patrimonial y personal del ciudadano».³⁶

En la STC 19/1987, el Tribunal español señaló también que el sentido de la reserva de ley establecida en el art. 31.1 (calificada como tributaria), como de cualquier otra reserva prevista en la Constitución, «no es otro que el de asegurar que la regulación de determinado ámbito vital de las personas dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes» por lo que se trataría de una «garantía de autoimposición de la comunidad sobre sí misma».³⁷

En la misma STC 185/1995, refiriéndose a las exigencias del principio en materia de prestaciones patrimoniales coactivas, señaló que el «Tribunal ha dicho ya que la reserva de ley en materia tributaria —insiste en la asimilación— exige que “la creación ex Novo de un tributo y la determinación de los elementos esenciales o configuradores del mismo” debe llevarse a cabo mediante una ley» y que tal reserva es relativa; concluye aplicando al caso toda su construcción precedente.³⁸

Lo anotado baste para evidenciar que el Tribunal Constitucional español partió de una separación conceptual —diríamos «aparente»— en la medida en que, afirmada la distinción entre tributo y prestación patrimonial de carácter público, llegó en sus conclusiones a la indiferenciación en el tratamiento constitucional sobre el modo en que deben ser establecidas, al aplicar, casi de manera integral, el alcance de la reserva normativa que venía exponiendo para los tributos.³⁹

³⁵ Tal hecho lo resalta también C. Lozano Serrano. «Las prestaciones patrimoniales públicas en la financiación del gasto público», en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 97, 1998, p. 27.

³⁶ [España] Tribunal Constitucional. STC 185/1995, FJ 3.

³⁷ España] STC 19/1987, FJ 4. En el mismo sentido, STC 83/1984.

³⁸ [España] Tribunal Constitucional. STC 185/1995, FJ 5.

³⁹ La única diferencia de régimen que se puede desprender de la STC 182/1997 es la relacionada con los límites del Decreto-ley (art. 86 de la Constitución) en la afectación de derechos, deberes y libertades. Con ocasión de ello señala que. «[...] si bien puede afirmarse que todo tributo es una «prestación patrimonial de carácter público», no todas estas prestaciones patrimoniales, para cuyo establecimiento el art. 31.3 C.E. exige la intervención de una Ley, tienen naturaleza tributaria» (FJ. 15), en el caso la prestación patrimonial que se juzga, no se trata de una prestación de carácter tributario que pueda afectar el deber de contribuir y, así también, la exigencia del art. 31.3 no implica un derecho que pueda ser vulnerado (¿?) por lo que el establecimiento de aquella prestación no rebasa los límites establecidos en el art. 86.1 de la Constitución (FJ 16).

En la STC 182/1997 y las subsiguientes se ha ido precisando el concepto de prestación patrimonial de carácter público con su aplicación a diversos supuestos, y especificando la relación género-especie que tiene con la categoría del tributo y las distintas clases de prestaciones patrimoniales de carácter público.

Si bien es cierto que el Tribunal Constitucional español ha reconocido en múltiples ocasiones una cierta «polifuncionalidad»⁴⁰ de la ley —como categoría de norma jurídica— en la determinación de las relaciones patrimoniales entre el Estado y los individuos, el carácter de garantía política frente a las pretensiones de la autoridad, siempre ha sido usado como la *ratio* máxima: «En el Estado social y democrático de derecho —dice el Tribunal Constitucional— la reserva cumple sin duda otras funciones, pero la finalidad última, con todos los matices que hoy exige el origen democrático del poder ejecutivo, continúa siendo la de asegurar que cuando un ente público impone coactivamente una prestación patrimonial a los ciudadanos cuente para ello con la voluntaria aceptación de sus representantes».⁴¹

En síntesis, el Tribunal Constitucional español ha entendido que la ley, como categoría de norma en el sistema jurídico, tiene como función prevaleciente la de constituir un medio de garantía de los derechos de los individuos en sus relaciones patrimoniales con el Estado, según el esquema derivado del principio de «autoimposición».

Con el criterio funcional de la reserva de ley afirmado desde la interpretación constitucional, con cierta base histórica en el contexto europeo, es al menos controvertida una justificación enancada en la modalidad de gestión de la actividad pública para menoscabar las garantías ofrecidas a través del mecanismo formal de determinación de la prestación pecuniaria y el sentido tutelar que tiene la participación de los particulares a través de una categoría de norma jurídica, la ley, y el órgano al que se le ha atribuido la competencia para producirla. Los individuos deben pagar determinadas contraprestaciones para acceder a los bienes y servicios cuya provisión se ha encomendado a la Administración pública y, en la medida en que son impuestas, por razones jurídicas —coactividad formal— o de hecho —coactividad material—, se exige la intervención de los afectados, ordinariamente, a través de sus representantes.

La participación de los particulares en la determinación de las prestaciones que, en este sentido, se autoimponen, por circunstancias de orden pragmático se ha ido matizando a tal punto que la reserva de ley absoluta pregonada respecto del impuesto no es la misma que resulta aplicable a las otras clases de tributos y, menos aún, a un precio, cuando este constituye una prestación patrimonial de carácter público. Esta flexibilidad en el alcance de la reserva de ley se ha ido intensificando, al punto que la intervención de los individuos para producir la autoimposición en la prestación pecuniaria, podría quedar limitada a la autorización legalmente concedida, como cualquier otra competencia, para que la Administración pública las fije en el contexto de un concurso público y en condiciones de mercado, a través de un contrato, y ya no la asamblea de representantes de la comunidad.

Conviene aclarar que este comentario crítico no se refiere a la necesidad atendida por el legislador al establecer un marco normativo que, entre otros aspectos,

⁴⁰ Véase, entre otras, la mismas [España] Tribunal Constitucional. SSTC 19/1987, 185/1995, 182/1997.

⁴¹ [España] Tribunal Constitucional. STC 185/1995

otorga propiedad sobre los ingresos de un proyecto público destinado a la provisión de servicios públicos y seguridad al gestor privado que se hace cargo de la provisión de los servicios que el sistema jurídico ha encomendado a la Administración pública, cualquiera sea la razón extrajurídica.

Me parece que el problema tiene origen, por un lado, en una aproximación axiomática que ha tenido el ente de control constitucional en relación con la reserva de ley, de la que se ha derivado secuelas relevantes en los mecanismos de adaptación de la Administración pública para alcanzar los objetivos de una buena administración al servicio del interés general; y, por otro, en la incapacidad del legislador para superar hábitos y costumbres y ciertas posturas dogmáticas, cuando se trata de innovaciones legislativas. Esto plantea nuevos debates.

Está ahí, siempre presente el clásico programa de «limitación de la arbitrariedad» localizada en cabeza de la Administración pública,⁴² y postulado desde el Derecho administrativo tradicional, frente a la reorganización del sistema jurídico hacia la determinación y consecución de objetivos socialmente relevantes a los que se debe ajustar la actividad administrativa como una tarea técnica que vincula medios disponibles y fines jurídicamente impuestos. Algunos de tales objetivos están fundados en la eficacia y eficiencia administrativas promovidas desde el *management* público, que aparece como la justificación técnica de las decisiones adoptadas en el ámbito de la discrecionalidad técnica; otros objetivos están referidos a la equidad, como criterio de igualdad entre las personas con respecto al goce y ejercicio de los derechos fundamentales, y que los sistemas jurídicos colocan como un valor de salida (*output*).

Está también presente aquella disputa sobre el modo de fijar contraprestaciones que financien el gasto público, especialmente el que se concreta en prestaciones individualizadas y su monto, donde la cuestión está en el diseño, ya no solo de un sistema tributario fundado en el principio de capacidad económica, sino en un sistema financiero público que produzca equidad, entendida como goce y ejercicio de tales derechos fundamentales en condiciones de igualdad formal y material.

(c) La coactividad material: la voluntad y libertad del sujeto pasivo para constituir la relación de la que se desprende su obligación de pagar una prestación patrimonial conmutativa

La definición del tributo como obligación *ex lege* debe ser confrontada con las actuales elaboraciones sobre las prestaciones patrimoniales de carácter público, basadas en cierta coactividad material verificable en la relación subyacente o definida en el enunciado normativo, y no solamente en la coactividad de la fuente de la prestación pecuniaria a cargo de los individuos. Es precisamente esta circunstancia, *i. e.*, que en la relación subyacente se encuentre la coactividad que obliga al individuo al pago de la prestación pecuniaria, la que ha marcado la evolución del sistema jurídico español en esta materia y de algunos otros en Hispanoamérica.

⁴² Quien está desprevenido asume que el legislador o los jueces, especialmente los de máximo nivel, no incurrir en arbitrariedad al adoptar las decisiones que se encuentran en el ámbito de sus competencias. Siempre hay, en el corto plazo o el caso concreto, quien investido de autoridad debe remover la duda de modo definitivo.

Esta idea de la coactividad material, la podemos encontrar en el origen mismo del concepto jurídico de tasa. Revisemos, a este respecto, las ideas de Cammeo, expuestas en la segunda mitad del siglo XIX, respecto de los ingresos tributarios y, en particular, sobre la distinción entre tasas e ingresos no tributarios.⁴³ Esta concepción nos muestra un continuo retorno, el ir y venir, de los problemas y soluciones en torno a las finanzas públicas y las relaciones jurídico-patrimoniales entre la comunidad organizada y sus integrantes.

La diferenciación inicial entre las entradas tributarias y no tributarias del Estado se construyó según el criterio de la intervención pública en el mercado. Cammeo, en esta línea, sostuvo que la diferencia entre las tasas y las prestaciones no tributarias se encontraría en la alteración del régimen de concurrencia, a través de la intervención del Estado en la prestación del servicio público.⁴⁴ Este planteamiento debe ser observado considerándose que, para aquella época, el análisis de los hechos financieros públicos estaba condicionado por los conceptos prevalecientes de la economía que tenían mayor desarrollo cuando, desde el Derecho administrativo, emergía el tributario como disciplina autónoma.

La correspondencia de los conceptos económicos clásicos con las teorías jurídicas que explican un momento político donde el Estado liberal prevalecía y en el que las finanzas públicas se entendían desde una perspectiva de intercambio entre servicios públicos y los tributos.⁴⁵ Para esa época, en la segunda mitad del siglo XIX, la doctrina y la jurisprudencia, sobre la base de criterios económicos, distinguía las tasas de los impuestos con base en la divisibilidad del servicio público.

En un contexto así, en el que se entendía que el fundamento jurídico del tributo se encontraba en una específica concepción de la soberanía del Estado, la imposición material aparece como el criterio de distinción entre entradas tributarias y no tributarias, tomando como punto de referencia y pórtico hacia lo tributario, la figura de la tasa. Con tales premisas y asumiendo criterios extrajurídicos, se introdujo en el análisis de los criterios de diferenciación entre las diversas categorías de ingresos públicos, una noción amplia de coacción que permitiera identificar, no solo los ingresos tributarios con relación a los no tributarios, sino, además, las tasas respecto de los impuestos.

En ese ámbito de consideraciones, la potestad de imperio de la que es titular el Estado se expresa en su intervención en el mercado, en la esfera de lo que es privado. Tal proceder en sí mismo genera una modificación en el régimen de concurrencia en el mercado, que es calificable, a su vez, como una forma de coacción en la esfera privada de los agentes económicos que desenvuelven en tal ámbito sus relaciones.⁴⁶

⁴³ Cfr. F. Cammeo. «Le tasse e la loro costituzionalità», en *Giurisprudenza Italiana*, núm. IV, 1889, p. 202 y ss. En la solución del problema que motiva su construcción, Cammeo observó que la reserva de ley operaría solo en los casos en que la tasa resulte de una coacción positiva, esto es, del hecho de que el requerimiento o el goce del servicio sean obligatorios.

⁴⁴ Así, cuando el Estado presta un servicio en monopolio, o bien cuando el mercado no influye en la determinación del valor de la contraprestación pagada al Estado estaríamos frente a un ingreso tributario. Como se ve el aspecto fundamental de esta teoría está en la relación «coste del servicio-valor de la prestación debida»

⁴⁵ . A. Fedele. *La tassa*, ed. prov. Siena: Tipografia Senese, 1974, p. 324.

⁴⁶ Esta idea es importante también en relación con el concepto actual de prestaciones patrimoniales impuestas o coactivas, particularmente cuando se trata de explicar el caso en que el gestor privado provee

La incidencia económica de la intromisión pública en un espacio reservado a los individuos, o si se quiere, el nivel de coactividad de la intervención del Estado se encontraría determinada por la relación entre el servicio prestado y su valor de mercado. Así, cuando el Estado presta un servicio y el mercado no influye en la determinación del valor de la contraprestación debida, nos encontraríamos frente a un tributo, por el hecho mismo de la coacción. Se trataría de una tasa si la prestación ha sido fijada —unilateralmente— dentro del rango que hubiese sido desprendible de la aplicación de las reglas de la oferta y la demanda, y, por ello, es lícito poder calificar tal intervención, copulativamente, como *coactiva* y *aparente*. Si la prestación exigida por el Estado en contraprestación de su servicio, rebasa el valor que pudiese haber tenido en el mercado, tal prestación es un impuesto, y la intervención pública sería *coactiva* y *real*.

En síntesis, al asumir como premisa que toda intervención estatal en la esfera patrimonial de los individuos califica al ingreso público como tributo, la relación entre el *quantum* de la prestación exigida y el valor de mercado de la prestación percibida, le permitía a Cammeo, en el siglo XIX, hacer una distinción entre impuesto y tasa. Este mismo criterio, en mi opinión, subyace en el empleado ahora en el ámbito de la UE para distinguir la producción de mercado y la producción no de mercado que es actual y central en los sistemas jurídicos europeos.

Como lo conocemos, los efectos económicos que la exacción tiene en la situación de hecho del individuo dentro del mercado, que caracterizaron un tipo de coactividad material y en la que se basó la distinción de las prestaciones que pagaba el individuo, fueron reemplazados por la explicación de la naturaleza de la relación que, derivada de una ley tributaria que es manifestación de la soberanía del Estado, ligaba al contribuyente y a la Administración pública. A partir de ello, como se ha explicado, se origina la definición del tributo como una obligación *ex lege*.

En lo que nos interesa ahora, la idea de la coactividad material derivada del servicio o la actividad correlativa, como criterio de identificación de una prestación patrimonial de carácter público a ser satisfecha, ha sido recogida y actualizada en la jurisprudencia constitucional española, al cabo de casi un siglo.

En la STC 185/1995, el Tribunal Constitucional expresó la idea sustancial sobre la coactividad material que emplea para construir la definición de prestación patrimonial de carácter público, en los siguientes términos:

Estaremos en presencia de prestaciones coactivamente impuestas cuando la realización del supuesto de hecho resulta de una obligación impuesta al particular por el ente público —por ejemplo, cuando surge de la prestación de servicios o actividades de solicitud o recepción obligatoria— y también cuando, siendo libre la realización del supuesto de hecho, éste no consiste en la demanda de un bien, un servicio o una actuación de los entes públicos, sino que la obligación de pagar la prestación nace sin que exista actividad voluntaria del contribuyente dirigida al ente público, encaminada por ello mismo, siquiera sea mediatamente, a producir el nacimiento de la obligación.⁴⁷

un servicio en una situación de monopolio o bien la actividad delegada se haya sustraído del mercado por cualquier tipo de reserva.

⁴⁷ [España] Tribunal Constitucional. STC 185/1995, FJ. 3.

El concepto de prestación patrimonial de carácter público se construyó desde la situación en la que se encuentra el individuo respecto de la actividad a ser realizada o el servicio a ser suministrado por la Administración pública, y no ya respecto de las cualidades propias de la fuente formal con la que se impone la contraprestación pecuniaria y que asume la actividad o servicio como supuesto de hecho que origina la consecuencia de pagar.

Cuando la libertad o la espontaneidad del sujeto que demanda la actividad o servicio de la Administración no es «real y efectiva», la prestación pecuniaria que paga es siempre impuesta. Por ello, son coactivas las «prestaciones en las que la realización del supuesto de hecho o la constitución de la obligación es obligatoria» y «las que el bien, la actividad o el servicio requerido es objetivamente indispensable para poder satisfacer las necesidades básicas de la vida personal o social de los particulares de acuerdo con las circunstancias sociales de cada momento y lugar».⁴⁸ Este criterio nos es útil para definir como prestación patrimonial de carácter público a todas aquellas contraprestaciones que se pagan en relación con bienes y servicios vinculados a derechos fundamentales, por estar referidos —empleando las palabras del Tribunal Constitucional español— a la satisfacción de necesidades básicas de la vida personal o social de los individuos.⁴⁹ Pero no nos sirve para determinar si esta prestación coactiva se trata de un ingreso tributario o no.

En efecto, una definición del ingreso tributario que emplee la coactividad formal que se haya en la fuente de la prestación pecuniaria como criterio distintivo entre los ingresos públicos, se ha relegado a un segundo plano,⁵⁰ en el contexto de un ámbito más amplio donde prima nuevamente la coactividad material del supuesto de hecho que origina la prestación pecuniaria. Por eso se ha sostenido que un *concepto constitucional* de tasa, como especie de tributo paraconmutativo, «desborda el actual marco legal —origen *ex lege*, percepción por un Ente público— para centrarse en las notas de coactividad y provocación de costes públicos (o sociales)».⁵¹ Como una cuestión de método, lo que en realidad se requiere es un concepto de tasa (y de tributo) que suprima lo que corresponde a los criterios de evaluación de su legitimidad constitucional para poderla identificar y hacer posible, precisamente, ese control sobre la prestación introducida en el sistema infra constitucional.

Con la doctrina de la coactividad material referida a las prestaciones patrimoniales de carácter público no se ha superado o abandonado en la doctrina la tesis tradicional⁵² de la tasa como obligación *ex lege*.⁵³ La constatación de una

⁴⁸ [España] Tribunal Constitucional. STC 185/1995, FJ 3.

⁴⁹ Luego, Tribunal Constitucional dijo que su reflexión se hizo en el contexto del análisis exclusivamente de prestaciones patrimoniales de carácter público. [España] STC63/2019, de 9 de mayo, FJ «Esta noción de coactividad se limitaba, por tanto, a resolver una controversia referida a las prestaciones patrimoniales de carácter público cuya naturaleza era tributaria, que son aquellas que «se satisfacen, directa o indirectamente, a los entes públicos con la finalidad de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos».

⁵⁰ Cfr. A. Martín Jiménez. «Notas sobre el concepto constitucional de tributo en la jurisprudencia reciente del TC», en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 106, 2000, p. 185 y ss.

⁵¹ P. Herrera Molina. «Los tributos ecológicos como recurso financiero local», en J. Gomar Sánchez y J. Rodríguez Fernández (coord.). *Hacienda y finanzas municipales*, UCCI, 2001, p. 150 [137 – 162].

⁵² Se sostiene que la prestación administrativa derivada de la solicitud voluntaria del particular genera una prestación a cargo de este último que se incorpora dentro de la categoría de tasa, según la definición legal que trae la Ley 25/1998, de 13 de julio. De allí que las construcciones doctrinales que basaron su

coactividad material ha sido retomada por la jurisprudencia constitucional para identificar la *ratio* de la reserva de ley establecida en el art. 31.3 de la Constitución española y a partir de ello determinar el ámbito objetivo de la norma constitucional; por lo demás, nada ha cambiado en lo que respecta al régimen constitucional sobre los tributos.

Independientemente de las reflexiones críticas que suscita el enfoque de método empleado por el Tribunal Constitucional español para realizar su construcción, contemplando especialmente las consecuencias de su doctrina en al menos los últimos cinco lustros, baste por ahora dejar señalado que la explicación de la reserva de ley a partir de la categoría de las prestaciones patrimoniales de carácter público y, en específico, de la situación de sujeción del individuo respecto del servicio o actividad pública que las origina, si a ello se agrega la teoría tradicional del tributo como obligación *ex lege*, debía provocar una tendencial incorporación al ámbito tributario de todo tipo de prestación patrimonial de carácter público que se deba satisfacer al Estado y, puntualmente, en el conjunto formado por las tasas, cuando no fuese posible su calificación como impuesto.

(d) La regulación original de la figura de los precios públicos a nivel estatal y su efecto en el régimen tradicional aplicable a las tasas: sobre los límites cuantitativos y el modo de establecer la prestación como justificación de la innovación

El art. 26.1, a), de la Ley General Tributaria fue modificado por la disposición adicional primera de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos⁵⁴ para suprimir, como hecho generador de las tasas, la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público, y calificar las circunstancias en las cuales la provisión de un servicio o la realización de una actividad en régimen de Derecho público exigiría una tasa.

caracterización en la obligatoriedad, en el ejercicio de autoridad, reserva del servicio o de la actividad a favor del sector público —como todavía exigía la LGT, luego de las Ley de Tasas y Precios Públicos 8/1989, de 13 de abril—, se ha quedado corta. Cfr. C. Albiñana García-Quintana. «Tasas, precios públicos y prestaciones patrimoniales de carácter público», en *Tapia*, núm. 101, 1998, p. 7 – 10.

⁵³ El criterio de la provocación de costes públicos o sociales no ha sustituido la voluntad del individuo en la generación de la prestación y el beneficio que identifica el interés del sujeto pasivo en la utilización del dominio público o la prestación del servicio o realización de la actividad públicos. Todos aparecen, todavía, como referentes en la calificación de la tasa.

⁵⁴ Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, disposición adicional primera («A partir de la entrada en vigor de esta Ley el artículo 26.1, a), de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, quedará redactado en los siguientes términos: «26.1, a) Las tasas son tributos cuyo hecho imponible consiste en la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de Derecho público que se refieran, afecten o beneficien a los sujetos pasivos, cuando concurren las dos siguientes circunstancias: a) Que sean de solicitud o recepción obligatoria por los administrados. b) Que no puedan prestarse o realizarse por el sector privado por cuanto impliquen intervención en la actuación de los particulares o cualquier otra manifestación del ejercicio de autoridad o porque, en relación a dichos servicios, esté establecida su reserva a favor del sector público conforme a la normativa vigente».

La solución normativa buscó excluir del régimen jurídico de la tasa una serie de supuestos que pasaban a ser un precio público.⁵⁵ El sentido de esta reforma se explica, principalmente, por los cambios introducidos sobre el modo de establecimiento y los límites en la cuantía de la prestación. En lo que se refiere al modo de establecimiento, la tasa mantenía su condición de obligación *ex lege*, mientras que la nueva categoría del precio público podía ser regulada mediante un acto administrativo.⁵⁶ En relación con el *quantum* de la prestación, para la tasa, el coste de la realización de la actividad constituía, como siempre, su límite,⁵⁷ mientras que el precio público tendría como referente *mínimo* dicho coste, cuando se trataba de uno fijado por actividades realizadas por la Administración (directa o indirectamente) y, el valor de mercado o el de la utilidad derivada, cuando se trataba de la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público.⁵⁸

Con la Ley de Tasas y Precios Públicos de 1989, se armonizaron las definiciones de tasa contenidas en la Ley General Tributaria de 1963,⁵⁹ la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas⁶⁰ y la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.⁶¹ A diferencia de lo que acontecía en el pasado⁶², era posible afirmar que el concepto legal de tasa en España para entonces ya era unitario.

⁵⁵ La figura de los precios públicos ya había sido agregada al sistema jurídico español en el ámbito de las haciendas locales mediante [España] Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, arts. 41 y ss.

⁵⁶ [España] Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, art. 26. («1. La fijación o modificación de la cuantía de los precios públicos se realizará, salvo que una Ley especial disponga lo contrario: a) Por Orden del Departamento Ministerial del que dependa el Órgano o Ente que ha de percibirlos y a propuesta de éstos.- b) Directamente por los Organismos Autónomos de carácter comercial, industrial o financiero, previa autorización del Ministerio de que dependan, cuando se trate de precios correspondientes a la prestación de servicios o la venta de bienes que constituyan el objeto de su actividad»).

⁵⁷ [España] Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, art. 7.

⁵⁸ [España] Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, art. 25.1

⁵⁹ Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, disposición adicional primera.

⁶⁰ [España] Ley 1/1989, de 13 de abril, por la que se da nueva redacción a los artículos 4º.1 y 7º.1 y 2, de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas. El art. 2 dispuso: «El artículo 7º.1 y 2, de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 7º.

1. Las Comunidades Autónomas podrán establecer tasas por la prestación de servicios o la realización de actividades que se refieran, afecten o beneficien a los sujetos pasivos cuando concurren las dos siguientes circunstancias:

a) Que sean de solicitud o recepción obligatoria por los administrados.

b) Que no puedan prestarse o realizarse por el sector privado por cuanto impliquen intervención en la actuación de los particulares o cualquier otra manifestación del ejercicio de autoridad o porque, en relación a dichos servicios, esté establecida su reserva a favor del sector público conforme a la normativa vigente.

[...].».

⁶¹ [España] Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales. En el art. 20, se estableció: «1. Constituye el hecho imponible de las tasas la prestación de un servicio público o la realización de una actividad administrativa de competencia local que se refiera, afecte o beneficie de modo particular al sujeto pasivo, cuando, en todo caso, concurren las circunstancias siguientes:

a) Que sean de solicitud o recepción obligatoria.

b) Que no sean susceptibles de ser prestados o realizados por la iniciativa privada, por tratarse de servicios o actividades que impliquen manifestación de ejercicio de la autoridad, o bien se traten de servicios

El hecho imponible o generador de la tasa ahora exigía que la prestación del servicio o la actividad a cargo de la Administración pública se realice en régimen de Derecho público y que: (a) sea de solicitud o recepción obligatoria por el sujeto pasivo y (b) no pueda prestarse o realizarse por los particulares, ya porque suponga una intervención en la esfera de los individuos, ya porque constituya una manifestación del ejercicio de autoridad, ya porque el servicio o la actividad sea una reserva a favor del sector público.

En tales circunstancias, llegó, al cabo de aproximadamente seis años de aplicación, la STC 185/1995, de 14 de diciembre, para declarar la inconstitucionalidad de los párrafos a) y b) del artículo 24 de la Ley de Tasas y Precios Públicos española de 1989 y algunos enunciados contenidos en la letra c) *ibidem*.

La lectura del legislador de la referida sentencia fue que «los precios públicos debían cumplir simultáneamente dos requisitos: que el supuesto de hecho que les dé lugar se realice en forma libre y espontánea o, lo que es lo mismo, que la solicitud del servicio o actividad administrativa sea una manifestación real y efectiva de voluntad por parte del interesado y que dicho servicio o actividad no se preste por los entes de Derecho público en situación de monopolio de hecho o de derecho».⁶³ Debe notarse que en este punto, para el legislador, las variaciones que debía acometer, originadas en los criterios trazados por la actividad de control constitucional, consistirían en reconducir a la categoría de tasa toda contraprestación pecuniaria formalmente coactiva (la tradicional idea del tributo) o aquellas que se refieran a una actividad materialmente impuestas al usuario (el nuevo criterio constitucional sobre prestación patrimonial de carácter público). No fue tiempo todavía, para considerar diferencias originadas en la posibilidad de que una prestación materialmente coactiva pueda ser gestionada con la participación privada. En esencia, todo aquello que sea de solicitud libre del usuario podría ser pagado mediante un precio y, en todo aquello en que exista coacción material o formal el régimen aplicable a la contraprestación debía ser el tributario, en este caso, una tasa.

En realidad, los criterios usados por el Tribunal Constitucional permitían identificar lo que debía ser una prestación patrimonial de carácter público que, cualquiera sea su denominación, debía ser establecida mediante ley, por mandato constitucional. No se trataba, pues, de una resolución destinada a determinar los elementos característicos de la tasa o de los precios públicos, figura introducida por el legislador en ejercicio de su libertad de configuración jurídica con los propósitos explicitados a través del régimen introducido. En atención a sus consideraciones, el Tribunal Constitucional estimó que la utilización privativa o por el aprovechamiento especial del dominio público y las prestaciones de servicios y entregas de bienes accesorias a las mismas, efectuadas por los servicios públicos postales, estaban sujetos a la reserva de ley, y por ello, declaró su tratamiento legislativo como inconstitucional.

públicos en los que esté declarada la reserva en favor de las Entidades locales con arreglo a la normativa vigente».

⁶² Ver sobre el tema F. Martín Fernández. *Tasas y Precios Públicos en el Derecho Español*. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 40 y ss.

⁶³ [España] Ley 25/1998 de 13 de julio, de modificación del Régimen Legal de las Tasas Estatales y Locales y de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público, exposición de motivos.

(e) **Las consecuencias lógicas de la caracterización de las prestaciones patrimoniales de carácter público en relación con la teoría del tributo como obligación *ex lege***

Una vez afianzada la postura que identifica el tributo como una obligación *ex lege*, la explicación de la tasa como prestación tributaria fue conducida hacia el análisis del hecho imponible, o más bien, a la determinación de qué presupuestos debían ser considerados en el hecho generador de la tasa.

Desde esta perspectiva, no existió problema en reconocer la naturaleza tributaria de las mal llamadas «tasas obligatorias»: la necesidad de establecer una tasa en los casos en que el sujeto pasivo estaba en la obligación de requerir o recibir el servicio público que se presenta como supuesto del nacimiento de la obligación tributaria.⁶⁴ El régimen jurídico de la tasa, que restringía su forma de establecerla y su cuantía, tenía sentido como garantía para el contribuyente y medio de financiación de un gasto público individualizado. El gasto público, además, resultaba de la necesidad de satisfacer requerimientos materiales de la organización misma de la comunidad, incorporados en el sistema jurídico, *v. gr.*, la recolección de los desechos sólidos no puede ser una opción para quien los produce, en consideración a las condiciones de salubridad en las que se debe desarrollar la vida colectiva. La relación del individuo y la Administración con respecto al servicio que puede ser caracterizada como una relación materialmente coactiva permite mantener la armonía con la relación del individuo y la Administración respecto de la contraprestación fijada para sufragar el gasto público individualizado, estableciendo límites en su *quantum*. De este modo, se respeta un criterio de distribución del gasto público basado en la igualdad, donde el criterio de comparación es cualquiera de los que marcan equivalencia entre la prestación y la contraprestación: provocación de costes, beneficio, etc.

Por otra parte, antes de que la posición doctrinaria prevaleciente llegara a su completa formulación y consolidación, se advirtió que la tesis de la obligación *ex lege* no se ajustaba adecuadamente al régimen previsto para otros muchos ingresos públicos tradicionalmente catalogados entre las tasas. Hay casos, por ejemplo, en que el interés del contribuyente en la prestación del servicio constituye en sí mismo estímulo suficiente para el pago de la prestación pecuniaria, por lo que en estos supuestos el pago de la tasa se efectúa generalmente de manera previa, o como condición precedente, a la prestación del servicio público y, además, se realizaba de manera espontánea.⁶⁵ En tales casos, la Administración no está en posición de constreñir al contribuyente a requerir la actuación pública, sino, al contrario, puede rechazar la prestación del servicio requerido o la ejecución de la actividad a la que se refiera la prestación patrimonial.⁶⁶ Esta

⁶⁴ Cfr. A. Fedele. *La tassa*, ed. prov. Siena: Tipografia Senese, 1974, p. 27.

⁶⁵ Cfr. A. Berliri. *Corso istituzionale di diritto tributario*. Milán: Giuffrè, 1965, p. 61; A. Berliri. «Per una precisazione del concetto giuridico di tassa: rapporto di tassa e rapporto contrattuale», en *RDTSF*, núm. IV, 1951, p. 447 y ss.; R. Alessi. *Istituzioni di diritto tributario. Parte generale*. Turín: UTET, 1966, p. 39 y ss.

⁶⁶ Los arts. 26.1.b de la LHL y 15.1.b de la Ley de Tasas y Precios Públicos española prescribían que la tasa podría devengarse cuando se presente la solicitud que inicie la actuación o el expediente. «que no se realizará o tramitará sin que se haya efectuado el pago correspondiente». Nótese que en este evento el hecho imponible de la tasa no podría consistir en la actividad misma de la Administración pública, puesto que de lo contrario existiría una obligación tributaria que se hace exigible antes de que se produzca el

particular característica de estas prestaciones indujo a explicarlas como un pago destinado a hacer efectiva una condición necesaria para alcanzar cierta ventaja, en donde, la determinación del beneficio futuro que obtiene el sujeto se concibió como el interés prevaleciente y suficientemente justificado para la satisfacción de la prestación pecuniaria. Así, un sector de la doctrina llegó a considerar la tasa como una «carga».⁶⁷ Este planteamiento tuvo el mérito de subrayar la falta de uniformidad en los datos normativos de los que se pueda desprender la validez absoluta de la tesis de la tasa como obligación *ex lege* y de la existencia de prestaciones que, ligadas a una actividad pública, no resultan obligatorias⁶⁸ aunque sean reguladas mediante ley.

Como reacción, la doctrina se ocupó, más que en la definición misma de la carga en el ámbito tributario, en demostrar que la situación subjetiva del contribuyente no es reconducible a esta categoría según un esquema privado similar al del contrato con obligaciones condicionales. El requerimiento del obligado, se señaló en respuesta a este planteamiento, no constituye un elemento del que se pueda inferir la manifestación de la voluntad del individuo en la conformación de la obligación del pago de la tasa; en su lugar, el requerimiento mismo puede constituir el hecho imponible de la obligación tributaria previsto en la ley y, en tal caso, la actividad pública individualizada vinculada con la prestación pecuniaria sirve únicamente como criterio para, por ejemplo, determinar la cuantía o la distribución de la tasa.

Al excluirse de la definición de la tasa la voluntad del obligado y el hecho de que la actividad pública genere o no una ventaja al obligado, se hizo inevitable la tendencial integración de la tasa, dentro del modelo conceptual en el que se privilegia la explicación del tributo, cualquiera sea su especie, como una obligación *ex lege*.⁶⁹ Asimismo, en el planteamiento así consolidado, la voluntad del contribuyente en la originación de la obligación de pagar una tasa operaría únicamente como mero hecho jurídico considerado en el enunciado normativo.⁷⁰

Estas líneas, en extrema síntesis, reflejan el debate de los autores clásicos, al formularse una teoría del tributo que incluyera los impuestos, tasas y las contribuciones especiales como clases de ingresos públicos fijadas por acto normativo de autoridad competente, *i. e.*, en ejercicio de la potestad tributaria. Es, pues, la decisión normativa del legislador la que coloca en el enunciado normativo hechos, cuya realización, origina

hecho que da origen a su nacimiento. No está de más aclarar que este caso no corresponde al del anticipo del tributo.

⁶⁷ Cfr. A. Berliri. *Corso istituzionale di diritto tributario*. Milán: Giuffrè, 1965, p. 61; R. Alessi. *Istituzioni di diritto tributario. Parte generale*. Turín: UTET, 1966, p. 39 y ss.

⁶⁸ «Aparece entonces —señala Fedele— del todo consecuente con las premisas desde las que se mueve este direccionamiento doctrinal la conclusión de que, si la tasa es esencialmente no coactiva, esta debe ser excluida del catálogo de los tributos». A. Fedele. *La tassa*, ed. prov. Siena: Tipografia Senese, 1974, p. 49.

⁶⁹ En la posibilidad, admitida en la tesis de Giannini, de que en un mismo tributo concurren las características distintivas de la tasa y el impuesto, en el contexto de una posición teórica fundada en el principio de que toda distinción jurídicamente relevante ha de basarse en la disciplina diversa que sería aplicable a la relación, la distinción de tasa e impuesto resultaría irrelevante, así como la solución basada en un criterio cuantitativo prevaleciente en uno u otro presupuesto. Cfr. A. Fedele. *La tassa*, ed. prov. Siena: Tipografia Senese, 1974, p. 41.

⁷⁰ El elemento material del hecho imponible en la tasa ha de considerar solamente la relación entre la actividad del ente público y el obligado, donde es irrelevante la intervención de la voluntad del sujeto pasivo de la prestación o el beneficio que la actividad pública le reporte. Cfr. A.D. Giannini. *I concetti fondamentali del diritto tributario*. Turín: UTET, 1956, pp. 96 y ss.

la consecuencia, en este caso el pago de una prestación pecuniaria. Y es también una decisión normativa la que define la disciplina de la contraprestación, por lo que los puntos de conexión de la figura con los criterios de corrección previstos en las normas constitucionales quedan determinados por la configuración efectuada por mismo legislador.

Si, siguiendo la doctrina dominante, entendemos que la naturaleza tributaria de la prestación pecuniaria se desprende de la coactividad propia de la fuente de la obligación (la ley), debe admitirse también que todo ingreso público establecido para allegar recursos para la financiación del gasto público que se origine en una norma jurídica constituiría un tributo (impuesto, tasa o contribución). La distinción entre las obligaciones *ex lege* con efectos patrimoniales en el individuo está únicamente en la función que cumplen en el sistema jurídico positivo, en este caso, concretar el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos.

En esta línea de razonamiento sería posible, entonces, obligaciones *ex lege* que no tengan como función intrasistémica la realización de tal deber; en tal caso, no existiría razón para incluirlas en el mundo tributario.

Por otra parte, y, al contrario, si la fuente del ingreso público no es una norma jurídica, tal prestación pecuniaria establecida para financiar el gasto público no podría ser de carácter tributario, lo que excluiría por definición a la tasa.

Una tesis en este sentido, que es la que se ajusta a la tradición que originó un concepto unitario de tributo, ofrece problemas al relacionarla con la doctrina constitucional sobre las prestaciones patrimoniales de carácter público.

En efecto, si toda prestación patrimonial de carácter público debe ser establecida con la intervención del legislador —por mandato constitucional—, cuando tal prestación cumple la función en el sistema jurídico de allegar recursos financieros para el sostenimiento del gasto público,⁷¹ esta prestación patrimonial ajustada a la reserva de ley tendría siempre naturaleza tributaria, pues lo que se paga, si se respeta el mandato constitucional, siempre sería una obligación *ex lege*. Un aspecto absolutamente distinto es que el legislador configure el tributo de modo distinto al que históricamente venía manteniendo en el sistema jurídico, por ejemplo, en lo que respecta al *quantum* o las autorizaciones otorgadas a la Administración para intervenir en su regulación dentro de los límites señalados por la misma ley.

Así, el criterio de corrección sobre el modo de establecer una prestación patrimonial de carácter público previsto en la Constitución española, trae como consecuencia que, cualquiera sea el *nomen iuris* del ingreso público, este deba ser considerado tributario si en su determinación se ha cumplido o se debe cumplir con la norma sobre la forma de su inclusión en el sistema. La definición del tributo como obligación de origen legal —y no convencional— excluye, pues, ingresos públicos distintos a los tributarios que sean al mismo tiempo prestaciones patrimoniales de carácter público.

A esta concepción, en mi concepto, responden las adaptaciones que inmediatamente luego de la elaboración constitucional del concepto de prestación patrimonial de carácter público se produjo en la legislación española para atraer al concepto de tasa y a su régimen, todos los ingresos públicos que, en referencia a una

⁷¹ [España] SSTC182/1997, de 28 de octubre, FJ 15; y, 102/2005, de 20 de abril, FJ 6.

actividad pública, no se produzcan en el contexto de una relación estrictamente contractual.

(f) Las adaptaciones legislativas operadas luego de la STC 185/1995 y la configuración de la tasa como prestación paraconmutativa imputada formal y materialmente

Como efecto de la STC 185/1995, con la Ley Orgánica 3/1996, de 27 de diciembre, de modificación parcial de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas, se introdujo un nuevo concepto de tasa, restableciendo dentro de su ámbito supuestos que habían sido trasladados a la categoría de los precios públicos a través de la Ley de Tasas y Precios Públicos.⁷²

El numeral 3 del art. 1 de la Ley Orgánica 3/1996, de 27 de diciembre, ahora determinaba:

Tres. Se modifican los apartados 1 y 2 del artículo 7 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, que quedan redactados en los términos siguientes:

«1. Las Comunidades Autónomas podrán establecer tasas por la utilización de su dominio público, así como por la prestación de servicios públicos o la realización de actividades en régimen de Derecho público de su competencia, que se refieran, afecten o beneficien de modo particular a los sujetos pasivos cuando concurra cualquiera de las circunstancias siguientes:

a) Que no sean de solicitud voluntaria para los administrados. A estos efectos no se considerará voluntaria la solicitud por parte de los administrados:

- Cuando venga imputada por disposiciones legales o reglamentarias.

- Cuando los bienes, servicios o actividades requeridos sean imprescindibles para la vida privada o social del solicitante.

b) Que no se presten o realicen por el sector privado, esté o no establecida su reserva a favor del sector público conforme a la normativa vigente.

Luego, con la Ley 25/1998 de 13 de julio, de modificación del Régimen Legal de las Tasas Estatales y Locales y de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el régimen aplicable a las prestaciones patrimoniales de carácter público, se volvió a ajustar y armonizar el concepto legal de tasa y de precio público en la Ley General Tributaria de 1963 y en la Ley de Tasas y Precios Públicos.⁷³

⁷² [España] Ley Orgánica 3/1996, de 27 de diciembre, de modificación parcial de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas, publicada en el BOE núm. 313, de 28 de diciembre de 1996, exposición de motivos, IV («Teniendo en cuenta que en su mayor parte tales supuestos de hecho son los que en su día se tomaron del antiguo concepto de tasa a fin de integrar el ámbito de los precios públicos, parece oportuno que, en orden a la recepción por el ordenamiento jurídico-positivo de la doctrina del Tribunal Constitucional, los mencionados supuestos de hecho retornen al ámbito de la tasa»).

⁷³ [España] Ley 25/1998 de 13 de julio, de modificación del Régimen Legal de las Tasas Estatales y Locales y de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público, arts. 1 y 2, respectivamente.

En esta nueva definición, resaltan los siguientes aspectos del hecho imponible de la tasa y su caracterización:

La utilización del dominio público se restituyó a su ámbito de regulación tradicional en España, en el ámbito de la tasa. Conviene señalar que este supuesto, aunque consta previsto en los códigos modelos para América Latina, tiene un tratamiento heterogéneo en los países hispanoamericanos.⁷⁴

Las actividades a cargo de la Administración pública respecto de las que era posible establecer una tasa serían, o bien servicios públicos, o bien actividades desarrolladas en régimen de Derecho público. La determinación del alcance del sintagma «actividades en régimen de Derecho público», en lo posterior, es el objeto de la consideración de la doctrina, la jurisprudencia y, finalmente, del legislador, cuando se trata de actividades que, sometidas a un marco normativo ajustado al principio de legalidad administrativa, son gestionadas a través de mecanismos de Derecho privado o directamente con la participación de un gestor privado.

Como especificación de los servicios o actividades desarrolladas en régimen de Derecho público, con la reforma, la definición de la tasa alcanzó los casos en que el supuesto de hecho suponía lo siguiente:

Primero, la prestación por la que se paga no sea de solicitud o recepción voluntaria, *i. e.*, el caso de lo que se había denominado desde antiguo las «tasas obligatorias» (el «primer supuesto»). El supuesto ya estuvo señalado en la Ley de Tasas y Precios Públicos y se mantuvo en la reforma, con la precisión acerca de qué se debía entender con este enunciado: no se considera voluntaria la solicitud de una prestación que ha sido jurídicamente impuesta o aquella que sea «imprescindible para la vida privada o social del solicitante».⁷⁵

El indeterminado enunciado que implica la idea de «esencial» o «básico» en la vida de las personas parecía haber estado cubierto en el art. 5 de la Ley de Tasas y Precios Públicos española —derogado con la reforma— que hacía referencia, en efecto, a la necesidad de que sea la ley la que regule los ingresos públicos (las tasas y los precios públicos) cuando se trataba de los llamados «servicios públicos esenciales» en el ámbito español,⁷⁶ especificando como tales los de justicia, educación, sanidad, protección civil o asistencia social.⁷⁷

Por definición constitucional, un servicio esencial, constituye una reserva pública de la actividad, aspecto este que, pese a la identificación como un caso en que el

⁷⁴ Por ejemplo, en Ecuador, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización («COOTAD»), en su art. 417, determina que: «Son bienes de uso público aquellos cuyo uso por los particulares es directo y general, en forma gratuita. Sin embargo, podrán también ser materia de utilización exclusiva y temporal, mediante el pago de una regalía».

⁷⁵ He aquí otro supuesto cuyo contenido es definido por quien impone la prestación y también para quien juzga la corrección de la imposición.

⁷⁶ [España] Constitución Española, art. 128.2 («Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general»).

⁷⁷ Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, art. 5 («Servicios públicos esenciales.- El establecimiento de tasas o precios públicos por la prestación de los servicios públicos de justicia, educación, sanidad, protección civil o asistencia social, sólo podrá efectuarse en los términos previstos en la ley o leyes reguladoras de los servicios de que se trate, sin perjuicio de su regulación y aplicación, cuando aquéllas lo autoricen, de conformidad con la presente Ley»).

individuo está sujeto a coacción material, no excluye la posibilidad de que el sector privado participe en su gestión, pero en ningún caso en régimen de concurrencia.

En línea de principio, la coactividad material que se refleja en los casos de los servicios esenciales previstos en España, puede ser reconstruida en enunciado más general que vincule la situación de coactividad en la que se encuentra la persona respecto de los medios de satisfacción de necesidades que subyace en el reconocimiento de derechos fundamentales. Esta proposición permite conectar la exigencia de una ley tomando como fundamento enunciados jurídicos del mismo sistema positivo: la necesidad de regular el ejercicio y el desarrollo de los derechos fundamentales mediante ley, del mismo modo que, para el caso español, la concreción de los principios rectores de la política económica y social.⁷⁸

Segundo, la prestación no sea realizada por ser sector privado (el «segundo supuesto»). Este segundo supuesto excluye, por tanto, los servicios que son provistos en concurrencia con el sector privado; es decir, aquellos que no se han reservado a favor del Estado que, en España, están limitados a los esenciales. Todas las demás intervenciones del Estado en actividades económicas se realizarían, en principio, en régimen de competencia.

El mismo criterio se emplea en el ámbito hispanoamericano, con las especificidades propias de cada sistema jurídico positivo.⁷⁹

A diferencia de los enunciados normativos reformados, la Ley Orgánica 3/1996 y la Ley 25/1998 de 13 de julio determinaron que corresponde a la figura de la tasa los supuestos de servicios y actividades de las que se pudiera afirmar la producción de circunstancias en «cualquiera» de los dos supuestos considerados; ya no se trataba de la concurrencia de todos los criterios originalmente señalados, lo que implicaría que aunque la intervención del sector privado en el suministro del servicio o actividad excluía la configuración del pago como una tasa. En otras palabras, es posible, entonces, que el individuo respecto de la prestación a ser provista por la Administración no se encuentre objetivamente en situación de necesidad, pero que no intervenga en el mercado el sector privado (por ejemplo, porque la actividad no es rentable); en tal caso, se podía fijar como contraprestación por el servicio o la ejecución de actividad una tasa. Además, sería posible que se fije una tasa por una prestación coactiva materialmente, aunque esta prestación sea satisfecha mediante gestión indirecta, esto es, con la participación del sector privado.

De modo que, con la reforma, ya no resultaba relevante para determinar si se trataba de una tasa o una prestación no tributaria si el suministrador era la Administración pública o un gestor privado cuando se tratara de actividades o servicios de demanda o recepción obligatoria o sujetos a monopolio de derecho. Con estos dos casos, el monopolio de hecho a cargo de la Administración pública, completaba el panorama de los casos en que el pago de los individuos debía ser configurado como una tasa. El único caso en que la prestación pecuniaria debía ser considerada fuera del ámbito tributario era el de la provisión de servicios en régimen de concurrencia. En efecto, desde la perspectiva de las reservas públicas (monopolios de derecho),

⁷⁸ [España] Constitución Española, arts. 9.2, 51.1 y 81.1.

⁷⁹ Por ejemplo, en Ecuador es posible proceder con la reserva de actividades en sectores estratégicos y respecto de servicios públicos a través de la ley, sin perjuicio de aquellas ya previstas a nivel constitucional. [Ecuador] Constitución de la República del Ecuador, arts. 313, 315 y 316.

especialmente propias de los servicios esenciales en España, todos los supuestos estarían incluidos en el primer supuesto: el pagador de la prestación no demanda o recibe el servicio de manera voluntaria porque se trata de servicios «imprescindible para la vida privada o social del solicitante» y por ello sujetos a reserva a favor del Estado. En las actividades y servicios no reservados, en los que la Administración pública, con una competencia atribuida, participa en concurrencia con el sector privado, la actividad o servicio provisto exigiría una tasa, únicamente si la Administración está en situación de monopolio de hecho o si la actividad o servicio son de aquellos de recepción o demanda obligatorios. Así mismo, el enunciado normativo abarcaba también los casos de gestión indirecta, esto es, cuando el sector privado participa de la gestión de los proyectos en los supuestos de servicios de titularidad pública (monopolio de derecho) o que, por vía contractual, se encarga de actividades o servicios de recepción o demanda obligatorias, porque son casos contemplados en el primer supuesto. Como más adelante señalo, este es el criterio empleado en algún pronunciamiento de la Administración tributaria en Colombia, cuando definió la inaplicabilidad del IVA en la contraprestación pagada por un servicio público, incluso cuando es gestionado por un gestor privado.

Conviene enfatizar que el supuesto empleado por el Tribunal Constitucional, en la STC 185/1995, para la calificación de una prestación patrimonial de carácter público fue la existencia de un monopolio de hecho o de derecho en cabeza de la Administración pública, asunto que no es equivalente al hecho de que el sector privado sea un participante en la prestación del servicio o en la realización de la actividad a cargo de la Administración pública: en efecto, el servicio puede ser un monopolio público, por mandato legal y, además, bien podría ser gestionado por el sector privado, en el marco de un contrato de concesión de obra o de servicio. Desde la perspectiva de las conclusiones del Tribunal Constitucional, en este ejemplo, la prestación pecuniaria que el usuario pagaría por un servicio público reservado a la Administración, aunque esté gestionado por un concesionario, sería el de una prestación cuya determinación requiere de una ley y encajaría en la definición de tasa, con la diferencia fundamental que la contraprestación pierde su función de concretar el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, si tal deber se restringe a la idea de que tal deber únicamente implica allegar recursos a la caja fiscal.

Con la nueva Ley 58/2003 de 17 de diciembre, General Tributaria,⁸⁰ el concepto de tasa (art. 2.2, a) fue simplificado, de modo que el hecho imponible de esta clase de tributo queda definido como la «utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de Derecho público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario, cuando los servicios o actividades no sean de solicitud o recepción voluntaria para los obligados tributarios o no se presten o realicen por el sector privado». El inciso segundo de esta disposición especificó que «[s]e entenderá que los servicios se prestan o las actividades se realizan en régimen de Derecho público cuando se lleven a cabo mediante cualquiera de las formas previstas en la legislación administrativa para la gestión del servicio público y su titularidad corresponda a un ente público». Aunque simplificada la definición, las consecuencias eran idénticas: en el

⁸⁰ [España] Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, publicada en el BOE núm. 302, de 18 de diciembre de 2003.

mundo de lo tributario estaba toda prestación pecuniaria que debiera ser pagada por una actividad o servicio cuyo suministrador (público o privado) no sea de aquellas que se prestan en régimen de libre concurrencia, siempre que el ingreso sea público.

Con mayor precisión, de acuerdo con la Ley General Tributaria (2003), para determinar si la prestación pecuniaria era una tasa no era relevante la modalidad de gestión de la actividad o el suministro del servicio; bastaba que la actividad o el servicio sea prestada en régimen de Derecho público y que la libertad del individuo para elegir demandar o recibir la actividad o el servicio a ser suministrados esté limitada bajo el estándar de la coactividad material, es decir, se trate de una prestación patrimonial de carácter público. Conviene reiterar que la aclaración sobre lo que significa la libertad del individuo en relación con la actividad o servicio a ser suministrado viene desde la doctrina contenida en la STC 185/1995, por lo que su eliminación en la definición de tasa de la Ley General Tributaria (2003) no significó un cambio en la forma en que se debe aproximar el interprete a estos conceptos.

En mi opinión, el cambio de mayor trascendencia en la evolución legislativa alineada con la doctrina original del Tribunal Constitucional español se produjo en el primer trimestre del año 2011. Su trascendencia está dada por su implicación en el debate de si la modalidad de gestión del servicio público generaba una mutación en las prestación a ser pagada por el usuario y, con ella, el cambio integral del régimen aplicable. El segundo inciso de la letra a) del apartado 2, con el que se especificó el alcance del sintagma «prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de Derecho público», fue derogado por la disposición final 58 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible,⁸¹ sin que conste en la exposición de motivos la justificación de esta reforma.

Esta derogatoria restó claridad en la interpretación de lo que debía considerarse como actividad o servicio prestado bajo régimen de Derecho público, de modo tal que, en la práctica se mantuvo el criterio de que la modalidad de gestión del servicio público del que se trate no modificaba la regla conforme a la cual la prestación pecuniaria que paga el usuario debía ser una tasa.⁸²

Por ejemplo, el Tribunal Supremo español en el año 2015,⁸³ una vez que expuso la evolución del sistema jurídico, sostuvo su doctrina conforme a la cual la contraprestación pagada por un servicio público siempre debe ser considerada una tasa, cualquiera fuese su modelo de gestión.

El debate que se generó alrededor de este planteamiento⁸⁴ ha desembocado en una calificación legislativa sobre la naturaleza jurídica de las contraprestaciones que

⁸¹ Ley 2/2011, de 4 de marzo, publicada en el BOE núm. 55, de 5 de marzo de 2011.

⁸² Cfr. J. Tornos Mas. «La tarifa como contraprestación que pagan los usuarios en el contrato de concesión de servicios de la Ley 9/2017 de contratos del Sector Público», en *La Administración al Día* [en línea], INIAP, 21 de diciembre de 2017, [consulta: 20/12/2018]. Disponible: <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1508103>; «Informe sobre la contraprestación del servicio de abastecimiento domiciliario de agua: la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2015», en *La Administración al Día* [en línea], INAP, 17 de marzo de 2016, [consulta: 20/12/2018]. Disponible: <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1505906>.

⁸³ [España] Tribunal Supremo. Sentencia de 23 noviembre 2015 [recurso de casación 4091/2013].

⁸⁴ Entre otros, I. Jiménez Compaired. «¿Ha fijado el Tribunal Supremo una doctrina definitiva sobre la naturaleza jurídica de la exacción por servicios públicos obligatorios o monopolizados prestados mediante empresa pública o privada?», en *Tributos Locales*, núm. 124, 2016, pp. 15 - 20; A. García Moreno. «La

pagan los usuarios al concesionario y su posterior respaldo en el análisis de constitucionalidad.

(g) Las tarifas pagadas a los concesionarios como prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias y la STC 63/2019

La redacción de la Ley General Tributaria de 1963, anterior a la introducida por la Ley de Tasas y Precios Públicos, establecía pura y simplemente que «[t]asas son aquellos tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización del dominio público, la prestación de un servicio público o la realización por la Administración de una actividad que se refiera, afecte o beneficie de modo particular al sujeto pasivo». Si el debate cabía en la determinación del significado de «servicio público» no existía razón alguna para controvertir el hecho de que la tasa, como figura tributaria, correspondía a los pagos que se realizaban por servicios y actividades en las que suministrador era la Administración pública.

La introducción de la doctrina constitucional de un criterio como el de la coactividad material para identificar las prestaciones patrimoniales de carácter público y el ámbito de la reserva de ley, provocó una clara evolución del sistema jurídico español y la necesidad de aclarar situaciones en las que el modelo de gestión de servicios y actividades de titularidad pública con la intervención del sector privado, se hacía muy relevante.⁸⁵

Las últimas reformas operadas en el sistema jurídico español, muestran la evolución también sobre las preocupaciones que las alientan: de la incertidumbre sobre el tratamiento que se debe dispensar al usuario para proteger sus derechos en relación con el acceso a servicios públicos cuya provisión ha sido atribuida a la Administración pública en su rol de gestor del interés general de la comunidad organizada, se transita hacia la necesidad de asegurar un marco normativo que haga posible la participación privada en la gestión de servicios y actividades públicas, e incrementar las fuentes y el monto de los ingresos públicos, para atender la demanda de más y mejores de aquellos servicios.

En cada paso evolutivo, la diferenciación de tasas y precios ha exigido un cambio de perspectiva para enfrentar asuntos del sistema sobre los que la doctrina constitucional no puso especial atención al momento de acometer sus tareas. Si para el Tribunal Constitucional, en su inicial doctrina de las prestaciones patrimoniales de carácter público, lo relevante era llegar a determinar el alcance de la reserva de ley

contraprestación satisfecha por el usuario del servicio de abastecimiento de agua es una tasa, no una tarifa o un precio, aunque se haya prestado mediante el régimen de concesión», en *Carta Tributaria*, núm. 12, 2016, pp. 87 - 90. Críticamente se manifiestan: R. Falcón y Tella. «La contraprestación del servicio público de abastecimiento domiciliario del agua Sentencia del Tribunal Supremo 23 y 24 de noviembre de 2015, en *Quincena Fiscal*, núm. 7, 2016, pp. 13 - 20; O. Olmo Galán. «Tasas por los servicios de abastecimiento de agua y alcantarillado», en *Carta Tributaria*, núm.16, 2016, pp. 35 - 38; F. Villar Rojas. «Las tarifas por la prestación de servicios públicos ¿una categoría inconstitucional?, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2017, pp. 12 - 21.

⁸⁵ Ver D. Ortiz Espejo. «Algunas reflexiones sobre la nueva categoría “prestaciones patrimoniales públicas no tributarias” introducida por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público», en *Tributos locales*, núm. 146, 2020, pp. 103-121.

respecto de un espacio más amplio que el de los tributos, para el legislador de la Ley de Tasas y Precios Públicos lo fundamental era extraer del ámbito tributario ciertas prestaciones que, a su juicio, debían provocar excedentes y ser fijadas en acto administrativo. En ese espacio de discusión jurídica, el modelo de gestión de la actividad pública no tenía mayor relevancia.

Solo cuando se perciben los efectos y la distorsión que la aplicación del régimen tributario tenía en relación con las condiciones contractuales que hacían posible la intervención de un gestor privado en la financiación y, en general, en el desarrollo de un proyecto público, las reformas incorporadas en el sistema han ido atenuando el rigor de las doctrinas constitucionales, de modo que, por ejemplo, una reserva de ley, basada en la tutela de los derechos individuales y la autoimposición (en los términos de la doctrina del Tribunal Constitucional español), se pregona en su máximo grado respecto de los impuestos y, una muy tenue, casi desprovista de su fundamento inicial, respecto de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario.⁸⁶

La STC 63/2019, de 9 de mayo,⁸⁷ es la muestra clara del modo en que se han ido adaptando las doctrinas que han marcado las reformas legislativas operadas en España sobre tasas y precios, en este caso, para atender la importancia del modelo de gestión en el modelo de gestión de la actividad pública.

Por ahora, la doctrina local mira en ella la confirmación y aclaración de conceptos viejos⁸⁸ y, en otros casos, la confirmación de la constitucionalidad de una innovación legislativa⁸⁹ sobre el tratamiento de las denominadas «prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias» operada a través de la LCSP, de 8 de noviembre.⁹⁰ Veámoslo.

Hasta la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, en lo que corresponde a los servicios públicos, el tratamiento teórico y práctico de las tasas y precios, a la luz de la categoría de las prestaciones patrimoniales de carácter público, cuya noción fue construida por el Tribunal Constitucional a partir de la STC 185/1995, podría sintetizarse del siguiente modo:

Primero, la identificación de la tasa y de las figuras adyacentes, especialmente, los precios (públicos o privados) sobrepasa la simple descripción de su causa técnica: la ley. El análisis del hecho imponible en el enunciado normativo se hace relevante para su identificación. Ya no solo es relevante la obligatoriedad de la prestación pecuniaria en sí misma (como obligación *ex lege*), sino la calificación de la situación en la que se encuentra el sujeto pasivo con relación al servicio o actividad públicos a los que se

⁸⁶ [España] LCSP, art. 267.2 («Las tarifas que abonen los usuarios por la utilización de las obras serán fijadas por el órgano de contratación en el acuerdo de adjudicación. [...]»).

⁸⁷ [España] STC63/2019, de 9 de mayo, publicada en BOE núm. 138, de 10 de junio de 2019.

⁸⁸ R. Falcón y Tella. «Las tarifas del agua, en caso de concesión, son precios privados: STC 63/2019, de 9 de mayo», en *Quincena Fiscal*, 13, 2019, pp. 9-14

⁸⁹ M. Jiménez Navas. «Algunas notas definitorias de las prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario introducidas por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público», en *Quincena Fiscal*, núm. 13, 2019, pp. 15-32; M. Sánchez López. «El concepto de prestación patrimonial de carácter público, a raíz de su introducción por la Ley de Contratos del Sector Público», en *Quincena Fiscal*, núm. 6, 2019, pp. 57 - 88.

⁹⁰ Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, publicada en BOE núm. 272, de 9 de noviembre de 2017.

vincula la generación de la prestación pecuniaria y el régimen en el que tal actividad o servicio han de ser desarrollados.

Segundo, precio es la contraprestación pecuniaria pagada por servicios o la realización de actividades que se desarrollan en régimen de concurrencia con el sector privado. Son públicos cuando el suministrador es la Administración pública y privados aquellos percibidos por una entidad del sector privado. La nota característica de los precios es que el pagador se encuentra en situación de plena libertad para demandar y recibir el servicio cuya provisión fundamenta la prestación pecuniaria. El ámbito de desarrollo de las relaciones entre el acreedor y el deudor de la prestación pecuniaria es el típicamente contractual.

Tercero, son tasas, por el contrario, las prestaciones pecuniarias que se exigen por servicios o actividades desarrolladas en régimen de Derecho público en que se produzca cualquiera de las siguientes circunstancias: (i) su solicitud sea impuesta formalmente (por una norma jurídica, legal o reglamentaria), o (ii) su obtención es imprescindible para la vida privada o social del individuo y, en tal caso, sean impuestas de hecho (idea que bien puede ligarse a la noción de derechos fundamentales que empleo).

Cuarto, el problema de la naturaleza jurídica del suministrador del servicio público caracterizado de acuerdo con la letra precedente, como criterio de referencia para la calificación de la prestación como tasa, permanecía insoluto, en razón de que las actividades y servicios a los que se refiere la prestación seguían identificadas como aquellas desarrolladas en régimen de Derecho público (si se trataba de un servicio público nada cambiaba), de modo que, el hecho de la eliminación de la aclaración contenida en el segundo inciso del art. 2.2, a), de la Ley General Tributaria no varió esta circunstancia y, más bien, generó mayor nivel de incerteza que se reflejó en varias sentencias del Tribunal Supremo.⁹¹

En extrema síntesis, de los elementos de juicio expuestos, aparece que el elemento que califica a una tasa como prestación tributaria, no se reduce a la coactividad que se desprende de su fuente —coactividad formal— sino a la posibilidad de que el vínculo asumido por el legislador pueda ser considerado coactivo, lo que se da en llamar «coactividad material» o de la relación subyacente (que también sería formal, por el régimen que la regula).

Conviene enfatizar que las circunstancias de coactividad en la que se encuentra el individuo respecto del servicio a ser suministrado se identifican con el concepto de prestación patrimonial de carácter público, por lo que, es posible afirmar que las prestaciones patrimoniales de carácter público que constituyen ingresos públicos hasta ese momento siempre serían tasas, pese a los problemas prácticos que genera tal calificación para el caso de la gestión indirecta por servicios públicos. Se podría considerar, por ejemplo, que el hecho de que las contraprestaciones por el servicio público provisto puedan ser apropiadas por el privado ya no se podría llamar tasa a lo que no genera un ingreso público; o, por el contrario, la contraprestación sigue siendo una tasa, en origen un tributo con todas sus características incluso funcionales, pero en virtud del contrato de concesión lo que opera es una cesión del derecho de crédito derivado de la realización del hecho imponible.

⁹¹ Al respecto, se puede consultar, en la posición crítica: R. Falcón y Tella. «La contraprestación del servicio público de abastecimiento domiciliario del agua Sentencia del Tribunal Supremo 23 y 24 de noviembre de 2015, en *Quincena Fiscal*, núm. 7, 2016, pp. 13 - 20

De acuerdo por el régimen general, todo ingreso público, que no sea una prestación patrimonial de carácter público (coactiva materialmente por la relación que subyace), puede ser, en principio, un precio, lo que depende de la configuración que realice el legislador. Esto es así, porque la exigencia de la reserva de ley es predicable únicamente de aquellas, pero tal exigencia no afecta la capacidad del legislador para definir el régimen de una prestación pecuniaria a la que no alcanza la norma constitucional, pero que, por cualquier razón, requiere una regulación especial de tipo tutelar: así, por ejemplo, el art. 128.2, de la Constitución Española autoriza, pero no impone, la intervención de la Administración en el desarrollo de ciertas actividades económicas que no corresponde a servicios esenciales por circunstancias en que de hecho se pueden producir monopolios.

Siguiendo el mismo razonamiento, es posible la existencia de prestaciones patrimoniales de carácter público que no sean ingresos públicos. El problema residual que quedaba por aclararse era la determinación del régimen jurídico que debía aplicarse a estas prestaciones patrimoniales —por ello sujetas a reserva de ley— que no eran ingresos públicos, pero enfocados en el caso particular de servicio prestado por el sector privado en el ámbito de la actividad pública, en virtud de los instrumentos de gestión indirecta disponibles conforme al régimen de Derecho público. Es, por supuesto, un caso de frontera entre lo público y lo privado, y de ahí se deriva la dificultad.

Aunque la calificación de la prestación o el régimen particular al que la somete no alcance al legislador futuro,⁹² la manera en que incluyen o excluyen unos u otros supuestos en el ámbito de lo tributario es muy importante en relación con el tratamiento tributario que se debe dar al caso y, en lo que respecta a la estructuración financiera de un contrato de gestión indirecta, es determinante a la hora de establecer los mecanismos de garantía y aseguramiento de flujos, la evaluación de riesgos y los costes asociados a ellos y, en definitiva de la viabilidad financiera del proyecto.

En este contexto, la LCSP, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, introdujo varias reformas en los contratos de concesión de obras y servicios, pero también especificaciones en el sistema de prestaciones impuestas que dan origen los modelos de gestión indirecta.

Los principales cambios en la tipificación de los contratos del sector público respecto de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público,⁹³ corresponden a la regulación del contrato de concesión, el contrato mixto y la supresión del contrato de colaboración público-privada.⁹⁴

⁹² El profesor Falcón y Tella acertadamente señala que estas normas «encierran más bien una «invitación» al legislador futuro para que utilice siempre el mecanismo de la tasa» cuando se produzcan las circunstancias previstas en el ordenamiento vigente. Cfr. R. Falcón y Tella. «Algunas observaciones sobre la distinción entre tasas y precios públicos», en *Revista técnica tributaria*, núm. 29, 1995, p. 44.

⁹³ Posteriormente derogada y sustituida por el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre

⁹⁴ La figura del contrato de colaboración público privada se eliminó, según se ha señalado en la exposición de motivos, por su escasa utilidad y por el hecho de que su objeto puede ser atendido a través del contrato de concesión.

En sustitución del contrato de gestión de servicio público y, con ello, el régimen de los diferentes modos de gestión indirecta de los servicios públicos,⁹⁵ se reguló la figura de la concesión de servicios, junto con la tradicional de la concesión de obras. Se introdujeron reglas específicas sobre la concesión de servicios calificados como «públicos», bajo el entendido que la figura no se limita a un tipo específico de servicio de competencia de la Administración pública. En los dos casos de concesión, el rasgo fundamental que los califica como tales está en la transferencia del riesgo operacional de la Administración pública al concesionario.⁹⁶

En lo que en este apartado interesa, la LCSP definió, bajo la denominación de «tarifas», la naturaleza de las prestaciones que pagan los usuarios de obras o servicios, sea que se gestionen de manera directa o por gestión indirecta (concesión): constituyen «prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario».

De este modo se introdujo, nuevas redacciones a:

- La disposición adicional primera de la Ley 58/2013, de 17 de diciembre, General Tributaria.⁹⁷
- Al art. 20 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, añadiéndole un nuevo apartado 6.⁹⁸

⁹⁵ [España] Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, art. 277. El contrato de gestión de servicios públicos era un caso de gestión indirecta del servicio público. La Administración le encomendaba al empresario que gestionase un determinado servicio público, de modo, por una parte, el caso implicaba una relación entre el empresario y el usuario por la utilización del servicios, regulada por una norma específica del servicio; y, por otra, una entre la Administración y el empresario, regulada por el contrato de gestión de servicios públicos. Para ello, era necesario definir el régimen jurídico básico del servicio encomendado, para establecer las competencias y las prestaciones a las que tenía derecho el usuario. Además, la responsabilidad de la Administración debía quedar regulada (era asumida por la Administración) en razón de que la prestación del servicio la realizaba el empresario. Frente a la gestión indirecta del servicio público, en el contrato de servicios, el prestador del servicio público era directamente la Administración, quien se suministraba medios del empresario a través de este tipo contractual.

⁹⁶ [España] Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, art. 14. En esta disposición se determinan los casos en que tal transferencia se ha producido.

⁹⁷ [España] Ley de Contratos del Sector Público, Disposición final undécima («Modificación de la Disposición adicional primera de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.- La Disposición adicional primera de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, queda redactada en los siguientes términos:

«Disposición adicional primera. Prestaciones patrimoniales de carácter público.- 1. Son prestaciones patrimoniales de carácter público aquellas a las que se refiere el artículo 31.3 de la Constitución que se exigen con carácter coactivo.

2. Las prestaciones patrimoniales de carácter público citadas en el apartado anterior podrán tener carácter tributario o no tributario.-Tendrán la consideración de tributarias las prestaciones mencionadas en el apartado 1 que tengan la consideración de tasas, contribuciones especiales e impuestos a las que se refiere el artículo 2 de esta Ley.- Serán prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario las demás prestaciones que exigidas coactivamente respondan a fines de interés general.

En particular, se considerarán prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias aquellas que teniendo tal consideración se exijan por prestación de un servicio gestionado de forma directa mediante personificación privada o mediante gestión indirecta.

En concreto, tendrán tal consideración aquellas exigidas por la explotación de obras o la prestación de servicios, en régimen de concesión o sociedades de economía mixta, entidades públicas empresariales, sociedades de capital íntegramente público y demás fórmulas de Derecho privado»).

- Al artículo 2 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, del régimen jurídico de las tasas y los precios públicos añadiéndole una nueva letra c).⁹⁹

En estas circunstancias, se propuso una demanda de inconstitucionalidad contra el art. 289.2,¹⁰⁰ la disposición adicional cuadragésima tercera¹⁰¹ y las disposiciones finales novena, undécima y duodécima de la LCSP, de 8 de noviembre. Los demandantes consideraron que estas disposiciones constituyen un cambio sustancial del régimen sobre tasas y precios públicos orientado por la doctrina constitucional, especialmente, expuesta en la STC 185/1995, de 14 de diciembre.¹⁰² El sentido dado a esta doctrina es que:

⁹⁸ [España] Ley de Contratos del Sector Público, Disposición final duodécima. («Modificación del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.- Se modifica el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, añadiéndose un nuevo apartado 6 al artículo 20, en los siguientes términos:

«6. Las contraprestaciones económicas establecidas coactivamente que se perciban por la prestación de los servicios públicos a que se refiere el apartado 4 de este artículo, realizada de forma directa mediante personificación privada o mediante gestión indirecta, tendrán la condición de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario conforme a lo previsto en el artículo 31.3 de la Constitución.

En concreto, tendrán tal consideración aquellas exigidas por la explotación de obras o la prestación de servicios, en régimen de concesión, sociedades de economía mixta, entidades públicas empresariales, sociedades de capital íntegramente público y demás fórmulas de Derecho privado.

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 103 de la Ley de Contratos del Sector Público, las contraprestaciones económicas a que se refiere este apartado se regularán mediante ordenanza. Durante el procedimiento de aprobación de dicha ordenanza las entidades locales solicitarán informe preceptivo de aquellas Administraciones Públicas a las que el ordenamiento jurídico les atribuyera alguna facultad de intervención sobre las mismas»).

⁹⁹ [España] Disposición final novena («Modificación de la Ley 8/1989, de 13 de abril, del régimen jurídico de las tasas y los precios públicos.- Se añade una nueva letra c) al artículo 2 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, del régimen jurídico de las tasas y los precios públicos, con la siguiente redacción: «c) Las tarifas que abonen los usuarios por la utilización de la obra o por la prestación del servicio a los concesionarios de obras y de servicios conforme a la legislación de contratos del sector público, que son prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias»).

¹⁰⁰ [España] Ley de Contratos del Sector Público, art. 289.2 («Las contraprestaciones económicas pactadas, que se denominarán tarifas y tendrán la naturaleza de prestación patrimonial de carácter público no tributario, serán revisadas, en su caso, en la forma establecida en el contrato, que se ajustará, en todo caso, a lo previsto en el Capítulo II del Título III del Libro Primero de la presente Ley, relativo a la revisión de precios en los contratos de las entidades del sector público.- En la contabilidad diferenciada que el concesionario debe llevar respecto de todos los ingresos y gastos de la concesión, y que deberá estar a disposición de la entidad contratante, quedarán debidamente reflejados todos los ingresos derivados de las contraprestaciones pactadas en la forma prevista en el apartado 6 del artículo 267»).

¹⁰¹ [España] Ley de Contratos del Sector Público, disposición adicional cuadragésima tercera («Las contraprestaciones económicas establecidas coactivamente que se perciban por la explotación de obras públicas o la prestación de servicios públicos, de forma directa mediante personificación privada o gestión indirecta, tendrán la condición de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario conforme a lo previsto en el artículo 31.3 de la Constitución.- En concreto, tendrán tal consideración aquellas exigidas por la explotación de obras o la prestación de servicios, en régimen de concesión, mediante sociedades de economía mixta, entidades públicas empresariales, sociedades de capital íntegramente público y demás fórmulas de Derecho privado»).

¹⁰² A juicio de los actores, esta doctrina se habría reiterado en SSTC 102/2005, de 20 de abril; 121/2005, de 10 de mayo, y 122/2005, de 11 de mayo, y, por el Tribunal Supremo, en las sentencias 5037/2015 de 23 de noviembre de 2015 y 5036/2015, de 24 de noviembre de 2015.

- con independencia del modo en que sea gestionado el servicio (gestión directa o indirecta), en la medida en que sea de titularidad pública, está siempre sometido al Derecho público; y,
- tampoco importa el mecanismo de gestión en lo que respecta a la aplicación del principio de legalidad para una prestación patrimonial de carácter público que se definen por el carácter coactivo de la prestación: servicios de prestación obligatoria, de solicitud o recepción indispensable o servicios monopolísticos.

La acusación esencial es que se habría creado la categoría de prestación patrimonial pública de carácter no tributario, bajo el término de «tarifa», para mantener su naturaleza de precio privado. Enderezan su preocupación hacia el caso en que el servicio sea uno público (coactivo), pues, en tal caso, la prestación patrimonial de carácter público no podría ser calificada de «no tributaria».

Estimaron que la reforma habría vulnerado los arts. 134.2 (principio de universalidad) y 14 (igualdad) de la CE, por las siguientes razones:

- Una prestación patrimonial de carácter público «no tributaria», que no constituiría un ingreso público, no consta en el presupuesto del titular del servicio público.
- Hacer depender la naturaleza de la prestación patrimonial de carácter público, de la modalidad empleada para la provisión del servicio, sería arbitrario: no se explicaría razonablemente, la razón del cambio de naturaleza de la prestación, de tributaria (tasa) a tarifa (precio privado), por el sujeto proveedor del servicio, con todos los efectos que de esta mutación se derivan: los límites en la cuantía para una tasa, el control y fiscalización del ingreso y su uso, o porque no se incorporarían al presupuesto. El problema que se apunta en demanda es se habría despojado de garantías a los ciudadanos y se vulneraría el principio de igualdad ante la ley (art. 14 de la CE) con respecto a los servicios obligatorios y esenciales.

En definitiva, se acusa que la reforma modificó el criterio conforme al cual la contraprestación por la provisión de un servicio público sería una tasa, con independencia de la forma de prestación y gestión, directa o indirecta. Estiman los actores que, la inconstitucionalidad se evitaría si es que, en los supuestos de servicios en los que aparezca cualquiera de las notas de coactividad, la retribución que ha de pagar el usuario se considera un ingreso de la Administración, a quien le correspondería remunerar al concesionario.

El Tribunal Constitucional español, en la STC 63/2019, de 9 de mayo, desechó la demanda, con las siguientes consideraciones:

Primero, reiteró su doctrina acerca de que las prestaciones patrimoniales de carácter público pueden ser tributarias o no tributarias:¹⁰³

- El tributo es una especie del género de las prestaciones patrimoniales de carácter público. La naturaleza de las categorías depende de su configuración y régimen, por lo que su evaluación no depende de la nomenclatura usada, por lo que la

¹⁰³ [España] SSTC185/1995, de 14 de diciembre, FJ 3; 182/1997, de 28 de octubre, FJ 15; 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 9, y 102/2005, de 20 de abril, FJ 5 y 6.

calificación hecha por legislador («prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario») no excluye, en principio, su naturaleza tributaria.¹⁰⁴

- El alcance de la reserva de ley es distinto entre las diversas prestaciones patrimoniales de carácter público, del mismo modo que entre las distintas categorías tributarias. La exigencia del art. 31.3 de la CE es que se establezcan «con arreglo a la ley». Del régimen para los tributos se ha extraído límites en el uso del Decreto-ley (art. 86.1 de la CE), de la ley de presupuestos (art. 137.7 de la CE) o excluyendo la iniciativa popular (art. 87.3 de la CE). En los impuestos el rigor de la reserva es máxima, mientras que en el caso de los tributos sujetos al principio de equivalencia es menor.¹⁰⁵ También es relativa la intensidad de la reserva en función de los elementos a ser regulados.¹⁰⁶
- La intervención del reglamento para fijar la cuantía de una prestación patrimonial de carácter público no vulnera en sí mismo la reserva de ley, aunque su fijación y modificación debe ser regulada en la ley, aunque ello no significa que, sin incurrir en absoluta indeterminación, le corresponda fijar de modo directo todos los elementos para su cuantificación; dentro de este marco es posible que se haga remisiones a normas infra ordenadas.¹⁰⁷ En el caso de las prestaciones patrimoniales de carácter no tributario lo que se exige es que se haga en la propia ley o con arreglo a ella,¹⁰⁸ pero en tal caso se debe fijar los criterios con los que se llegará a cuantificar «de acuerdo con los fines y principios de la legislación sectorial en la que en cada caso se inserte».¹⁰⁹
- Las notas características de las prestaciones patrimoniales de carácter público son «coactividad» y «acción pública». El grado de exigencia de la reserva de ley está vinculado por la «distinta coactividad que encierran sus presupuestos de hecho»¹¹⁰. Esa coactividad exige que sean establecidas bajo el principio de autoimposición de la comunidad, como garantía de la libertad patrimonial y personal del ciudadano.¹¹¹ La coactividad que resulta de la situación en la que se encuentran los individuos respecto de una actividad o servicio que resulte indispensable para poder satisfacer las necesidades básicas de la vida personal o social depende de las circunstancias sociales de cada momento y lugar y el Tribunal Constitucional no los ha delimitado.
- Las notas características de las prestaciones patrimoniales de carácter público —no obstante ser muy heterogéneas— se reduce a la coactividad y al hecho de que

¹⁰⁴ Puso como ejemplo, los casos tratados en las SSTC 121/2005, FJ 7, sobre determinadas tarifas por los servicios portuarios; o 102/2012, de 8 de mayo, FJ 5, sobre las tarifas de conducción de las aguas excedentarias trasvasadas desde la cuenca del Tajo a la del Segura.

¹⁰⁵ [España] STC233/1999, FJ 9.

¹⁰⁶ [España] SSTC102/2012, FJ 5; 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 4; 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 9; 63/2003, de 27 de marzo, FJ 4; 150/2003, de 15 de julio, FJ 3; 102/2005, FJ 3; 121/2005, FJ 5, y 73/2011, de 19 de mayo, FJ 3.

¹⁰⁷ [España] SSTC19/1987, FJ 6 c); y, STC 233/1999, FJ 19.

¹⁰⁸ [España] SSTC83/2014, de 29 de mayo, FJ 3, y 139/2016, de 21 de julio, FJ 6 c).

¹⁰⁹ [España] STC63/2019, FJ 5 (c).

¹¹⁰ [España] STC63/2019, FJ 5 (d).

¹¹¹ [España] STC73/2017, de 8 de junio, FJ 2; con cita de las SSTC 185/1995, de 14 de diciembre, FJ 3; 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 7, 9 y 10; 3/2003, de 16 de enero, FJ 4, y 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 11.

su función «no es la de financiar «todos» los gastos públicos»,¹¹² aunque deban tener una inequívoca finalidad de interés público.¹¹³ En este caso, además, la coactividad no se desprende necesariamente de una situación de hecho: la imposición se deriva de una ley¹¹⁴ o la misma Constitución.¹¹⁵

Segundo, se aclara que, de acuerdo con los arts. 15 y 284.1 de la LCSP, los contratos de concesión de servicios únicamente pueden tener por objeto actividades que puedan ser susceptibles de explotación económica por particulares, lo que excluye el ejercicio de la autoridad a cargo de los poderes públicos. De modo que las tarifas reguladas en la referida ley de contrato dicen relación con actividades y servicios que pueden ser explotados por particulares. Cuando se trata de servicios públicos, el art. 284.2 de la LCSP, exige que antes de que se proceda a la concesión se haya producido la *publicatio* a favor de la Administración y en el régimen jurídico aplicable al servicio público queden definidas las prestaciones a favor de las personas y se regulen todos los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación, espacio en que pueden quedar definida la manera en que participaran los usuarios en su financiación (tributos o tarifas). De este modo, el Tribunal Constitucional afirma:

Esto significa que, frente a la tesis sostenida por la demanda, con la regulación de las tarifas no se modifica el régimen de financiación de servicios públicos ya existente, y que sigue determinando la obligatoriedad de emplear tasas en los supuestos legalmente previstos de acuerdo con las exigencias y límites derivados de la Constitución, lo que, como ha quedado expuesto, dependerá del ámbito concreto al que se refiera o afecte el servicio público en particular.¹¹⁶

Pero se añade que el Tribunal Constitucional no ha limitado la capacidad del legislador para determinar como mecanismo de financiación de los servicios públicos una prestación patrimonial de carácter público no tributaria, pues la Constitución no define de antemano cuáles deben ser servicios públicos, su modelo de gestión o su modo de financiación. Por lo que, si el legislador en ejercicio de su libertad de configuración jurídica ha establecido un mecanismo «tarifario» de financiación de los servicios públicos, cuando estos son provistos por mediante personificación privada de la Administración o mediante gestión indirecta, no hay razón para reprocharlo desde la perspectiva constitucional, pues, «nuestro enjuiciamiento es exclusivamente de constitucionalidad y no político, de oportunidad o de calidad técnica».¹¹⁷

Tercero, la reserva de ley que les corresponde a las prestaciones patrimoniales de carácter público, dado que esta depende de la figura en particular y los fines y principios

¹¹² [España] STC63/2019, FJ 5 (d). Se reconoce que este tipo de depreciaciones pueden tener un efecto en la financiación del gasto público, pero su función no es la de atraer a la caja fiscal recursos financieros, sino que la asignación de los recursos respondan a los criterios de eficiencia y economía de los que trata el art. 31.2 de la CE.

¹¹³ [España] SSTC83/2014, de 29 de mayo, FJ 3; y 167/2016, de 6 de octubre, FJ 4.

¹¹⁴ Pone como ejemplos, los casos tratados en las SSTC 83/2014, de 29 de mayo, FJ 3; y, 167/2016, de 6 de octubre, FJ 4.

¹¹⁵ Como en el caso de la regulación de la aportación de los usuarios en ciertas prestaciones de salud (art. 43 de la CE). En este sentido: [España] STC139/2016, de 21 de julio, FJ 6 c).

¹¹⁶ [España] STC63/2019, FJ 5 (d).

¹¹⁷ [España] SSTC63/2019, FJ 6 (b); 185/2016, de 3 de noviembre, FJ 3 (c); y, 20/2017, de 2 de febrero, FJ 5.

de la legislación sectorial en la que se incluya, es la misma LCSP la que establece los criterios para su determinación que estarían vinculados al coste del contrato: las tarifas se ajustan al régimen general previsto en los arts. 99 a 102 *ibidem* y en el caso de sus ajustes a los arts. 103 a 105 *ibidem*. La referida Ley, arts. 267.2, 285.1.b) y 290.1 y 5, establece que las tarifas se fijan de acuerdo a los costes del contrato y le corresponde a la Administración su fijación y ajuste.

Cuarto, las tarifas no están sujetas a los principios constitucionales del art. 31.1 de la CE, pero sí a los principios generales del ordenamiento, de acuerdo con el art. 103.3 de la CE y, en particular a la regulación sectorial que caracteriza al servicio público.

En suma, en la STC 63/2019, el Tribunal Constitucional, empleando su doctrina sobre las prestaciones patrimoniales de carácter público, llega a la conclusión de que el marco de regulación contenido en la LCSP sobre la naturaleza no tributaria de las contraprestaciones que pagaría el usuario por un servicio público gestionado a través de un sujeto de Derecho privado es (i) es una opción legítima del legislador; y, (ii) es suficiente para satisfacer la exigencia de la reserva de ley. Nótese, no obstante, que mantiene intocada la idea de que las «tarifas» autorizadas bajo el régimen previsto en la LCSP y reguladas a partir de ella hasta llegar a las estipulaciones contractuales, son prestaciones patrimoniales de carácter público, por lo que la prestación que las origina sería materialmente coactiva; en otras palabras, todo servicio público se trata de prestaciones que colocan a las personas frente a él en una situación tal que su libertad de elección está afectada.

Esta característica de los servicios públicos, como prestaciones ordinariamente provistas por la Administración, lo liga necesariamente con los derechos fundamentales, cuando en su configuración se requieren prestaciones a cargo del Estado, aunque los gestione a través de sujetos de Derecho privado.

(h) Prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias de carácter retributivo

En la STS 6067/2013, de 10 de diciembre,¹¹⁸ el Tribunal Supremo español trató la resolución del recurso contencioso administrativo incoado en contra de la Ordenanza por la que se establece el Régimen de Gestión y Control de las Licencias Urbanísticas de Actividades de Madrid.¹¹⁹ En esta Ordenanza se reguló la participación de entidades colaboradoras —personas jurídicas de Derecho privado— acreditadas para el cumplimiento del rol asignado en el procedimiento administrativo —usualmente de constatación de cumplimiento de condiciones técnicas— para la preparación de la solicitud de licencia y en el mantenimiento de las condiciones que dan origen al licenciamiento. De acuerdo con este régimen, los interesados requieren contratar los

¹¹⁸ [España] Tribunal Supremo [Sala de lo Contencioso] Sentencia 6067/2013, de 10 de diciembre (recurso 2564/2011).

¹¹⁹ [España]. Ayuntamiento de Madrid. Ordenanza por la que se establece el Régimen de Gestión y Control de las Licencias Urbanísticas de Actividades, de 29 de junio de 2009, ANM 2009\16, publicada en BOAM num. 5970, de 6 de julio de 2009, pp. 12 - 35.

servicios de una entidad colaboradora para obtener un certificado de conformidad y, periódicamente (cada 7 años), obtener un informe de seguimiento.

En estas circunstancias, el interesado debe acudir necesariamente a una entidad colaboradora y pagar la prestación definida para poder alcanzar la licencia necesaria para la realización de las actividades esenciales de su vida privada o social. En ello se encuentra la coactividad, como requisito de calificación de la prestación como impuesta.¹²⁰

Por otra parte, el precio pagado a la entidad colaboradora por el servicio obedece a un fin público referido a la intervención de la autoridad mediante licencias en el ejercicio de determinados actividades y a aliviar las cargas económicas de la autoridad en tareas de información y control.¹²¹

El TS observó, al referirse al pago que los interesados realizan a las entidades colaboradoras del ámbito municipal, que el mecanismo de imposición de prestaciones patrimoniales no tributarias implican «un "desplazamiento" de la carga económica que sin duda supondría para el ente local el ejercicio por sus propios medios de las actuaciones de información y control que la Ordenanza encomienda a los entes colaboradores, de modo que ese gravamen se impone directamente a los particulares interesados, aconteciendo así que, aunque percibido por un prestador privado del servicio, no por eso deja de cumplir una finalidad pública ni de aliviar a la Administración de una carga económica que de otra forma tendría que costear por la vía de los rendimientos de alguna figura tributaria».¹²²

Las prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias y retributivas son, pues, imposiciones que mediante una decisión normativa de órgano competente (en este caso del ámbito municipal) se generan en cabeza del perceptor de una prestación en beneficio del proveedor del servicio de interés público que, en otras circunstancias sería un proveedor de la Administración a cargo del servicio.

(i) ¿Qué son las prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias y no retributivas?

Como ha quedado expuesto, el art. 31.1 de la CE se refiere tanto al sistema tributario como a las prestaciones patrimoniales de carácter público.¹²³ De acuerdo con la doctrina constitucional analizada, las prestaciones patrimoniales de carácter público

¹²⁰ [España] Tribunal Supremo [Sala de lo Contencioso] Sentencia 6067/2013, de 10 de diciembre (recurso 2564/2011), FD 4.

¹²¹ [España] Tribunal Supremo [Sala de lo Contencioso] Sentencia 6067/2013, de 10 de diciembre (recurso 2564/2011), FD 5.

¹²² [España] Tribunal Supremo [Sala de lo Contencioso] Sentencia 6067/2013, de 10 de diciembre (recurso 2564/2011), FD 5.

¹²³ [España] Constitución Española, art. 31 («1. Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio. 2. El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía. 3. Solo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley»).

no se identifican con los tributos,¹²⁴ por lo que caben prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias que quedaron definidas como prestaciones que no constituyen ingresos públicos.¹²⁵

Es posible concebir, entonces, prestaciones patrimoniales coactivas, no tributarias, que correspondan a la prestación de un servicio o la realización de una actividad (retributivas), y otras que no tienen carácter retributivo.

Ha quedado expuesto el caso de las prestaciones patrimoniales coactivas no tributarias de carácter retributivo, como las tarifas de los contratos de concesión reguladas en la LCSP española, que se estiman tales porque sin ser ingresos públicos, son coactivas (por la coactividad, formal o material, en el origen de la prestación) y corresponden a una contraprestación efectuada por el servicio o la actividad realizada por un tercero.

Para completar la matriz, quedan entonces las prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias y no retributivas, esto es, prestaciones coactivas que sin ser un ingreso público son debidas sin contraprestación alguna.

El Tribunal Constitucional se refirió en general a las prestaciones patrimoniales de carácter público, sin ninguna distinción, sobre su carácter retributivo o no. Éste es el caso, entre otros, de la deducción sobre la facturación mensual de cada oficina de farmacia por las recetas de especialidades farmacéuticas dispensadas con cargo a fondos de la Seguridad Social o a fondos estatales afectos a la sanidad que tiene la naturaleza de una prestación patrimonial de carácter público;¹²⁶ la regulación de la aportación de los usuarios en el caso de determinadas prestaciones del Sistema Nacional de Salud¹²⁷ o las obligaciones derivadas de la «financiación de planes de ahorro y eficiencia energética para los años 2011, 2012 y 2013», impuesta a las empresas productoras del sistema eléctrico.¹²⁸

¹²⁴ [España] STC185/1995, de 14 de diciembre, FJ 3 («El art. 31.3 C.E., apartándose de lo que era tradicional en nuestros textos constitucionales y legales —en los que el objeto de la reserva de ley se establecía por referencia a categorías tributarias concretas—, no recurre explícitamente a ninguna de las figuras jurídicas existentes en el momento de la elaboración y aprobación de la Constitución, ni tampoco utiliza el concepto genérico de tributo, sino la expresión más amplia y abierta de «prestación patrimonial de carácter público». Es cierto que la Constitución se refiere en varios preceptos a los «tributos» y proclama que su establecimiento debe hacerse mediante ley (art. 133.1 C.E.); sin embargo, no lo es menos que, desde la perspectiva constitucional, como tendremos ocasión de reiterar, el legislador puede alterar el alcance de las figuras que hoy integran esta categoría —impuestos, tasas y contribuciones especiales— y puede crear nuevos ingresos de Derecho público. Por otra parte, la aplicación de un criterio de interpretación sistemático tendente a evitar la redundancia del constituyente lleva necesariamente a no considerar como sinónimas la expresión «tributos» del art. 133.1 C.E. y la más genérica «prestaciones patrimoniales de carácter público» del art. 31.3 C.E.»). Refleja mucho la incerteza que generan muchas prestaciones previstas en el sistema jurídico español en el sintagma «tributos atípicos» empleado por E. Rivas Nieto. Ver, *Los tributos atípicos*. Madrid: Marcial Pons, 2006.

¹²⁵ Cfr. Gómez-Ferrer, Rafael, «Las prestaciones patrimoniales de carácter público y naturaleza no tributaria», en F. López Ramón [coord.], *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos*. Madrid: INAP, 2015, pp. 32. [Asociación Española de Derecho Administrativo, X Congreso].

¹²⁶ [España] SSTC83/2014, FJ 3 y 4; 44/2015, FJ 5; 62/2015, FJ 5.

¹²⁷ [España] STC139/2016, FJ 6 c).

¹²⁸ [España] SSTC167/2016, FJ 4; 174/2016, 187/2016, 188/2016, de 14 de noviembre; 196/2016, de 28 de noviembre; 197/2016 y 198/2016.

Gómez-Ferrer examina algunos ejemplos de prestaciones patrimoniales coactivas de naturaleza no tributaria y no retributiva en el sistema jurídico español,¹²⁹ entre las que se encuentran: (i) prestaciones para la financiación del déficit tarifario en el sector eléctrico; (ii) la financiación del bono social en el sector eléctrico; (iii) la compensación por los costes de transición a la competencia en el sector eléctrico; (iv) la asignación gratuita de derechos de emisión y pagos para minorar la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica; o, (v) la financiación de las obligaciones de servicio público y de interés colectivo, en materia de telecomunicaciones,¹³⁰ servicio postal o radio y televisión.

¿Cómo se regulan este tipo de prestaciones patrimoniales de carácter público? Tomemos el caso de las prestaciones para la financiación del déficit tarifario en el sector público con propósitos ejemplificativos. Bajo un principio autónomo de sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico, para la financiación del déficit de ingresos liquidables en el sector eléctrico,¹³¹ se estableció mediante ley una forma de «préstamo forzoso» a cargo de las cinco empresas generadoras,¹³² que origina en su beneficio un derecho de cobro o recuperación de lo aportado en quince años, con el reconocimiento de interés. La recuperación se regula con cargo a los flujos futuros del sistema eléctrico. El derecho de cobro es titulizable a través del «Fondo de Titulización del Déficit del Sistema Eléctrico», y las obligaciones del Fondo, además, pueden ser objeto de aval del Estado.¹³³ De esto último se desprende una prestación impuesta con efectos temporales en la patrimonio del obligado y la posibilidad de que el Estado asuma obligaciones contingentes con cargo al presupuesto público, con efectos en el análisis de riesgo y sostenibilidad fiscal. De acuerdo con la Audiencia Nacional se trata de una obligación impuesta por la Administración que «puede tenerse como una prestación patrimonial ex artículo 31.3 de la Constitución, de naturaleza atípica pues no es obviamente tributaria

¹²⁹ Cfr. Gómez-Ferrer, Rafael, «Las prestaciones patrimoniales de carácter público y naturaleza no tributaria», en F. López Ramón [coord.], *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos*. Madrid: INAP, 2015, pp. 34 y ss. [Asociación Española de Derecho Administrativo, X Congreso].

¹³⁰ F. Villar Rojas. *Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos: Estudio de su naturaleza y régimen jurídico*. Granada: Comares, 2000, pp. 129 y ss.

¹³¹ [España] Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, publicada en el BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2013, art. 13. Esta regla, en su apdo. 2, enuncia los ingresos del sistema eléctrico y, en el apdo. 3, se determinan los costes del sistema. El principio de financiación del sistema consta en el apdo. 1: «Las actuaciones de las Administraciones Públicas y demás sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de esta ley estarán sujetas al principio de sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico.- Se entenderá por sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico la capacidad para satisfacer la totalidad de los costes del mismo, conforme a lo establecido en esta ley y en su normativa de desarrollo»).

¹³² Iberdrola, S. A. (35,01 %), Hidroeléctrica del Cantábrico, S. A. (6,08 %), Endesa, S. A. (44,16 %), EON España, S. L. (1 %) y GAS Natural S.D.G., S. A. (13,75 %).

¹³³ [España] Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, derogada por la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, salvo, entre otras, la disposición adicional vigésima primera, que determinó el traslado de las cargas a los pejes. Esta regla se complementa con el Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico, disposición adicional primera.

y que se asemejaría a una suerte de empréstito forzoso del que nace ese derecho al cobro».¹³⁴

De acuerdo con las sentencias del Tribunal Constitucional español, STC 37/1994, de 10 de febrero, y STC 182/1997, de 28 de octubre, es constitucional la obligación de pago a favor del trabajador en baja por enfermedad común o accidente no laboral, desde el día cuarto al décimo quinto, a cargo del empleador, introducida con el Real Decreto Ley 5/1992, de 21 de julio, de Medidas Presupuestarias Urgentes,¹³⁵ con el que se reformó el art. 129 de la Ley General de Seguridad Social.¹³⁶ La regla analizado transformó un gasto público (subsidio) en una obligación *ex lege* a cargo de un sujeto de Derecho privado y, por tanto, todo el régimen jurídico que le es aplicable a la prestación.

En primer lugar, el Tribunal Constitucional analizó el rol público y privado en la materia afectada por el cambio del régimen. El art. 41 de la CE determina el deber del Estado mantener un régimen público de Seguridad Social universal y suficiente para atender situaciones de necesidad¹³⁷ y, en este marco, en la STC 37/1994, de 10 de agosto, confirmó la compatibilidad de la prestación impuesta a un sujeto de Derecho privado según la reforma practicada dentro de una valoración sistemática del conjunto del régimen, donde la régimen laboral y el de seguridad social marchan paralelos.

Un aspecto relevante de la sentencia comentada es el hecho de que el Tribunal Constitucional encontró la medida ajustada a una necesidad específica que, en cierta medida, la justifica: la reducción del déficit público. En este sentido, recordó que el régimen público prestacional depende de los recursos financieros disponibles,¹³⁸ de modo que, la forma de satisfacer el derecho, a través del traslado de la carga a los particulares, es posible constitucionalmente.

Con la STC 182/1997, se analizó la fuente formal de la obligación (decreto-ley) a partir de los conceptos de tributo y prestación patrimonial de carácter público. Como hemos comentado ya, el Tribunal Constitucional descartó la naturaleza tributaria de la prestación a cargo del empleador en razón de que el ingreso no lo percibe un ente público, de modo que la restricción de emplear un decreto-ley para su regulación no era pertinente.¹³⁹ El art. 86 de la CE se limita el uso de decretos-leyes para afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos previstos en el Título I de la CE. Nótese que, siguiendo el razonamiento inicial del Tribunal Constitucional sobre la función de la ley como norma sobre la regulación de las prestaciones impuestas, su exigencia se deriva precisamente en el hecho de que hay decisiones públicas que afectan la esfera de derechos de los individuos y que, por ello, es necesario que en respeto del

¹³⁴ [España] Audiencia Nacional [Sala de lo Contencioso]. Sentencia 5090/2012, de 19 de diciembre de 2012 (recurso 2/2012), FD 12; y, en idénticos términos, Sentencia 210/2013, de 30 de enero de 2013 (recurso 9/2012 y recurso 12/2012), FD 12, luego confirmada por el Tribunal Supremo. Sentencia 6066/2013, de 18 de noviembre de 2013 (recurso 848/2013).

¹³⁵ [España] Real Decreto Ley 5/1992, de 21 de julio, de Medidas Presupuestarias Urgentes.

¹³⁶ [España] Decreto 2065/1974, de 30 de mayo.

¹³⁷ [España] Constitución Española, art. 41 («Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres»).

¹³⁸ [España] STC 162/1989.

¹³⁹ [España] Constitución Española, art. 86

principio de autoimposición, sean los propios individuos los que a través de su representación autoricen este tipo de intervención. En cualquier caso, la prohibición del uso del decreto-ley para regular el ejercicio de derechos, deberes y garantías constitucionales, confirma una reserva normativa específica en la materia, *i. e.*, solamente la ley está llamada a regular el ejercicio de tales derechos y deberes. Disposiciones de esta naturaleza, las encontramos también en los sistemas jurídicos de países hispanoamericanos. Por ejemplo, el art. 132.1 de la Constitución ecuatoriana¹⁴⁰ determina que únicamente mediante ley orgánica es posible regular el ejercicio de derechos y garantías constitucionales, por lo que se restringe, como regla general,¹⁴¹ el empleo de otros instrumentos normativos para este fin.¹⁴²

El Tribunal Constitucional español estimó que se trataba de una prestación patrimonial de carácter público y agregó el requisito del interés público derivado de su «carácter público» con independencia de quien la perciba,¹⁴³ pues, impuesta sin el concurso de la voluntad de sus destinatarios, se dirige a la protección de los ciudadanos ante situaciones de necesidad, lo que constituye una función pública en los términos del art. 41 de la CE.

En este supuesto, la prestación impuesta a los empresarios en relación con la cobertura del trabajador por enfermedad común o accidente no labora, no se origina en una prestación directamente provista por el beneficiario. En este sentido, se trata de una prestación patrimonial coactiva, no tributaria y, además, no retributiva.

Otro ejemplo del uso de los criterios expuestos se puede observar en la STC 83/2014, de 29 de mayo,¹⁴⁴ en la que se confirmó la constitucionalidad del art. 3 del Real Decreto Ley 5/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Contención del Gasto Farmacéutico Público de Racionalización del Uso de los Medicamentos,¹⁴⁵ con el que se determinaron deducciones en la facturación de farmacias en conexión con las recetas de especialidades farmacéuticas financiadas con recursos públicos.

Lo que se quiere subrayar en estas líneas es que las prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias y no retributivas tienden a aproximarse a lo que es en estricto sentido un impuesto, con la única diferencia que se elimina de la ecuación todo el sistema de garantías del régimen y la intermediación del Estado entre el sujeto pasivo de la imposición y el beneficiario.

¹⁴⁰ [Ecuador] Constitución de la República del Ecuador, art. 132.1 («La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común. Las atribuciones de la Asamblea Nacional que no requieran de la expedición de una ley se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones. Se requerirá de ley en los siguientes casos: 1. Regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. [...]»).

¹⁴¹ Decimos que se trata de una regla general, porque, la misma Constitución puede autorizar el empleo de otros instrumentos normativos en casos específicos.

¹⁴² [Ecuador] Constitución de la República del Ecuador, art. 136

¹⁴³ [España] STC182/1992, de 28 de octubre, FJ 16

¹⁴⁴ [España] STC83/2014, de 29 de mayo.

¹⁴⁵ [España] Real Decreto Ley 5/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Contención del Gasto Farmacéutico Público de Racionalización del Uso de los Medicamentos.

2. Del régimen de autoimposición en el ámbito tributario a la regulación del ejercicio de la potestad tarifaria a cargo de la Administración

Conviene, en primer término, diferenciar algunos tipos de potestades públicas relevantes en el análisis que nos proponemos hacer en este apartado: la potestad tarifaria, la potestad de fijación de precios, la potestad de control de precios y la potestad tributaria.

La potestad tarifaria es propia de la Administración pública titular de un servicio calificado como público y, con este fundamento, establece lo que le es debido por la prestación que suministra.¹⁴⁶ La dirección hacia la que se dirige su ejercicio es asegurar la viabilidad financiera del servicio a ser prestado. Su concepción está ligada a la retribución del suministrador por el servicio, por lo que, en su ámbito están también las prestaciones pecuniarias que percibe el gestor privado, cuando el servicio se lo provee bajo esta modalidad de gestión indirecta. Corresponde al ejercicio de este tipo potestad administrativa, por ejemplo, la regulación de tarifas de transporte urbano de pasajeros, electricidad o de los combustibles, cuando las actividades mantienen su reserva pública.

La potestad de fijación de precios es administrativa y está referida a actividades privadas de interés general —no tiene relación con el servicio público— que, por tal razón, están sujetas a especial regulación. Siempre tiene como fuente la ley que regula la específica actividad en la que se ejerce la intervención destinada a hacer viable el acceso a bienes jurídicos esenciales.¹⁴⁷ En su virtud se fija un precio para el bien o servicio con carácter general, con independencia de las circunstancias de cada proveedor. Un ejemplo de ello está en la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento española, en cuyo art. 100, se otorga la competencia para fijar los precios de los medicamentos.

El control de precios, que prevalece sobre cualquiera otra de las potestades, está justificado en la política económica general, donde la ordenación del mercado prima frente a la determinación de una contraprestación por un bien o servicio.

A diferencia de las precedentes, la tributaria es, en primer lugar, una potestad normativa conforme a la cual el Estado está habilitado a extraer del patrimonio privado una porción razonable para atender el gasto colectivo de la comunidad organizada. «Tradicionalmente, se alude a ella [a la potestad tributaria] para diferenciar la tarifa de la tasa. Aquella fundada en el servicio público, sin necesidad de habilitación legal, esta última sujeta a la reserva de ley. En cuanto a su objeto la tarifa debe cubrir el coste real de la prestación del servicio (no una cantidad inferior) y los ingresos quedan afectados a la actividad o servicio sin pasar a la caja común; en cambio la tasa habrá de ser inferior al coste de la prestación (a lo sumo equivalente)».¹⁴⁸

De cuanto hemos revisado hasta el momento, es muy notorio que la idea de autoimposición, reserva de ley y de la potestad tributaria ha mudado hacia el marco

¹⁴⁶ Cfr. G. Ariño. Las tarifas de los servicios públicos, Sevilla: Instituto García Oviedo, 1976, pp. 64 y ss. J. Tornos. Régimen jurídico de la intervención de los poderes públicos en relación con los precios y las tarifas, Bolonia: Real Colegio de España, 1982, p. 99.

¹⁴⁷ Cfr. F. Villar Rojas. Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos: Estudio de su naturaleza y régimen jurídico. Granada: Comares, 2000, p. 19.

¹⁴⁸ Cfr. F. Villar Rojas. Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos: Estudio de su naturaleza y régimen jurídico. Granada: Comares, 2000, p. 21.

conceptual de la potestad tarifaria: servicio público, sostenibilidad y equilibrio económico-financiero.

Como lo he apuntado ya, al referirnos a los ingresos del proyecto APP, en el ámbito español, el art. 267 de la LCSP regula la retribución del concesionario por el uso de las obras. La retribución que percibe el concesionario, sea del usuario o de la misma Administración se denomina «tarifa». Pese a que se las califica como prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias, son pagadas en la forma prevista en el pliego de cláusulas administrativas.¹⁴⁹ Cuando las tarifas sean pagadas por los usuarios, estas deben ser fijadas por la Administración en el acuerdo de adjudicación. Las tarifas fijadas son máximas, por lo que el gestor privado puede aplicar tarifas inferiores.¹⁵⁰ Además, ley autoriza que las tarifas puedan ser revisadas.¹⁵¹ de acuerdo con los arts. 103 a 105 de la LCSP.

De cuanto se ha descrito, es muy notorio que, en el caso de las tarifas, que corresponderían a la categoría de prestación patrimonial de carácter público no tributaria y retributiva, el rigor de la reserva ley ha quedado limitado a habilitaciones generales para que la Administración pueda fijarlas en ejercicio de la potestad tarifaria.

Ahora bien, esta potestad queda limitada de hecho por los efectos del contrato de concesión en lo que respecta especialmente al equilibrio económico-financiero del contrato. Aunque jurídicamente, la competencia de regulación de tarifas del servicio público permanece en cabeza de su titular, cualquier variación que no se ajuste al equilibrio económico de los derechos y obligaciones fijados en el contrato de concesión implicaría la necesidad de indemnizar al concesionario.

3. Variaciones del régimen aplicable a la prestación pecuniaria en función de la naturaleza del servicio suministrado

(a) Servicios públicos y otras actividades de interés general: aproximación conceptual

(i) La actividad prestacional del Estado: contexto histórico

El Estado liberal limita su actuación a asuntos tales como la defensa externa y el orden público interno, la administración de justicia y la regulación de las actividades de los integrantes de la comunidad. El Estado social supone la intervención de la Administración pública en el ámbito económico general y en actividades económicas específicas, para crear condiciones y medios para que el conjunto de la comunidad tenga acceso a ciertos bienes y servicios que, en el orden jurídico, son determinados

¹⁴⁹ [España] Ley de Contratos del Sector Público, art. 267.1 («Retribución por la utilización de las obras. 1. El concesionario tendrá derecho a percibir de los usuarios o de la Administración una retribución por la utilización de las obras en la forma prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares y de conformidad con lo establecido en este artículo, que se denominará tarifa y tendrá la naturaleza de prestación patrimonial de carácter público no tributario. [...]»).

¹⁵⁰ [España] LCSP, art. 267.2. («Las tarifas que abonen los usuarios por la utilización de las obras serán fijadas por el órgano de contratación en el acuerdo de adjudicación. Las tarifas tendrán el carácter de máximas y los concesionarios podrán aplicar tarifas inferiores cuando así lo estimen conveniente»).

¹⁵¹ [España] Ley de Contratos del Sector Público, arts. 103 a 105.

como básicos o esenciales, y carga común en función del principio de solidaridad. Estas actividades están íntimamente vinculadas con el reconocimiento, protección y promoción de los derechos fundamentales.

En su ámbito de actuación del Estado están prestaciones positivas tendientes a la universalización de servicios como los de salud y educación. La acción colectiva institucionalizada en este rubro da origen a proyectos de naturaleza social.

Además, dentro del ámbito de intervención de la Administración pública en la vida de la comunidad, ante las exigencias de la evolución de las relaciones políticas, económicas y sociales de las comunidades, el Estado ha asumido actividades estrictamente económicas y comerciales para garantizar condiciones que permitan el desarrollo de las naciones: en este espacio de actuación está el rol de la Administración como ejecutor de infraestructuras productivas, por ejemplo.

El servicio público suele ser caracterizado como una de las actividades administrativas (junto con las de policía y fomento) que consiste en la ejecución regular y continua, por parte de organización pública o por delegación, de una prestación positiva para atender necesidades de la vida social.¹⁵² Esta aproximación describe, de entre las posibilidades de actuación pública, una específica de carácter prestacional, para contrastarla con las otras de regulación y control (policía) y de promoción (la de fomento).

(ii) *Servicio público como reserva de actividad para el Estado*

En ocasiones el jurista se enfrenta a los enunciados normativos que configuran el sistema jurídico como indicadores del «modelo de sociedad de cualquier país».¹⁵³ Y los juristas, según su propia aproximación ideológica, se convierten en pregoneros de posturas radicalmente distintas a partir del mismo régimen jurídico que discuten.¹⁵⁴

¹⁵² Cfr. G. Ariño. El concepto de servicio público y bases de su régimen jurídico, Madrid: Civitas, 1975, *passim*.

¹⁵³ G. Ariño Ortiz. Principios de Derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 393.

¹⁵⁴ El profesor G. Ariño Ortiz es un digno representante de una de las perspectivas más liberales acerca del rol del Estado, en su fecundo trabajo en el Derecho Administrativo. Para muestra, nos dice, por ejemplo, que «[l]a historia ha avanzado a gran velocidad en los últimos diez años y, tras la comprobación reciente de la ruina económica y empresarial a que se ha llegado cuantas veces se ha intentado poner en práctica estas ilusiones autogestionarias, hoy nadie se atreve a repetir esta “zarabanda verbal” socialista, en la que nadie —ni ellos mismos— creen ya» (Principios de Derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 407). La desconfianza en la gestión de estructuras burocráticas, el programa tradicional del Derecho Administrativo como el régimen contra la arbitrariedad, la promoción de la liberalización de actividades públicas, el régimen de control del gasto público, entre otros temas en que se ponen frente a frente visiones muy distintas de la realidad y que tienen un asiento fundamental en posturas ideológicas se pone de manifiesto en sus trabajos que empleamos en esta investigación como referencia de una de las posturas opuestas o, en cualquier caso, incompatibles con la tesis que se plantea. De su amplísima producción, ver G. Ariño Ortiz e Í. del Guayo Castiella. «¿Qué fue de los principios inspiradores de la liberalización energética, veinte años después de su iniciación?». *Cuadernos de energía*, núm. 53, 2017, pp. 35-42; G. Ariño Ortiz. «Regulación para la Convergencia: Nuevas Tendencias». *Revista AHCIET: revista de telecomunicaciones*, núm. 111, 2007; G. Ariño Ortiz. «Logros y fracasos de la regulación». *Themis: Revista de Derecho*, núm. 52, 2006, pp. 43-53; G. Ariño Ortiz. «Responsabilidades del Estado en materia de servicios públicos». *REDETI: Revista de derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red*, núm. 23, 2005, pp. 11-34; G. Ariño Ortiz. «Contrato de obra, concesión de obra, concesión de servicio público: ¿son técnicas

En España, por ejemplo, el art. 128 de la Constitución define como supuestos posibles de actuación pública: (i) la intervención de las estructuras de organización del Estado en ámbitos de actividad en concurrencia con el sector privado y (ii) la reserva a su favor de recursos y de servicios calificados como esenciales, de modo que en este caso, con independencia de la modalidad de gestión, la actuación pública es exclusiva, es decir, nadie más que los órganos y entidades del Estado está habilitado a participar por título propio.¹⁵⁵

Aunque servicio público no sea una categoría dogmática unívoca, de acuerdo al sistema jurídico se la puede configurar como una actividad de prestación de «titularidad pública» reconocida a través de la ley, lo que supone un derecho excluyente a su prestación. En este caso, el modo de abordar la conceptualización del servicio público está en la caracterización del servicio público como una actividad reservada a la Administración pública, cualquiera sea su contenido o la razón para su *publicatio*, de modo que la determinación de ciertas actividades prestaciones que se extraen del ámbito privado para que su organización y realización dependa exclusivamente la Administración pública es un asunto de sistema jurídico.

Por ejemplo, en Bolivia, a nivel constitucional se ha calificado como servicios básicos agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones.¹⁵⁶ Algo similar ocurre en Ecuador, donde los servicios públicos o las actividades que deban ser desarrolladas dentro de sectores estratégicos son reservas constitucionales o legales y, únicamente por excepción, pueden ser gestionados con la participación del sector privado, esto es, mediante la modalidad de APP.¹⁵⁷

El Estado ha asumido históricamente la titularidad —pero también liberado— ciertos bienes y determinadas actividades,¹⁵⁸ por diversas razones, políticas o fiscales.¹⁵⁹

intercambiales?». *Revista de derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red*, núm. 22, 2005, pp. 57-83; L. López De Castro y G. Ariño Ortiz. «Los servicios energéticos: organización y garantía de la competencia». *Revista de derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red*, núm. 20, 2004, pp. 11-48; G. Ariño Ortiz et al. «Un inventario de ideas fundamentales sobre la regulación de servicios públicos», *Themis: Revista de Derecho*, núm. 46, 2003, pp. 403-410; G. Ariño Ortiz. «Algunas ideas básicas sobre regulación de sectores estratégicos», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 9, 2000, pp. 9-26; G. Ariño Ortiz. «Liberalización y autonomías», *Informe Comunidades Autónomas*, núm. 2000, 2000, pp. 700-720; G. Ariño Ortiz. «El retorno a lo privado: ante una nueva encrucijada histórica», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 3, 1999, pp. 19-38; y, J. M. de la Cuétara Martínez y G. Ariño Ortiz. «Servicio público y servicio universal en las telecomunicaciones», *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, núm. 37, 1997 pp. 34-53.

¹⁵⁵ [España] Constitución, art. 128 («1. Toda la riqueza del país en sus distintas formas y, sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general. 2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general»).

¹⁵⁶ [Bolivia] Constitución boliviana, art. 20, apartado I.

¹⁵⁷ [Ecuador] Constitución de la República del Ecuador, arts. 313, 314 y 316.

¹⁵⁸ Ariño Ortiz se pronuncia en sentido negativo con respecto a los resultados, en los siguientes términos: «[A] la vista de las experiencias nacionalizadoras de los últimos sesenta años, la acumulación de bienes y capitales en mano pública —que es al fin y al cabo una “mano muerta”— no ha tenido hasta ahora gran éxito económico; que la empresa pública no ha conseguido un alto grado de ahorro e inversión, sino que, más bien al contrario, ha acumulado déficit y se ha comido el ahorro de los demás; [...] el sector público más que productor de renta ha sido consumidor de rentas sin que haya contribuido a elevar el nivel general de bienestar social». G. Ariño Ortiz. *Principios de Derecho público económico. Modelo de*

Este es un hecho que se refleja en los sistemas jurídicos y su evolución. Cuando ello ocurre, los bienes o actividades pasan a ser de titularidad del Estado, de modo que, los bienes se hacen de dominio público y las actividades se declaran servicios públicos.

La reserva pública de bienes o de actividades no implica necesariamente la exclusión de la participación privada en el aprovechamiento del bien o la gestión de la actividad, sino la variación de la titularidad y el régimen que aplica a los objetos de regulación. En el caso de la intervención del sector privado en estos ámbitos, el procedimiento supone la determinación de los términos y condiciones para que ello sea posible. La autonomía de la voluntad deja de ser la regla. La *publicatio*, por ello, puede implicar la introducción de un régimen particular que autorice concesiones administrativas, sean estas demaniales o de actividad (ejecución de obras o prestación de servicios), esto es, una habilitación específica para que los órganos y entidades públicas permitan al sector privado, sujeto al nuevo régimen, a emplear bienes demaniales o intervenir en la actividad ahora reservada al Estado.

Ahora bien, aunque no es necesario que ocurra, en ocasiones la *publicatio* implica que sujetos privados vean afectados derechos sobre los bienes sobre los que ejercían señorío o en relación con la actividad misma o los medios con los que la desarrollaban originalmente, en el ámbito de su libre actuación. Estas circunstancias se suelen explicar a través de los términos de «nacionalización» y «expropiación».¹⁶⁰ En los dos casos, está implícita una situación preexistente: se «nacionaliza» aquello que originalmente corresponde a un ámbito distinto, que por oposición a la noción de «nación», corresponde a lo individual y privado; con el mismo criterio, se expropia solo aquello que originalmente tuvo su dueño. También es posible que la idea de nacionalización sea sustituida por otros conceptos que dicen relación con el cambio de la titularidad pública del bien o la actividad: este sería el caso de la municipalización de ciertos servicios públicos. En estos supuestos también existe una situación precedente que se ve modificada por el cambio de la titularidad de la competencia, aunque en tal situación previa, la actividad siempre ha estado reservada al Estado, pero en tal caso, a favor de una entidad diversa.

Estado, gestión pública, regulación económica. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 401.

¹⁵⁹ G. Ariño Ortiz, para el caso español, ejemplifica este proceso con (i) los monopolios y estancos sobre ciertos productos o recursos como la sal, minas, bosques o cursos de agua (s. XVI), pólvora, plomo, azufre, naipes, aguardiente, el azúcar y los tabacos (s. XVII y XVIII), cerillas (s. XIX) o petróleos (1927); o, (ii) actividades como hornos, molinos o fraguas a favor del monarca o el señor feudal (s. XVI), servicio de correos y postas (s. XVIII), servicio telefónico (s. XIX), comunicaciones eléctricas por el éter (1907), el establecimiento y explotación de los sistemas y aparatos referidos a la telegráfica hertziana, telegráfica etérica, radiotelegrafía y demás procedimientos similares ya inventados o que puedan inventarse (1908), el suministro de energía eléctrica, agua y gas (1924) o los seguros de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional (1963). Cfr. G. Ariño Ortiz. Principios de Derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 397.

¹⁶⁰ Respecto de ellos se han formulado tesis encontradas sobre su alcance, unas para identificar los conceptos que evocan y otras que se orientan hacia su diferenciación. G. Ariño Ortiz manifiesta que la nacionalización es la «operación mediante la cual la propiedad de unos bienes, o un determinado tipo de bienes o factores de producción, o una empresa o un grupo de empresas, se transfiere a la colectividad con el fin de sustraerla a la dirección capitalista» y la expropiación es « Principios de Derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 393-403.

En realidad, los conceptos que comentamos en ocasiones se encuentran ligados, pero usualmente se emplean en contextos diversos, donde se puede observar que el discurso ideológico prima, por sobre cualquier consideración técnica.¹⁶¹ En cualquier caso, lo relevante de esta situación, desde la perspectiva jurídica, siempre ha sido determinar la responsabilidad del Estado, incluso en su condición de legislador,¹⁶² que nacionaliza o expropia y la procedencia de la respectiva indemnización al sujeto afectado por una decisión de este tipo. Concebir un derecho preexistente y su afectación a través de la modificación mediante del ordenamiento jurídico suscita problemas teóricos de profunda importancia: ¿las variaciones del sistema jurídico pueden implicar afectación de los derechos preexistentes o es un caso de configuración misma del derecho? La respuesta a esta cuestión depende de, al menos, dos posiciones teóricas:

Primero, si presumimos un conjunto de derechos metajurídicos, toda intervención de la autoridad en ejercicio de competencias determinadas en el sistema jurídico implica una alteración de la situación original. Como es evidente, esta postura corresponde a las doctrinas del derecho natural, y la que es de esperar de cualquier línea especialmente liberal.

Segundo, una visión positivista, no podría consentir derechos por fuera del sistema jurídico, de modo que es el legislador al que le corresponde configurar la situación activa o pasiva de los integrantes de una sociedad sujeta a determinado sistema jurídico. Desde tal perspectiva las variaciones del sistema jurídico dirigidas a configurar derechos y obligaciones, en principio, no implican una violación del derecho preexistente y reconfigurado, que deba ser resarcida por la sociedad, pues cualquiera sea la situación del sujeto toda invocación debe ser justificada desde el mismo sistema jurídico.¹⁶³ En otros términos, las modificaciones operadas en el sistema jurídico configuran el derecho mismo que puede ser alegado y, en tal caso, no existe expropiación alguna y su consecuente indemnización sino es desde los parámetros del mismo sistema jurídico. No obstante, de esta línea de principio no se sigue que, en ningún caso, un sujeto que invoca un derecho preexistente que se ve alterado por una decisión pública, no deba ser indemnizado por las afectaciones que se hubieran justificado. Si no fuera así, no se podría considerar ninguna responsabilidad del Estado en ejercicio de su potestad normativa. El caso, pues, debe ser ubicado desde la revisión de la fuente del derecho alegado, su jerarquía, y las previsiones que el mismo sistema reconoce en caso de su vulneración. Por ejemplo, si el sistema jurídico ha otorgado derechos constitucionales, cuyo alcance no se disputa, las variaciones del legislador

¹⁶¹ G. Ariño Ortiz, por ejemplo, enfatiza el empleo de la noción de nacionalización como una reivindicación socialista y encuentra que su diferenciación con el de expropiación es «artificiosa y peligrosa», que ha dado lugar a que en procesos de nacionalización no se reconozcan las indemnizaciones a las que pudieron tener derecho los afectados. Cfr. Principios de Derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 393-403.

¹⁶² Ver el clásico trabajo de J. A. Santamaría Pastor. «La teoría de la responsabilidad del Estado legislador». *Revista de Administración Pública*, núm. 68, 1972, pp. 57-136.

¹⁶³ [España] Tribunal Supremo. Sentencia 1574/1970, de 22 de mayo de 1970. Conforme a esta sentencia, Tribunal español consideró que con respecto a la cesación de las actividades que venían realizando las empresas mercantiles en relación con el seguro de accidentes del trabajo, producto de la *publicatio* dispuesta mediante ley (1963 y 1966), «no existe posibilidad legal de abrir el expediente de expropiación ni, por tanto, derecho a indemnización alguna con base en las normas vigentes».

ordinario sobre el cambio del titular público de la actividad no implican la mutilación de tales derechos preexistentes, aunque se habilite al nuevo titular de la competencia a modificar la situación preexistente del sujeto titular de los derechos preexistentes, a través de los causes que el mismo sistema jurídico autoriza. Así, de un procedimiento de municipalización de un servicio público, inicialmente a cargo de otro nivel de gobierno, no se sigue la expropiación del concesionario original e indemnización, si se respetan los derechos preexistentes hasta su extinción ordinaria según el régimen que les dio origen. No obstante, rescatado el servicio, por fuera del marco jurídico de origen, se habría efectuado una expropiación que exige las reparaciones que el mismo sistema jurídico otorga al afectado.¹⁶⁴

Quedémonos con dos ideas centrales acerca de los avances en la conceptualización del servicio público, que son comunes a los sistemas jurídicos analizados: el Estado, a través de la Administración pública, realiza actividades económicas en situación de monopolio de derecho (*publicatio*), pero también en concurrencia con el sector privado¹⁶⁵ y, en este último caso, es también posible un monopolio estatal, pero en tal caso por razones de hecho. Las actividades que desarrolla el Estado como servicio público se justifican en el cumplimiento del rol que históricamente ha asumido en relación con los derechos fundamentales de las personas: a través del servicio público se busca satisfacer necesidades que la comunidad, a través del sistema jurídico positivo, califica de esenciales y, en ello, se justifica la reserva a favor del Estado.

¹⁶⁴ Un buen ejemplo en el ámbito de la municipalización de los servicios de agua (en su ciclo integral) está en una reciente sentencia del Tribunal Supremo en la que, con ocasión de determinar la procedencia de un procedimiento negociado para elegir al socio privado en una compañía de economía mixta destinada a la provisión de los servicios públicos, se establece la vigencia de los derechos preexistentes del concesionario original. El Tribunal Supremo se manifestó: «Pero no puede afirmarse que, ni la evolución normativa en materia de aguas, ni la sucesión competencial —a la que se ha hecho referencia (Ayuntamiento de Barcelona, CMB y AMB)—, ni los dos intentos frustrados de municipalización o supramunicipalización, ni, en fin, tampoco los actuales Acuerdos impugnados, hubieran afectado a la titularidad de la concesión de 1953 ---que lo es de la entidad SGAB---, o, a su valoración como parte del patrimonio de dicha entidad, al objeto de tomar en consideración sus "derechos de exclusiva" con la finalidad de poder utilizar la vía excepcional del procedimiento negociado para la selección del socio privado de la entidad que procedería a la gestión del servicio de aguas. Esto es, que, por ninguno de los motivos expresados, se transformó su naturaleza —deviniendo la concesión provisoria, tácita o en precario—, o se produjo la nulidad de la misma, habiéndose mantenido, con plenitud de efectos, desde su otorgamiento hasta la municipalización del servicio. Por tanto, ni el Estado, en 1953, actuó extracompetencialmente otorgando una concesión "provisoria, tácita o en precario", ni el contenido de la "plena" concesión, por un período de 99 años, se vio afectada, en su contenido, ámbito, titularidad o temporalidad, por la incidencia que sobre la misma pudieran haber tenido las sucesivas modificaciones legislativas, bien materia de aguas, bien en materia de gestión de servicios públicos por las entidades locales». [España] Tribunal Supremo. Sentencia 3681/2019, de 20 de noviembre de 2019 (recurso núm. 1434/2016), FD 7.4.

¹⁶⁵ A. Ballesteros y M. Ballesteros. Manual de Gestión de Servicios Públicos Locales, Madrid.

(iii) *El cambio del paradigma de los servicios públicos en función de los servicios económicos de interés general*

Junto al concepto de servicio público está el de «actividades económicas de interés general».¹⁶⁶ La Comisión Europea¹⁶⁷ definió la relación entre los servicios económicos de interés general y los servicios públicos de el siguiente sentido: «los servicios de interés general desempeñan un papel cada vez más decisivo, como parte de los valores compartidos por todas las sociedades europeas y elemento esencial del modelo europeo de la sociedad», en tanto que, «los servicios públicos de interés general ocupan un lugar destacado en el deber político», pues, definen el rol que les corresponde a los poderes públicos como garantes del buen funcionamiento del mercado y, al mismo tiempo, del interés general, expresado como la satisfacción de las necesidades esenciales de los ciudadanos y la preservación de los bienes públicos, cuando el mercado, por sí solo, no pueda asegurar estos aspectos.¹⁶⁸

Como más adelante señalado, los servicios económicos de interés general no pueden ser reservas públicas en el sentido tradicional del servicio público, porque están sujetos a las reglas generales de competencia en el espacio de la UE, aunque en ellos se pueda proveer obligaciones de servicio público a cargo del operador. Por otra parte, el sentido del servicio público en el contexto comunitario es distinto: no se trata de un asunto de *publicatio*, sino de la atribución específica de un rol al Estado marcado por una concepción liberal. Al Estado le corresponde ocupar la función de un «productor no de mercado», concepto que analizamos en el siguiente apartado.

Con este marco, tenemos, en síntesis, que la actividad prestacional de la Administración pública puede referirse a:

¹⁶⁶ [UE] Carta Europea de los Derechos Fundamentales, art. 36 («La Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios económicos de interés general, tal como disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión»).

¹⁶⁷ Comisión de las Comunidades Europeas produjo en el año 2003 un «Libro Verde sobre los servicios de interés general» [Bruselas, 2.3.2003, COM (2003) 270 final], en el que se resalta que: «los servicios de interés general desempeñan un papel cada vez más decisivo, como parte de los valores compartidos por todas las sociedades europeas y elemento esencial del modelo europeo de la sociedad; [...] los servicios públicos de interés general ocupan un lugar destacado en el deber político. En efecto, atañen a una cuestión crucial, la de determinar el papel que corresponde a los poderes públicos en una economía de mercado para garantizar, por una parte, el buen funcionamiento del mercado y el respeto de las reglas de juego por parte de todos los agentes implicados y, por otra, para salvaguardar el interés general, especialmente la satisfacción de las necesidades esenciales de los ciudadanos y la preservación de los bienes públicos, cuando el mercado, por sí solo, no pueda asegurar estos aspectos»

¹⁶⁸ De conformidad con el art. 14 del TFUE, no obstante la habilitación para el empleo de ayudas públicas en los casos autorizados por los Tratados, le corresponde a la UE y a los Estados miembros, dentro de las competencias de cada uno y con arreglo al régimen comunitario y los principios y condiciones establecidos por el Parlamento Europeo y el Consejo, que los servicios económicos de interés general cumplan su cometido, que incluye la promoción de la cohesión social y territorial. En esta norma se reconoce la competencia de los Estados miembros «para prestar, encargar y financiar» estos servicios económicos de interés general.

- servicios esenciales y no esenciales,¹⁶⁹ donde su caracterización viene dada por una calificación efectuada por el legislador,¹⁷⁰ como la realizada en la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local para el ámbito local español; y,
- servicios exclusivos y de prestación concurrente, en función de si existe o no un reserva legal respecto del ámbito de actividad económica de la que se trate.

Sin embargo, este esquema básico estaría alterado en el caso de España, por los efectos de la calificación de servicios económicos de interés general que proviene del derecho comunitario. En otros términos, pese a que se trata de una potestad pública la reserva de ciertos servicios que se consideran esenciales, el ejercicio de ella debe excluir aquellas actividades que en el ámbito comunitario están sujetas a las reglas de libre concurrencia.

Como tendré la oportunidad de exponer este factor es determinante para la aplicación del IVA, con independencia de la naturaleza de la contraprestación que se pague por el servicio.

(b) La conceptualización de la tasa en función del régimen jurídico en que se desarrolla la actividad pública

La dificultades que implica la conjunción de conceptos tales como servicio público¹⁷¹, ente público y Derecho público en la determinación de la naturaleza jurídica de los ingresos públicos, parecía superada con la configuración de todo tributo como una obligación *ex lege*.

Sin embargo, un dato relevante que fue empleado para la discusión acerca de si la contraprestación por un servicio debía ser considerada una tasa o un precio estuvo en la referencia al *régimen de Derecho público que califica el servicio* o actividad pública que sirve de hecho imponible para una tasa.

En efecto, en el sistema jurídico español se definió la tasa de modo en que se resaltó que son tributos cuyo hecho imponible consiste —de acuerdo a determinadas condiciones— en la prestación de servicios públicos o la realización de actividades públicas «en régimen de Derecho público».

En esta definición de tasa por servicios y actividades públicas parece latente la doctrina que diferencia la tasa de otras prestaciones no tributarias en la calificación del régimen que regula el servicio o actividad públicos, más que en lo que respecta a la fuente de la obligación.

El régimen jurídico aplicable —dice M. S. Gianinni¹⁷²— es el referente adecuado para la calificación de los ingresos públicos. Hay tres regímenes posibles en esta concepción: el Derecho privado común, el Derecho privado especial (reconducible

¹⁶⁹ [España] Tribunal Supremo [Sala de lo Contencioso Administrativo]. STS de 22 septiembre 1994 [RJ 1994/7137]. El servicio de suministro de agua potable a los ciudadanos es un servicio público esencial de titularidad municipal.

¹⁷⁰ M. Muñoz. Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público. Madrid: Civitas, 2004.

¹⁷¹ El servicio público dentro de estas consideraciones podría ser calificado por el régimen que lo regula, por la relevancia del interés que alienta su prestación, o por el carácter del sujeto que lo presta.

¹⁷² Cfr. M. S. Giannini. «Canoni e tasse di concessioni comunali» en *GC*, 1962, I, p. 1315 y ss.

al primero con las modificaciones derivadas del régimen de Derecho público) y el Derecho público.

Dado que el Estado puede actuar únicamente dentro de los límites y con las potestades y privilegios fijados en la ley (régimen de Derecho público), la regla general debería ser que, como cualquier otro sujeto de derecho, su actuación se ha de desenvolver en el régimen de Derecho privado cuando interviene en actividades económicas y, cuanto más, con las modificaciones particulares que se hayan previsto para determinadas actuaciones (régimen de Derecho privado especial).

Por ello se dice que la excepción se verifica cuando la Administración pública actúa en ejercicio de sus funciones públicas, esto es, dentro de una relación con el particular que puede ser calificada de Derecho público.

Con este planteamiento, tendiente a superar los inconvenientes de la calificación del servicio, M. S. Gianinni consideraba que la tasa estaría unida al ejercicio del poder público —función pública— y no a la prestación de cualquier otro servicio que podría ser efectuada en régimen de Derecho privado.

En este planteamiento lo que se busca resaltar es que lo importante en la determinación de lo que es una tasa no es la naturaleza del servicio o la relevancia del interés público en su prestación o el sujeto que efectivamente lo presta, sino el régimen jurídico que regula las relaciones entre el suministrador del servicio y el usuario. Solo por excepción cabe un régimen que autorice un ejercicio de potestades públicas en una materia ordinariamente regulada por el Derecho privado.

De tal manera que alrededor de la tasa como manifestación de la potestad pública se exigen los límites que a cualquier otra forma del ejercicio de la autoridad.

Sin embargo, no parece ser este un criterio que limite al legislador, en la medida en que a este le corresponde determinar tal régimen.

La utilidad de esta tesis se encuentra en el ámbito de la prestación de servicios y realización de actividades en los que sus prestatarios no tienen potestad de intervenir en la modificación normativa de las relaciones con los particulares.

La tesis se reduce a un referente deductivo para la calificación de la naturaleza jurídica de los ingresos públicos a partir de la calificación del régimen que regula la actividad en el que se desarrolla la actividad (que le precedería), pues, es verdad que en línea de principio las tasas están relacionadas con el ejercicio de funciones públicas, pero como queda dicho, el espacio que tiene el legislador es lo suficientemente amplio para definir el régimen aplicable a la prestación patrimonial y modificar la manera en que se regulan las relaciones entre el ente público y el receptor de los servicios.

El mismo autor reconoció que el legislador puede atribuir a determinada relación o prestación una naturaleza distinta a la que se deriva del sistema y la tradición legislativas, pero en cualquier caso tal modificación ha de encontrar su propia justificación y ha de contar con su propio subsistema sectorial, en caso contrario la figura será regulada por el núcleo normativo más cercano.¹⁷³

En este sentido el Tribunal Constitucional ha señalado que:¹⁷⁴

¹⁷³ Cfr. M. S. Giannini. «Canoni e tasse di concessioni comunali: la c.d. occupazione di aree pubbliche», en *Studi in memoria di Guido Zanobini*, s.l., p. 1329.

¹⁷⁴ [España] STC185/1995, FJ 3.

[E]l hecho de que los entes públicos tengan una posición determinante en la configuración del contenido o las condiciones de la obligación e incluso el hecho de que esos entes se reserven determinadas potestades exorbitantes en caso de incumplimiento de la obligación —como son ciertas facultades derivadas de la ejecutoriedad y la autotutela—, tiene un relieve secundario en orden a determinar el grado de coactividad de las prestaciones pecuniarias, dado que ha sido el particular el que ha decidido libremente obligarse, sabiendo de antemano que los entes públicos de quienes ha requerido la actividad, los bienes o los servicios gozaban de esas prerrogativas. El sometimiento de la relación obligacional a un régimen jurídico de Derecho Público no es suficiente por sí solo para considerar que la prestación patrimonial así regulada sea una prestación de carácter público en el sentido del artículo 31.3 de la C.E.

Desde esta perspectiva, una prestación sometida a un régimen de Derecho público puede no formar parte de las prestaciones patrimoniales de carácter público, y si efectivamente puede ser calificada como tal —por su coactividad material—, no necesariamente entra a formar parte de aquellas con carácter tributario; y, en este mismo esquema, si se tratara de un tributo, este no tendría que ser indefectiblemente una tasa.

(c) Efectos en el ámbito tributario vinculados con la calificación del servicio como público

Hay cierta vinculación de la conceptualización del servicio público, como prestación sujeta a reserva y de titularidad del Estado, y la naturaleza de la prestación pecuniaria que se paga por el servicio.

Así mismo, la característica del servicio público como un caso dentro del universo de actividades económicas que puede realizar Administración pública, como servicios económicos de interés general, genera también un efecto directo dentro del ámbito de la UE.

La posición de la Administración pública como suministrador de servicios, en su situación activa como en la pasiva, varía también, en función de la naturaleza del servicio que se provee.

Finalmente, el modelo de gestión con el que la Administración actúa para proveer servicios a la comunidad está también vinculada con la calificación del servicio y la prestación pecuniaria que se paga por él.

Tiene pleno sentido para la determinación de la naturaleza de las contraprestaciones la clasificación de los servicios que desarrolla la Administración pública, pues, en principio, las actividades que constituyen reservas públicas, servicios públicos en estricto sentido, siempre pueden ser supuestos generadores de tributos, sin que ello signifique el legislador pueda atribuir otro tipo de régimen a la contraprestación por tales servicios. Mientras que, las actividades de interés económico general no tienen reserva pública y, como actividades que se desarrollan en concurrencia con el sector privado, viene de suyo que se empleen herramientas de Derecho privado como los precios para fijar las contraprestaciones. No parece que tenga una justificación la

determinación de un tributo (distinto al impuesto) por prestaciones que están reguladas por normas que rigen los mercados.

Otro es el problema que se presenta a la hora de generar reservas en aquellos espacios de actividad económica que, en el ámbito de la UE, no corresponde a los servicios públicos.¹⁷⁵⁻¹⁷⁶ En este caso, una reserva pública de una actividad económica que, en el marco de la UE, está sometida a las reglas y libertades comunitarias trae consigo responsabilidad internacional.¹⁷⁷ Son servicios de carácter comercial o industrial y, desde la perspectiva del mercado en el que interviene la Administración pública, sin ninguna justificación para su reserva, son objeto de contraprestación sinalagmática por parte de los usuarios.¹⁷⁸

Mayor es la controversia en relación con servicios públicos en estricto sentido que la Administración busca gestionarlos a través de gestión indirecta. En este supuesto, de acuerdo con la tradición del servicio público esbozada, correspondería el cobro de una tasa por la naturaleza del servicio retribuido, pero por el cambio del modelo de gestión se produciría una variación radical del régimen de prestaciones pecuniarias que se pagan por la prestación del servicio, sin que cambie la naturaleza del servicio. Este es, precisamente el caso de España y el de la mayor parte de los países hispanoamericanos.

¹⁷⁵ [UE] TSJCE, de 17 de febrero de 1993, asuntos acumulados C-159/91 y C-160/91, Christian Poucet c. Assurances Generales de France et Caisse Mutuelle Regionale du Languedoc-Rousillon et Daniell Pistre c. Caisse Autonome Nationale de Compensation de l'Assurance Viellesse des Artisans, TJCE\1993\19 («[...] los regímenes de seguridad social se basan en un sistema de afiliación obligatoria que resulta indispensable tanto para la aplicación del principio de solidaridad como para el equilibrio financiero de tales regímenes, [...] las entidades gestoras desempeñan una función de carácter exclusivamente social basado en el principio de solidaridad nacional, que carece de toda finalidad lucrativa, por lo que dicha actividad no es una actividad económica. La exclusión de las normas de la competencia se funda, por tanto, en el carácter no económico de la actividad y en la necesidad de eximirse de aquellas reglas para poder cumplir la misión encomendada a la empresa. “18. Ahora bien, las Entidades Gestoras del seguro de enfermedad y los organismos que participan en la gestión del servicio público de Seguridad Social desempeñan una función de carácter exclusivamente social. En efecto, tal actividad se basa en el principio de solidaridad nacional y carece de toda finalidad lucrativa. Las prestaciones que se abonan son prestaciones legalmente determinadas e independientes de la cuantía de las cotizaciones. 19. De lo anterior se deduce que dicha actividad no es una actividad económica y que, por lo tanto, las entidades encargadas de la misma no constituyen empresas en el sentido de los artículos 85 y 86 del Tratado (LCEur 1986\8). 20. Habida cuenta de todas las consideraciones precedentes, procede responder al órgano jurisdiccional nacional que en el concepto de empresa, en el sentido de los artículos 85 y 86 del Tratado, no están comprendidas las entidades encargadas de la gestión de los regímenes de la Seguridad Social, como las descritas en las resoluciones de remisión”»).

¹⁷⁶ [UE] TSJCE de 19 de enero de 1994, asunto C- 364/92, Sat Fluggesellscha GmbH c. Eurocontrol, TJCE\1994\3. Se establece que determinados organismos están exentos o excluidos de las reglas de libre competencia, ya que sus ámbitos de actuación están ligados a la soberanía nacional, y que el ejercicio de su misión está revestido de prerrogativas públicas. En definitiva se trata de servicios públicos ajenos a la idea de explotación comercial con fines lucrativos.

¹⁷⁷ TSJCE (Sala Sexta), de 23 de abril de 1991, asunto C-41/90, Höffner y Elser c. Macrotron GmbH, TJCE 1991\180. («Una oficina pública de empleo, que ejerce actividades de colocación, está sometida a la prohibición del artículo 86 del Tratado, en tanto que la aplicación de esta disposición no impida el cumplimiento de la misión específica a ella confiada. El Estado miembro que le ha atribuido el derecho exclusivo de colocación infringe el apartado 1 del artículo 90 del Tratado cuando crea una situación en la que la oficina pública de empleo se ve obligada necesariamente a infringir los términos del artículo 86 del Tratado. [...]»).

¹⁷⁸ Cfr. E. Malaret García. «Servicio público, actividad económica y competencia», en *Revista de Estudios de Administración Local*, núm. 291, 2003.

En sentido contrario a esta tendencia, por ejemplo, en Colombia la Administración tributaria ha señalado que «[e]l hecho de que el servicio u obra se preste o realice a través de una concesión no lo desnaturaliza, solo que en este caso el Estado se vale de la extensión, que para la realización de obras o funciones propias le permite la ley realizar por medio del particular» y, teniendo como base este criterio, concluye que los «hechos u operaciones, cuando son realizados por el Estado, no causan IVA, por lo que la misma norma previó que igualmente cuando el Estado opere a través de concesiones tampoco se causa con la finalidad de no propiciar distorsión frente a la posibilidad de las entidades públicas de actuar directamente utilizando los elementos y medios del Estado, o cuando por diversas razones, sea necesario utilizar la figura de la concesión manejada por un particular».¹⁷⁹

(d) La correspondencia de la naturaleza del servicio con el tipo de prestación que el usuario paga por él

Decía que son pocas las excepciones sobre la calificación como precio a la prestación que se paga al gestor privado por un servicio público. Uno de estos casos se puede encontrar en el Ecuador, donde la *publicatio* de la actividad prestacional a cargo de la Administración determina la naturaleza de la contraprestación.

En efecto, la Corte Constitucional ecuatoriana ha dejado establecido que la prestación que se paga por todo servicio público, cualquiera sea su modelo de gestión, es siempre una tasa.¹⁸⁰

Sin perjuicio de tal calificación, por otra parte, el sistema jurídico ecuatoriano no ha dado una solución explícita al tratamiento fiscal que se ha de dar a los servicios públicos en relación con las imposiciones indirectas. Nótese, por ejemplo, que en España los servicios por los que el Estado cobra una tasa (tributo) no está sujeta a IVA.

Dado que la Ley de Régimen Tributario Interno ecuatoriana fija una tarifa del 0 % del IVA sobre ciertos servicios públicos,¹⁸¹ con independencia del prestador del

¹⁷⁹ [Colombia] Dirección Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN). Concepto Unificado de Impuesto sobre las Ventas, de 1 de junio de 2003 [en línea], [consulta: 12/01/2018]. Disponible: http://www.nuevalegislacion.com/files/susc/cdj/doct/CONCEPTO_UNIFICADO_DE_IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS 1 DE 19 DE JUNIO DE 2003.

¹⁸⁰ [Ecuador] Corte Constitucional. Sentencia núm. 033-09-SIN-CC, de 23 de julio de 2009, publicada en el Registro Oficial (Suplemento) núm. 644, de 29 de julio de 2009. En ella Se declara la inconstitucionalidad parcial por el fondo del pronunciamiento del señor Procurador General del Estado, contenido en el oficio No 5569, de 5 de enero del 2009, referente a la pregunta b) de la consulta solicitada por el señor Contralor General del Estado, mediante oficio No 024133-DJDJ-2008 de 23 de septiembre del 2008. Además de mutar la naturaleza jurídica de las absoluciones de consultas sobre la inteligencia del ordenamiento jurídico, en esta sentencia se establece que los cargos aeroportuarios previstos en un contrato de concesión tienen naturaleza de tasas.

¹⁸¹ [Ecuador] Ley de Régimen Tributario Interno, publicada en el Registro Oficial (Suplemento) núm. 463, de 17 de noviembre de 2004, art. 56. Tienen tarifa del 0 %, los siguientes servicios públicos: (i) transporte nacional terrestre y acuático de pasajeros; (ii) salud; (iii) servicios públicos de energía eléctrica, agua potable, alcantarillado, los de recolección de basura; y, de riego y drenaje; (iv) educación en todos los niveles; (v) guarderías infantiles y de hogares de ancianos; (vi) administrativos prestados por el Estado y las entidades del sector público por lo que se deba pagar un precio o una tasa tales como los servicios que presta el Registro Civil, otorgamiento de licencias, registros, permisos y otros; (vii) utilización de las carreteras y puentes por el que se pague un peaje y pontazgo. Algunos de los servicios que no se califican

servicio público y la naturaleza de la prestación pecuniaria que se paga, la autoridad tributaria ha estimado que el tipo ordinario se aplica en cualquier caso de servicios públicos prestados en gestión indirecta a los que no se les aplique un régimen especial. Más aún, en tratándose de servicios públicos que no tengan un tratamiento específico en el régimen aplicarían los tributos comunes, con independencia de la naturaleza de la prestación.

En estas circunstancias y considerando que cuando la calificación de la naturaleza jurídica de la contraprestación por el servicio público suministrado en gestión indirecta es de un tributo, se generan problemas prácticos en la estructuración financiera de un proyecto APP. Conviene reiterar que en estas circunstancias caben dos posibilidades:

- Estructurar el proyecto de modo tal que quien sea el pagador por los servicios sea la misma Administración pública. Aspecto este que puede generar problemas si el régimen presupuestario obliga a que los ingresos públicos tengan que ser recaudados y gestionados a través de los sistemas de cuenta única. La complicación en este caso es que el gestor privado y el financiador externo pierden el control del flujo de ingresos, aumentando el riesgo en la operación.
- Proceder con la cesión del derecho de crédito, antes de que se produzca el flujo. Esta fue la solución adoptada en el caso de las tasas aeroportuarias en el Ecuador. Nótese que no es pacífico considerar que sea posible ceder el derecho de crédito derivado de la ocurrencia del hecho imponible en un tributo, como efecto del principio de indisponibilidad del crédito tributario. Sin embargo, más allá de cualquier consideración teórica, este es un asunto de regulación en el sistema jurídico positivo.

En efecto, de conformidad con el art. 46, letra c, de la Ley APP paraguaya, la Administración pública, en calidad de fideicomitente, puede destinar a los fideicomisos que se estructuran con ocasión del un proyecto APP, entre otros, «[l]os impuestos que tengan un destino específico incluyendo sus flujos presentes y futuros, siempre que los fondos provenientes de estos ingresos sean destinados a los fines para los cuales fueron creados o establecidos».¹⁸²

Esta regla muestra cómo, en el ámbito hispanoamericano, el principio de indisponibilidad del crédito tributario¹⁸³ presenta excepciones a su corolario respecto de la Administración tributaria como el acreedor ordinario de créditos de naturaleza

de públicos y en los que participa el Estado, también tienen tarifa 0%: (i) construcción de vivienda de interés social; y, (ii) carga eléctrica brindado por las instituciones públicas o privadas para la recarga de todo tipo de vehículos cien por ciento (100%) eléctricos.

¹⁸² [Paraguay] Ley APP paraguaya, art. 46, letra c.

¹⁸³ En España, las reglas de partida están contenidas en el art. 18 de la Ley General Tributaria («El crédito tributario es indisponible salvo que la ley establezca otra cosa»), que se complementa con el art. 17.5 *ibidem* («Los elementos de la obligación tributaria no podrán ser alterados por actos o convenios de los particulares, que no producirán efectos ante la Administración, sin perjuicio de sus consecuencias jurídico-privadas»). Tales normas han sido señaladas por el Tribunal Supremo para excluir la posibilidad de que sea un tercero el que, invocando una cesión ordinaria de créditos, se presente ante la Administración tributaria para solicitar la devolución que a la que el cedente tendría derecho. Véase, por ejemplo, [España] Tribunal Supremo. Sentencia 4678/2011, de 11 de julio de 2011 (recurso núm. casación 3539/2007). Ello significa una evolución de en la tesis inicial, en la que se consideraba posibles n la medida en que el deudor, esto es, la Administración tributaria sea informada de la cesión.

tributaria. Si conforme al principio de indisponibilidad del crédito tributario los sujetos pasivos en la relación jurídica-tributaria no están habilitados para variar sus elementos subjetivos u objetivos, a través de negocios jurídicos con terceros, por tratarse de una relación *ex lege*, entonces la Administración tributaria tampoco podría hacerlo, salvo que en uno u otro caso exista expresa previsión legal.

El caso es, pues, un ejemplo conforme al cual la Administración competente puede ceder,¹⁸⁴ previa su conversión en un flujo de ingresos,¹⁸⁵ el crédito tributario de impuestos con destino prefijado, como aporte a la constitución de fondos extrapresupuestarios destinados a los proyectos APP.

C. LA RELEVANCIA DEL SUMINISTRADOR DEL SERVICIO PÚBLICO PARA LA CALIFICACIÓN DE LA CONTRAPRESTACIÓN

(a) La naturaleza jurídica de la prestación pecuniaria por los servicios prestados directamente por la Administración (cualquiera sea el modelo de gestión empleado)

La cuestión a resolver en este apartado es si la naturaleza jurídica del prestador del servicio público determina aquella que le corresponde a la contraprestación.

Cuando la Administración provee los servicios directamente la contraprestación pecuniaria que paga el usuario podría ser una tasa o un precio. En este caso, un precio público si el suministrador es la Administración pública.

Esta es la conclusión a la que hemos llegado hasta ahora, en el contexto del régimen español, con independencia de las exigencias de la reserva de ley cuando el servicio a retribuir coloca al usuario en una situación de coacción formal (servicios obligatorios) o material (servicios imprescindibles).

En principio, salvo por los límites supralegales incluidos en el mismo sistema jurídico positivo, la calificación de la prestación pecuniaria es una atribución del legislador al configurarla y someterla a un específico régimen. Cuando el legislador califica a la prestación como tasa o precio, la está ligando a un subsistema de normas que fijan una competencia, un procedimiento, un marco de justificación y, con el mismo sentido, unos específicos referentes de control de legalidad y constitucionalidad.

El problema que se suscita es que, para propósitos del control de la labor del legislador, el órgano competente, con independencia de la nomenclatura usada para la prestación —como ya lo he apuntado—, asume bajo su competencia la evaluación de la configuración de la prestación para atraerla o distanciarla de aquellos criterios que invoca para realizar su control. De modo que la decisión de someter una prestación específica (tasa o precio) a un subsistema más amplio de determinaciones que le

¹⁸⁴ Sobre la cesión de créditos de naturaleza tributaria, desde la perspectiva del contribuyente, puede consultarse A. González Pino. «Las cesiones de crédito de naturaleza tributaria» [base de datos]. *Actualidad Administrativa*, núm. 5, 2016. [Disponible: www.smarteca.es, consulta: 22/02/2016]

¹⁸⁵ Es una necesidad que la cesión se haga del activo (cuenta por cobrar), porque de lo contrario se incurriría en la vulneración del principio de universalidad y caja única en relación con los ingresos públicos.

preceden, parece una discusión entre el originador del enunciado normativo y su contralor que rebasa los aspectos puramente jurídicos.

En lo que es común a los sistemas jurídicos comparados, las diferencias en el régimen aplicable a las prestaciones pecuniarias por servicios provistos por la Administración, en función de su calificación como tasas o precios, están principalmente en (i) la forma en que pueden ser fijadas y (ii) en los límites cuantitativos a las que están sujetas cuando son determinadas por el órgano competente.

Las tasas, por su naturaleza tributaria, son una manifestación de potestad o autoridad pública, de una capacidad de decisión soberana encomendada y ejercida a través de la estructura con que se organiza la comunidad y que se plasma en el ejercicio de competencias normativas e impositivas. En virtud de la competencia normativa, una tasa tiene siempre origen en la ley (obligaciones *ex lege*), con independencia de las particularidades de la actividad pública que se encuentra presente en su hecho generador y aunque la intensidad de la participación de otros instrumentos normativos en su configuración sea mayor. En lo que respecta a su cuantía, una tasa no puede superar los costes y gastos para la producción y mantenimiento del servicio que sirve de hecho imponible, como rasgo común.

Un precio público, aunque se requiera la ley como fuente de competencia para su establecimiento por el principio de legalidad administrativa, puede ser establecido por decisión del legislador mediante ley como en el caso de una tasa, pero también puede fijarse a través de un acto administrativo o uno convencional, salvo que se trate de un mecanismo indirecto de restricción de los derechos fundamentales de las personas o, en la línea de la jurisprudencia constitucional española, se trate de una prestación patrimonial de carácter público.

Su cuantía tiene como base, y ya no como límite, los costes y gastos de su producción. La idea de generar un excedente a través de la provisión del servicio del que se trate está alejada de la tasa, tributo para cuya configuración se sustituye la norma de capacidad contributiva como criterio de imposición, por el de equivalencia, y el principio de solidaridad al que se arregla la financiación del gasto público de modo general, por el de conmutatividad en la financiación de la actividad pública.

Pero encontrar una respuesta a la cuestión desde la problemática de la gestión indirecta es mucho más complicado, pues, la naturaleza jurídica del servicio no muta por efecto de la modalidad de gestión. Es más difícil aún el caso, cuando la Administración pública interpone en su gestión una estructura societaria de Derecho privado, pues, en este supuesto, no solo que no cambia la naturaleza jurídica del servicio a ser provisto, sino que el medio empleado por la Administración para acometer directamente su gestión no supone que la potestad pública haya sido trasladada temporalmente a un gestor privado.

En España, la respuesta hoy puede ser categórica cuando se trata de las contraprestaciones que paga el usuario a un ente privado (gestor privado o personificación privada de la misma Administración): cuando el servicio público es prestado por un sujeto de Derecho privado, las contraprestaciones que se cobran a los usuarios son siempre precios, denominados «tarifas». El asunto ha pasado ya por un examen de constitucionalidad.

Esta respuesta, no obstante, debe ser puesta en relación con el régimen tributario específico¹⁸⁶ y en él es posible encontrar diferencias de tratamiento, por ejemplo, en materia de IVA cuando el servicio es prestado por un ente privado instrumental («medio propio») cuando es provisto para la misma Administración pública de la que depende.

No obstante, la calificación legislativa de la prestación pecuniaria como tasa o precio cuando está ligada a un servicio público no resulta sencilla en ninguno de los otros sistemas jurídicos analizados, si se considera el debate que ha dado origen a las decisiones normativas incorporadas a los sistemas jurídicos, por la aparente inconsistencia teórica que se puede vislumbrar.

¿Por qué nos interesa la calificación de la prestación a partir de la naturaleza jurídica del suministrador del servicio? Se trata de uno de los puntos de conexión con los que el régimen tributario se vincula. Usualmente, si se trata de una tasa, por ejemplo, no se genera IVA; si, por el contrario, es un precio, el IVA depende del suministrador y el tipo de servicio.

De modo que, en la medida en que el cambio de la modalidad de gestión supone variaciones en el tratamiento fiscal del servicio provisto o de la contraprestación pagada, el efecto económico constituye una barrera para que el sujeto pueda acceder al servicio público que, por esencial, está sujeto a reserva pública. Este efecto es contrario a la idea de equidad más general del sistema, si se considera que la igualdad en el acceso a los derechos fundamentales es una manifestación de la equidad en la participación de los beneficios de vivir en sociedad.

Veremos la aplicación de cuanto se señala en el caso de España, partiendo de la determinación del régimen aplicable al IVA, sobre el que regresaremos en la revisión de su efecto expansivo con ocasión del cambio de modalidad de gestión. Por ahora baste señalar que el art. 7, numeral 8, de la LIVA emplea categorías definidas en el régimen general presupuestario (2003),¹⁸⁷ en el régimen jurídico del sector público (2015)¹⁸⁸ y del sistema de contratación pública (2017)¹⁸⁹ para determinar, con criterios subjetivos y objetivos, los casos en que las entregas de bienes y servicios por parte de ciertos entes del sector público no están sujetas al IVA. En lo fundamental, se emplean los términos «entidades del sector público», «Administraciones Públicas», «poderes adjudicatadores» y «medios propios personificados» en la formulación de las reglas aplicables.¹⁹⁰

¹⁸⁶ Ver J. J. Vidal Vilanova. *Fiscalidad y Sostenibilidad d los servicios públicos asociados al ciclo hídrico en España y Galicia*. Tesis doctoral. Universidad de Santiago de Compostela [Facultad de Derecho], 2015, p. 257-258.

¹⁸⁷ [España] Ley 47/2003, General Presupuestaria, publicada en el BOE núm. 284, de 27 de noviembre de 2003, con vigencia desde el 1 de enero de 2005.

¹⁸⁸ [España] Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, publicada en el BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015.

¹⁸⁹ [España] Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, publicada en el BOE núm. 272, de 9 de noviembre de 2017.

¹⁹⁰ Se revisa la noción de sector público como categoría que permite integrar entidades de Derecho privado controladas o dependientes de las Administraciones públicas, en J. García-Andrade Gómez. «El «sector público» como referente actual del derecho administrativo». *Revista de Administración Pública*, 209, 2019, pp. 175-208. El rol del Derecho comunitario como límite en la «huida del Derecho administrativo», se puede consultar en C. Chinchilla Marín. «El derecho de la UE como freno a la huida del derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, 200, 2016, pp. 361-383.

(b) La libre competencia en el ordenamiento de la UE y la calificación del ingreso público

(i) Servicio económico de interés general

En España, el único criterio indicativo que condiciona la libertad de configuración del legislador para calificar la prestación pecuniaria a cargo del usuario por un servicio prestado por la Administración pública está en la potencialidad de su explotación económica dentro de un mercado liberalizado.

Esta limitación no tiene origen en la legislación doméstica española, incluida su Constitución, sino en el marco jurídico comunitario. En efecto, en el ámbito de la UE se han introducido puntos de conexión con el régimen de la libre competencia para ciertas actividades prestacionales a cargo de la Administración pública, cualquiera sea su proveedor, en función de las características del servicio: cuando no corresponden al ejercicio de potestades públicas, se resalta el hecho de que pueden ser sometidos a la competencia propia del mercado. En otras palabras, no caben reservas públicas (restricciones a la competencia) en aquello que puede ser gestionado por el sector privado, por lo que con independencia del régimen al que estén sujetas estas actividades en la legislación doméstica, en ningún caso pueden extraerse del ámbito de regulación de las libertades aseguradas en el espacio europeo.

De modo que, si una actividad cae dentro de esta esfera de regulación comunitaria, conforme al estándar de liberalización promovido desde la UE, el legislador local estaría condicionado al momento de fijar la calificación de la prestación para definir por vía de esta especificación la restante regulación que resulta aplicable a la figura. En tales circunstancias, el régimen que le corresponde a una tasa no es compatible con la idea de un servicio, inserto como su hecho imponible, esté sujeto a las reglas de la competencia en un mercado abierto.

No es el caso de que el legislador esté impedido de realizar esta calificación, sino que el legislador si así lo hace, introduciría un elemento de inconsistencia en su sistema, cuando el supuesto de hecho generador de un tributo tiene un tratamiento de libre mercado en la UE y, en tal supuesto, los otros agentes de un mercado competitivo cobran precios.

Finalmente, conviene señalar que, por los mismos principios de base apuntado, las potestades públicas en relación con los precios privados (incluidas las tarifarias) tampoco puede ser ejercida autónomamente por el Estado cuando se trata de «actividades con potencialidad de mercado». En efecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 20 de abril 2010, en el caso *Federutility*,¹⁹¹ se refirió de cierto modo a los límites de la potestad tarifaria en sectores liberalizados. En el caso se determinó que la fijación de tarifas referenciales, dentro del marco de las obligaciones de servicio público, que no resultaban en las de mercado era incompatibles con la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003.

¹⁹¹ [UE] Tribunal de Justicia de la UE. Sentencia de 20 de abril de 2010, asunto C 265/08, *Federutility*.

(ii) *Administración pública y productor de mercado en el Sistema de Cuentas Europeo*

De acuerdo con el Sistema Europeo de Cuentas vigente¹⁹² se diferencia la producción y el productor de mercado, de aquellos no de mercado, entre otras razones, para (i) la clasificación de las unidades institucionales por sector, en especial, para determinar qué está incluido en el sector de las administraciones públicas y qué no; y, (ii) para determinar el criterio de valoración de lo producido, pues, la producción de mercado y para uso final se valora a precios básicos, mientras que la producción no de mercado se valora en función de los costes de producción.

La producción de mercado es definida como aquella que se transfiere en el mercado o se destina a ello, a través de «precios económicamente significativos», trueque, pago de especie (nación en pago), como insumo intermedio o uso final, para ser incorporada a las existencias de bienes acabados o trabajos en curso (como obras). Un precio económicamente significativo es el que tiene relevancia en la cantidad ofertada, porque el productor espera obtener un beneficio o cubrir sus costes; o en la cantidad demandada, porque el consumidor es libre de elegir en razón de los precios.¹⁹³ La relevancia del concepto viene dada por la calificación que se da a ciertas entidades («unidades institucionales») en función de la capacidad que tienen para realizar una actividad a precios económicamente significativos. Se es un productor de mercado si es posible cubrir al menos el 50 % de los costes de producción a través de los ingresos obtenidos por las ventas de manera continua y prolongada.

El concepto de productor de mercado, si es atribuible a una entidad del sector público, la excluye del sector «administraciones públicas» conforme a las definiciones en la SEC 2010. En efecto, las administraciones públicas son «unidades institucionales que son productores no de mercado cuya producción se destina al consumo individual o colectivo, que se financian mediante pagos obligatorios efectuados por unidades pertenecientes a otros sectores y que efectúan operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional».¹⁹⁴

El criterio empleado para propósitos de la organización de las cuentas en el ámbito europeo, se ajusta a aquel empleado en la Ley General Presupuestaria española (arts. 2 y 3) para calificar la actividad administrativa de los entes del sector público, frente a la actividad empresarial.

¹⁹² [UE] Reglamento (UE) N° 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la UE (Texto pertinente a efectos delEEE), apdos. 3.16 y siguientes

¹⁹³ «Por lo general —se señala en la SEC 2010—, los precios económicamente no significativos se aplican para obtener unos ingresos determinados o para obtener una reducción en el exceso de la demanda que podría haber si los servicios prestados fueran totalmente gratuitos». [UE] Reglamento (UE) N° 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la UE (Texto pertinente a efectos delEEE), p. 447.

¹⁹⁴ [UE] Reglamento (UE) N° 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la UE (Texto pertinente a efectos delEEE), p. 447.

(c) La transmutación la prestación pecuniaria pagada por el usuario por el modelo de gestión indirecta del servicio público provisto

La LCSP española ha dejado establecido que las prestaciones pecuniarias que pagan los usuarios por servicios a cargo de la Administración pública, provistos por el gestor privado es siempre un precio («tarifa»). Se trata de un precio —privado por la naturaleza del suministrador— con independencia de que el servicio sea de titularidad de Administración pública concedente y quede regulado en los documentos contractuales.

Como ha quedado señalado esta especificación era necesaria por las continuas manifestaciones judiciales en diversos sentidos.

En Hispanoamérica, la situación es esencialmente la misma. De modo general, el modelo de gestión indirecta, coloca al servicio en el ámbito de la actividad privada, por lo que la prestación que paga el usuario por el servicio provisto es siempre un precio privado. Los sistemas jurídicos regulan un cambio determinante en la naturaleza de la prestación por el hecho del empleo de un específico modelo de gestión con participación privada. De modo general, no se establece normativamente si el modelo de gestión modifica la calificación del servicio provisto, pero sí el de la prestación pecuniaria que el usuario paga por él.

En estas circunstancias, en línea de principio, los servicios provistos por el gestor privado (con independencia de su naturaleza) estarían sujetos al mismo régimen que cualquier otro de carácter conmutativo, atendiendo el objeto de la prestación retribuido y la disciplina de cada tributo.

No obstante, se ha visto que el concepto vertido tiene excepciones, como se ha señalado precedentemente.

CAPÍTULO V

ESPECIALIDADES DEL RÉGIMEN TRIBUTARIO APLICABLES A PROYECTOS DE APP

A. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

1. **Impacto material del sistema tributario derivado de la modalidad de APP**

Idealmente, el sistema tributario debería tener un efecto neutro en el acceso a las prestaciones encomendadas al Estado frente a la posibilidad de elegir una u otra modalidad de gestión.¹ Es decir, el hecho de que el proyecto público sea implementado por un agente privado, si se quiere ajustarlo al criterio de equidad, no debería suponer una expansión de las barreras económicas de acceso a una prestación vinculada con el goce y satisfacción de derechos fundamentales de los integrantes de la comunidad.

En el modelo internacional de APP, el problema fiscal se reduce a la determinación de los costes y gastos asociados al proyecto público que se va a desarrollar y, eventualmente, al efecto positivo o negativo de los incentivos tributarios que los países incorporan en sus legislaciones, desde la perspectiva de la competencia fiscal internacional.

Lo que importa en este contexto es comprender que, con independencia del régimen vigente, los tributos aplicados a una APP, aunque son gastos del proyecto a determinar, importan por el sujeto llamado a financiarlos: o bien son financiados a través de la retribución a cargo del usuario, o bien son financiadas con cargo al

¹ No obstante, los países importadores de capital usualmente incluyen en sus regímenes incentivos tributarios como parte de sus políticas de incentivo a la inversión extranjera directa. Estas decisiones se ubican en el ámbito de la competencia fiscal internacional y están destinadas a atraer capitales prometiendo mayor rentabilidad en la inversión como resultado de las medidas de desgravamen implementadas.

presupuesto público, cuando es la Administración la que realiza los pagos al gestor privado.

Una parte de estos gastos, que resultan de la fiscalidad de los actos y contratos, no necesariamente se producen cuando el proyecto se ejecuta directamente por la Administración pública, por lo que, tendencialmente, un proyecto bajo la modalidad de APP supone un decremento, ya en la renta disponible del usuario, ya en los recursos disponibles por el Estado para atender otros servicios públicos mediante el criterio de solidaridad.

El balance de los principios de equidad y eficiencia económica se ponen entonces en juego cuando se debe elegir la modalidad de gestión de un servicio público. La discusión jurídica admite cualquiera de las soluciones. No obstante, hacer explícito el efecto material en el presupuesto individual o público debe permitir que, en el contexto de las opciones de política pública, el análisis de equidad oriente la justificación de la elección de modalidad de gestión a ser empleada para la provisión de servicios públicos, especialmente desde la perspectiva de la protección y promoción de los derechos fundamentales.

Cuando el análisis de equidad se desplaza por uno de pura eficiencia, la viabilidad financiera de un proyecto de APP únicamente coloca a los destinatarios de prestaciones referidas a derechos fundamentales en posición de consumidores. Una situación así pronto les invita a efectuar un control de legitimidad de la decisión pública atendiendo la naturaleza y el nivel de afectación que los proyectos APP tienen en su vida cotidiana.²

Considerar el impacto social de una decisión como la elección de la APP como modalidad de gestión de un servicio público en etapas tempranas puede evitar tener que arribar a situaciones de crisis estructurales.³ Algunos de los sistemas jurídicos de referencia contemplan una etapa de información pública y bien puede ser empleada para establecer la viabilidad social de cada proyecto APP. En España, por ejemplo, de acuerdo al apartado 3 del art. 247 de la LCSP, el estudio de viabilidad se informa al público por 1 mes («trámite de información pública»), prorrogable por igual tiempo. Se somete el proyecto y el estudio, además, a los órganos de la Administración General del Estado. No obstante, este tipo de consultas no sustituye el análisis de equidad al que nos referimos en esta tesis cuando consideramos el impacto que tiene la modalidad de gestión en la situación económica de los receptores de los servicios públicos y las barreras que supone para el acceso de las prestaciones debidas.

En no pocas ocasiones, la modalidad de gestión de APP se presenta como una opción de mejorar las rentas públicas y los sistemas tributarios contemplan el caso específico como objeto de imposición específico. Este es el caso de España, que prevé, entre los casos señalados que generan IVA o el ITP, a las concesiones. En otros casos, al contrario, se ha buscado reducir los gastos incrementados por razones fiscales en los proyectos con gestión indirecta. En este último caso, el objetivo que finalmente se

² Se ha puesto énfasis en aspectos como la pobreza y la desigualdad y el comportamiento de las élites en América Latina como fenómenos que lesionan la democracia, por dentro y por fuera. Ver al respecto, por ejemplo, J. Woldenberg. «Aproximaciones y reintegros: La democracia tensionada», en *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, núm. 58, 2013, pp. 99-114 [p. 100].

³ Conviene recordar la situación de América Latina en la década de los noventa, cuando se aplicaron sin equilibrio las políticas de privatización y concesión recomendadas desde los organismos multilaterales.

persigue es que la modalidad de gestión de un servicio público, no signifique mayores cargas para los integrantes de la comunidad, por el hecho mismo de la elección de la modalidad de gestión y financiación.

En este capítulo me he propuesto describir el tratamiento tributario de una APP empleando el caso de España, con el único objetivo de subrayar el efecto expansivo de los tributos en los sobrecostos de la modalidad de gestión de la actividad pública. En contrapartida, los casos de Ecuador y de algunos otros de los sistemas jurídicos hispanoamericanos, me permiten exponer el esfuerzo por adoptar soluciones de política legislativa para alcanzar el objetivo de neutralidad fiscal en la modalidad de gestión de un proyecto público asociado a la prestación de servicios públicos, junto con la desgastada estrategia de incentivar la inversión extranjera directa mediante la reducción de los factores tributarios que modifican las expectativas rentabilidad del inversor.

2. Diversas posiciones de los participantes del proyecto en relación con el tratamiento tributario: consideraciones preliminares

Para propósitos tributarios conviene fijar ciertas coordenadas sobre tratamiento potencial que pueden tener los principales participantes de sistema de contratos que hace posible la provisión de un servicio público a través de la modalidad de APP. El tratamiento fiscal, por supuesto, depende del régimen específico incorporado en cada sistema tributario.

He detallado de manera especial la situación del usuario frente a la contraprestación económica que debe pagar en el contexto de la provisión de un servicio público en la modalidad de APP; a estas consideraciones me remito.⁴ En lo fundamental, la contraprestación pagada directamente por el usuario al gestor privado, como regla general, se considera un precio privado,⁵ aunque sea calificado como una prestación patrimonial que deba ser fijada con arreglo a la ley como en España. No obstante, hemos considerado también el caso en que, por la calificación del servicio como público, se ha estimado que la naturaleza tributaria —tasa— de la contraprestación pagada por el usuario no muda por el hecho de la variación de la modalidad de gestión.⁶ Es evidente que, por ejemplo, en el primer caso, al precio de la prestación se agrega el IVA y, en el segundo, en principio no. También es posible que el gestor privado provea los medios a la Administración para que esta se ocupe de la prestación del servicio directamente al usuario —*v. gr.*, en proyectos referidos al derecho a la salud—, por lo que, en este supuesto, la contraprestación pagada por el usuario podría consistir en una tasa o un precio público con efectos fiscales distintos.⁷

En el caso de la Administración pública, el tratamiento fiscal de las operaciones que realiza podría diferenciarse en función de su posición como intermediario en la

⁴ Ver *infra* capítulo IV: La contraprestación económica pagada por un servicio público provisto bajo la modalidad de Asociación Público-Privada.

⁵ Este es el caso de España, de acuerdo con la LCSP.

⁶ Este es el caso de Ecuador, como resultado de la interpretación ofrecida por la Corte Constitucional.

⁷ He señalado también que cuando es la Administración la proveedora del servicio, existen ciertos servicios que en cualquier caso siempre se considerarán de aquellos sometidos a la concurrencia con el sector privado, por lo que la decisión de la Administración está restringida. Ver el caso español de la LIVA, art. 7.8.

cadena de producción de la prestación o como «consumidor». Así, por ejemplo, en España, cuando la Administración provee un servicio público gratuito o por cuya prestación se ha fijado una tasa, el IVA soportado no se puede repercutir al usuario en forma de IVA, pero éste se incorpora al coste. La situación es distinta si se lo presta a cambio de un precio público.

Siguiendo el esquema general de los contratos de APP por el tipo de contraprestación económica que percibe el gestor privado conviene considerar dos situaciones relevantes para propósitos del análisis de su posición como responsable de los tributos que resulten aplicables:⁸

(a) El gestor privado puede percibir como retribución por su inversión, riesgo y trabajo una contraprestación económica en dinero a cargo de la Administración; el derecho de explotación de la infraestructura asociada al servicio o el servicio público mismo, lo que se concreta en la obtención de su contraprestación pagada directamente por los usuarios; o, una combinación de ellos.

(b) La actividad del gestor privado respecto de la Administración puede estimarse como una prestación de servicios y, en caso de que le corresponda, el desarrollo de una infraestructura o su equipamiento podría ser calificada como la entrega de un bien, precisamente a cambio de la contraprestación percibida, según lo señalado en el numeral precedente.⁹

Las combinaciones de los factores señalados pueden ser muchas y esto depende del diseño del contrato de APP y del proyecto mismo, por lo que su revisión debe hacerse caso por caso, siguiendo las particularidades de cada sistema tributario. No obstante, lo que se necesita evidenciar a través de los casos tratados en este apartado es que las reglas agregadas al sistema tributario son atraídas de una manera muy específica como resultado del cambio de modalidad de gestión del servicio público, incrementando la carga económica para el acceso al servicio público. El impacto material puede constituir una barrera de acceso a un derecho fundamental si la prestación es un medio para su satisfacción.

Me parece que el esfuerzo de ajuste a cualquier sistema jurídico debe dirigirse al objetivo de que el cambio de modalidad de gestión de un servicio público sea neutral en

⁸ De acuerdo con el art. 43.1.f) de la LGT española son responsables subsidiarios de la deuda tributaria quienes «contraten o subcontraten la ejecución de obras o la prestación de servicios correspondientes a su actividad económica principal, por las obligaciones tributarias relativas a tributos que deban repercutirse o cantidades que deban retenerse a trabajadores, profesionales u otros empresarios, en la parte que corresponda a las obras o servicios objeto de la contratación o subcontratación». Esta responsabilidad no se aplica si el contratista o subcontratista provee al pagador de no tener obligaciones pendientes con la Administración tributaria durante los 12 meses anteriores al pago. La Administración no se encontraría en esta situación si es la contratante, «ya que en las actuaciones realizadas por cualquier ente público en el ejercicio de potestades administrativas el elemento determinante de la actuación no es el económico sino la consecución de finalidades de interés público». [España] Dirección General de Tributos. Consulta vinculante núm. V0434-05, de 18 de marzo de 2005.

⁹ En España, por ejemplo, en el contrato de concesión de obras no existe ninguna desagregación de los componentes del contrato para propósitos de la calificación del hecho relevante. Para propósitos del IVA las prestaciones originadas en un contrato de concesión de obra español corresponde a la prestación de servicios a la Administración y la entrega del bien a la conclusión no sería más que una operación meramente instrumental que no tiene efecto para propósitos del IVA. [España] Dirección General Tributaria. Consulta vinculante núm. V2339-07, de 5 de noviembre de 2007.

las cargas económicas que debe soportar el usuario cuando se trata de la obtención de un servicio público vinculado con sus derechos fundamentales.¹⁰

B. IMPUESTOS SOBRE LA RENTA Y EL PATRIMONIO

1. Tratamiento de los proyectos de APP en la contabilidad del gestor privado desde la perspectiva internacional: base común para los regímenes en materia del impuesto a la renta

Siguiendo las normas de contabilidad internacional el tratamiento de los proyectos de APP, del que depende el impuesto a la renta, varía según los términos y condiciones incorporados en el contrato principal. Se reconocen dos situaciones en función de si existe o no la obligación del gestor privado o concesionario de transferir el activo a la Administración.

Cuando el gestor privado o el concesionario no tiene la obligación de transferir el activo, la inversión realizada se registra como un inmovilizado material. En este escenario se encuentran los proyectos en los que el gestor privado construye y explota un activo, manteniendo su posesión¹¹ y los casos en que en las mismas circunstancias obtiene el activo, por compra o alquiler, para rehabilitarlos y explotarlo.¹²

En su lugar, si el gestor privado o concesionario debe transferir el activo a la Administración se aplica la Interpretación CINIIF 12 (*Acuerdos de concesión de servicios*) que el Comité de Interpretaciones de las Normas Internacionales de Información Financiera publicó en noviembre de 2006.¹³ En este caso, están los proyectos en los que el gestor privado realiza la inversión en el activo, pero tiene la obligación de entregarlo a la Administración a la conclusión del plazo contractual o en algún momento durante su vigencia.¹⁴ Es el caso común en la práctica del mundo latino.

¹⁰ En este sentido, no puedo estar de acuerdo con la tesis que defiende que el beneficiario efectivo del servicio deba necesariamente pagar por las prestaciones encomendadas a la Administración, amparada en un criterio de justicia. La justicia conmutativa en el ámbito de lo público debe ser excepcional. Lo cierto es que el criterio de solidaridad, en línea de principio, es el mecanismo de financiación de la actividad de la Administración que es pública como efecto de elecciones de la comunidad precedentes a las del modelo de financiación.

¹¹ Siguiendo la nomenclatura angloamericana, se incluyen en esta categoría los contratos tipo BOO (Build-Own Operate), BDO (Build-Develop-Operate), DCMF (Design-Construct-Manage-Finance) y Design-Build-Finance-Operate (DBFO). Cfr. FMI. *Public-Private Partnerships* [en línea], 2004, [consulta: 15/12/2018], p. 8. Disponible: <https://www.imf.org/external/np/fad/2004/pifp/eng/031204.pdf>

¹² Se trata de los contratos tipo BBO (But-Build-Operate), LDO (Lease-Develop-Operate) y WAA (Wrap-Around-Addition). Cfr. FMI. *Public-Private Partnerships* [en línea], 2004, [consulta: 15/12/2018], p. 8. Disponible: <https://www.imf.org/external/np/fad/2004/pifp/eng/031204.pdf>

¹³ Deloitte. *IFRIC 12 Service concession arrangements. A pocket practical guide* [en línea], 2011 [consulta: 13/07/2021]. Disponible: www.iaplus.com.

¹⁴ En este grupo se encuentran los contratos BOT (Build-Operate-Transfer), BOOT (Build-Own-Operate-Transfer), BLOT (Build-Lease-Operate-Transfer), BROT (Build-Rent-Own-Transfer) y BTO (Build-Transfer-Operate) de la práctica angloamericana. Cfr. FMI. *Public-Private Partnerships* [en línea], 2004, [consulta: 15/12/2018], p. 8. Disponible: <https://www.imf.org/external/np/fad/2004/pifp/eng/031204.pdf>

En el ámbito europeo la CINIIF 12 fue adoptada por la UE a través del Reglamento 254/2009, de 25 de marzo de 2009.¹⁵ En España el tratamiento contable de las concesiones de infraestructura está regulado en la Orden EHA/3362/2010, de 23 de diciembre,¹⁶ adaptando el criterio de la CINIIF 12.

El esquema de aplicación de la CINIIF 12 consta representado en el gráfico 5.1 siguiente.

Gráfico 5.1: Esquema para la aplicación de la CINIIF 12



Fuente: Deloitte. *IFRIC 12 Service concession arrangements. A pocket practical guide* [en línea], 2011 [consulta: 13/07/2021]. Disponible: www.iaplus.com.

¹⁵ [UE] Reglamento (CE) n° 254/2009 de la Comisión de 25 de marzo 2009 que modifica el Reglamento (CE) no 1126/2008, por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) n° 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que respecta a la Interpretación no 12 del Comité de Interpretaciones de las Normas Internacionales de Información Financiera (CINIIF), [DOL 80/5 de 26.3.2009].

¹⁶ [España] Orden EHA/3362/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las empresas concesionarias de infraestructuras públicas, publicada en el BOE núm. 317, de 30 de diciembre de 2010. En el Anexo: Normas de registro, valoración e información a incluir en la memoria sobre acuerdos de concesión de infraestructuras públicas, párrafo 2, se expone que «la extensión del «modelo concesional» a sociedades y sectores diferentes a las sociedades concesionarias de autopistas, túneles, puentes y otras vías de peaje, así como a las empresas del sector de abastecimiento y saneamiento de aguas, y, en particular, la especialidad del negocio jurídico tal y como se configura a nivel legal, es lo que motiva la aprobación de la presente orden ministerial [...]».

La CINIIF 12 se refiere al tratamiento del derecho de uso que le corresponde al gestor privado sobre la infraestructura, y al reconocimiento y valoración de la contraprestación pactada para servicios de construcción o mejora de la infraestructura (bajo los modelos de activo financiero o activo intangible), para los servicios de explotación de la infraestructura y los costes financieros.¹⁷

Primero, en lo que corresponde al tratamiento del derecho de uso otorgado al gestor privado, la CINIIF 12 determina que el gestor privado no registra en sus cuentas como activo material la infraestructura a la que se refiere la APP, cuando la Administración retiene cualquier interés residual significativo y le corresponde establecer los servicios a ser prestados, sus destinatarios y el precio de la provisión. Esto se debe a que el gestor privado únicamente puede actuar bajo las condiciones previstas en el contrato en «representación» de la Administración y, por ello, no ejerce control sobre el activo.¹⁸ El criterio de control que se emplea para la calificación se funda en la definición de «activo» contenida en el Marco Conceptual de las NIC-NIIF¹⁹ y la interpretación contenida en la CNIIF 4 (*Determinación de si un acuerdo contiene un arrendamiento*),²⁰ sobre el criterio de exclusión previsto en la NIC 17 (*Arrendamientos*)²¹ con respecto a los elementos que se deben registrar bajo la NIC 16 (*Propiedad, planta y equipo*) como inmovilizado material.²²

Segundo, la CINIIF 12 diferencia el tratamiento de las prestaciones que percibe el gestor privado o concesionario en función de la naturaleza del servicio prestado: construcción o mejora de la infraestructura asociada a la provisión del servicio público y la prestación misma del servicio público durante la explotación de la infraestructura, incluido el mantenimiento. En caso de que el contrato incluya los dos tipos de servicios —lo que sería usual en una APP—, la CINIIF 12 prevé que la contraprestación del

¹⁷ Cfr. M. García Sáenz. «El tratamiento contable de los acuerdos de concesión de servicios en las normas internacionales de contabilidad», en *Revista Española de Control Externo*, vol. 10, núm. 28, 2008, pp. 159-186 [pp. 164 y ss.].

¹⁸ Se ha observado que el criterio de control, sin considerar los riesgos y beneficios, no sería consistentes con la NIC 17. *Arrendamientos*, conforme a la cual el activo en un arrendamiento financiero lo debe registrar quien asume los riesgos y beneficios (propiedad económica).

¹⁹ Se entiende por activo los bienes, derechos y otros recursos controlados económicamente por la empresa. De donde el control aparece como el factor determinante para la calificación. En el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, publicado en el BOE núm. 278, de 20 de noviembre de 2007, consta una definición similar en el apartado 4.º del Marco conceptual de la contabilidad («1. Activos: bienes, derechos y otros recursos controlados económicamente por la empresa, resultantes de sucesos pasados, de los que se espera que la empresa obtenga beneficios o rendimientos económicos en el futuro»).

²⁰ La expresión «derecho de uso» que se incluye en la exclusión de la NIC 17 se debe entender como «control del uso del activo objeto del contrato». De modo que solo si se llega a determinar que el acuerdo es un arrendamiento en razón del control económico del activo, es posible pasar a considerar el tipo de arrendamiento del que se trata: financiero, si transfieren sustancialmente los riesgos y ventajas inherentes a la propiedad del activo; y, operativo, cuando no ocurre ello.

²¹ Un arrendamiento es un acuerdo por el que el arrendador confiere al arrendatario el derecho de uso de un activo a cambio de una serie de pagos.

²² La «propiedad, planta y equipo» son activos tangibles mantenidos para ser usados en la producción de bienes o prestación de servicios para obtener rentas o con fines administrativos, que se registran como inmovilizado material salvo que otras normas definan excepciones.

gestor privado se imputará por su «valor razonable»,²³ cuando esta no puede ser identificada para cada servicio por separado.

Tabla 5.1: IFRIC 12. Acuerdos de concesión de servicios públicos

CUESTIONES	TRATAMIENTO CONTABLE
Reconocimiento de la infraestructura	Según el enfoque de control – Marco conceptual
Elección del modelo contable	Según el enfoque de la identidad del pagador: ▶ Activo intangible si pagan los usuarios (NIC 38) ▶ Activo financiero si paga el concedente (NIC 39)
Obligaciones contractuales	Según la NIC 37 <i>Provisiones, activos contingentes y pasivos contingentes</i>
Reconocimiento y valoración de ingresos	▶ Servicios de construcción y mejora, según la NIC 11 <i>Contratos de construcción</i> ▶ Servicios de explotación, según la NIC 18 <i>Ingresos</i>
Costes financieros	Según NIC 23 <i>Costes por intereses</i> Para activo intangible se llevarán al balance: ▶ Se estima fiablemente que se recuperarán ▶ Cese cuando el activo esté en condiciones de uso Para activo financiero: ▶ Costes financieros directamente a Pérdidas y Ganancias

Fuente: A. Ramírez Orellana. Modelos de valoración de los acuerdos de concesión de infraestructuras: la interpretación número 12 de IASB [en línea], [consulta: 15/12/2019]. Disponible: <https://www.researchgate.net/project/Service-concession-agreement-and-accounting>

En el caso de los servicios de construcción o mejora, el gestor privado debe registrar los ingresos y costes de acuerdo con la NIC 11 (*Contratos de construcción*).

En este contexto, si la contraprestación del gestor privado o concesionario es un derecho incondicional de recibir de la Administración un pago, el gestor privado debe reconocer un activo financiero.²⁴ Considérese, por ejemplo, un proyecto en que, por un lado, el concesionario está a cargo de la construcción y explotación de una escuela y, por otra parte, la Administración se ha obligado a pagar un importe específico al concesionario en función de criterios de disponibilidad de la infraestructura construida, durante la fase de explotación. Se trata de una concesión que se registra como activo financiero por el ingreso del concesionario no depende los pagos que hagan los usuarios y las variaciones en el ingreso corresponden a desvíos en el nivel de disponibilidad. El pago a cargo de la Administración puede ser en efectivo u otro activo financiero de la Administración, puede ser determinado o determinable, podría consistir en un ingreso

²³ El valor razonable corresponde al importe por el que puede ser intercambiado un activo o liquidado un pasivo entre partes interesadas y debidamente informadas que realicen una transacción en condiciones de independencia mutua. Se calcula por referencia a un valor fiable de mercado.

²⁴ El derecho incondicional de cobro a la Administración supone que el concesionario no soporta el riesgo de demanda, por lo que tal derecho es independiente de la utilización que los usuarios hagan del servicio. [España] Orden EHA/3362/2010, de 23 de diciembre, Anexo: Normas de registro, valoración e información a incluir en la memoria sobre acuerdos de concesión de infraestructuras públicas, párrafo 6.

mínimo garantizado que cubra la diferencia entre el monto convenido y lo que el gestor privado percibe de los usuarios, etc. Los activos financieros deben ser tratados de acuerdo con la NIC 39 (*Instrumentos financieros*) y la NIC 32 (*Presentación de los instrumentos financieros*). La CINIIF 12 permite el registro del acuerdo como un préstamo y cuenta por cobrar, un activo financiero disponible para la venta o un activo financiero mantenido para negociar. En el caso del registro de un préstamo los intereses devengados al tipo de interés efectivo se imputan a los resultados.

En cambio, si la contraprestación por el servicio de construcción o mejora lo recibe el gestor privado directamente del usuario, se requiere reconocer los derechos de la concesión como un activo intangible, prescindiendo de la naturaleza del activo subyacente objeto del contrato. La situación en este caso es que el derecho de cobro del gestor privado o concesionario depende de la utilización o demanda del servicio y, en ese sentido, no es un derecho incondicional de cobro. Lo que la Administración concede es, pues, un derecho a explotar un servicio y a cobrar por ello. El activo intangible debe recibir el tratamiento de las NIC 38 (*Activos intangibles*). Por ejemplo, estarían en este caso la construcción de una vía de peaje, cuyos ingresos dependen exclusivamente del pago que realizan los usuarios de la infraestructura.

Es posible que la contraprestación del gestor privado sea mixta, es decir, una porción provenga de la Administración y otra de los usuarios; en tal caso, el activo financiero y el activo intangible deben ser registrados por separado y de manera paralela de acuerdo a las proporciones de la contraprestación recibida. En este supuesto estaría un proyecto que incluya un ingreso mínimo garantizado, como cuando la Administración se obliga en un contrato de concesión de un ferrocarril un flujo mínimo de ingresos que no sean satisfechos por las tarifas pagadas por los usuarios. En el caso de este ejemplo, la porción pagada por la Administración corresponde al activo financiero, mientras que el monto pagado o a ser satisfecho por los usuarios se reconoce como activo intangible.

Cuando lo que se ha encomendado al gestor privado o concesionario es la provisión de los servicios de explotación y mantenimiento de la infraestructura, de acuerdo con la CINIIF 12, deberá registrar los ingresos y costes relacionados con el servicio de acuerdo con la NIC 18 (*Ingresos de actividades ordinarias*).

Los costes por las tareas de mantenimiento y restauración de la infraestructura —salvo que deban ser tratadas como construcción o mejora— se reconocen como provisión y registradas por el valor actual de la mejor estimación posible del importe necesario a satisfacer para cancelar la obligación de acuerdo con la NIC 37 (*Provisiones, activos contingentes y pasivos contingentes*).

Finalmente, los gastos financieros del activo intangible se incorporan a su valor durante la fase de construcción, mientras que los devengados en la fase de explotación afectan la cuenta de resultados, del modo en que se devengan. No obstante, si se requiere registrar un activo intangible según lo antes apuntado, el gestor privado o concesionario está habilitado a capitalizar los gastos financieros devengados para la construcción o mejora siguiendo el tratamiento previsto en la NIC 23 (*Costes por intereses*).

2. La tributación sobre la renta en España

En España se grava la renta, como índice de manifestación de la capacidad económica, especialmente mediante el Impuesto a la Renta de Rentas Físicas,²⁵ el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, el Impuesto sobre la Renta de no Residentes²⁶ y el Impuesto sobre Sociedades.²⁷ La renta acumulada (*stock*) se grava con el Impuesto sobre el Patrimonio²⁸ y afecta a las personas físicas.

En el caso de las personas físicas, una concesión sería considerada una actividad económica por la que, en estimación directa, el rendimiento neto de la explotación del proyecto para propósitos del IRPF se liquidaría de modo general con las mismas reglas aplicables al IS.²⁹

El IS es un tributo de carácter directo, personal, sintético, periódico, proporcional y territorial.³⁰ Está referido a la renta, con independencia de su origen o fuente, de titularidad del sujeto pasivo. Las rentas gravadas corresponden a un ejercicio fiscal de la sociedad de la que se trate y, en general, se paga a un único tipo impositivo con independencia del aumento de la base imponible.³¹

El cálculo de la base imponible del IS se efectúa a partir del resultado contable del ejercicio obtenido por la sociedad y realizando los ajustes previstos en la misma LIS.³² Una vez aplicados los criterios contables correspondientes a la especialidad,³³ en España no existen variaciones relevantes en el tratamiento tributario para el concesionario. Las especialidades contables, como se ha indicado, se refieren especialmente a la amortización y depreciación de los activos derivados de la concesión y el tratamiento de los costes financieros, luego de la calificación, reconocimiento y valoración de tales activos.³⁴

En general, en lo que respecta a los ingresos el IS se aplica de manera ordinaria al concesionario, pues, las rentas tributables que percibe normalmente son los ingresos

²⁵ [España] Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, publicada en el BOE núm. 285, de 29 de noviembre de 2006.

²⁶ [España] Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, publicado en el BOE núm. 62, de 12 de marzo de 2004.

²⁷ [España] Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, publicada en el BOE núm. 288, de 28 de noviembre de 2014.

²⁸ [España] Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, publicada en el BOE núm. 136, de 7 de junio de 1991.

²⁹ [España] LIRPF, art. 28.1

³⁰ El Impuesto sobre Sociedades se aplica en todo el territorio español, sin perjuicio de los regímenes tributarios especiales por razón del territorio y de los Tratados y Convenios Internacionales. [España] LIS, art. 2.

³¹ No obstante, se aplican tipos impositivos reducidos atendiendo el tamaño de la sociedad.

³² [España] LIS, art. 10.

³³ [España] Orden EHA/3362/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las empresas concesionarias de infraestructuras públicas, publicada en el BOE núm. 317, de 30 de diciembre de 2010.

³⁴ Cfr. M. A. Bernal Blay y J. L. Monedero Arandilla. «Los contratos del sector público (5). El contrato de concesión de obra pública», en M. Yzquierdo Tolsada [dir.]. *Contratos. Civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, t. XIV. Cizur Menor: Aranzadi, 2014, p. 508.

de la explotación.³⁵ No obstante, «el contratista deberá imputar como ingreso el precio satisfecho por la Administración no tanto atendiendo a la fecha de vencimiento de cada uno de los pagos periódicos (criterio de exigibilidad), sino más bien en función de la duración del contrato y atendiendo la amortización de las inversiones realizadas y en las fórmulas de financiación pactadas».³⁶

En lo que corresponde a los gastos, las reglas de amortización, depreciación y el tratamiento de los gastos financieros depende de si se ha reconocido el activo como un inmovilizado material, activo intangible o activo financiero, según se ha discutido al presentar el alcance de la CINIIF 12. Teniendo como base los criterios técnicos CINIIF 12, en España se realizan las siguientes especificaciones:

Primero, reiterar que la CINIIF prevé los criterios para calificar los derechos derivados de la concesión como activo financiero, activo intangible y de manera mixta, en función de la caracterización de los derechos de cobro del gestor privado o concesionario. De acuerdo a la norma española, se reconocerán los derechos concesionales como un activo intangible, con una provisión por el mismo valor del activo, cuando la vida económica del activo sea mayor al plazo de concesión. Esta será la regla general en la práctica, pues, el reconocimiento de la concesión como activo financiero tendría aplicación únicamente cuando el ingreso del concesionario dependa íntegramente de pagos diferidos a cargo de la Administración, en el modelo de concesión en el que se traslada únicamente el riesgo de disponibilidad, en función de algún indicador de resultados. En lo que corresponde a los registros contables las variaciones negativas de los pagos a cargo de la Administración vinculados con el nivel de servicio (*v. gr.*, calidad o eficiencia pactados) se registran como gasto del concesionario.

La norma española permite que se emplee uno solo de los criterios, y no se aplique el tratamiento mixto, cuando la contraprestación recibida es igual o mayor al 90 %.

También es posible que el concesionario no deba prestar servicios de construcción y que, por el contrario, adquiera el activo subyacente de un tercero para la organización del servicio.³⁷ En este caso no se reconoce un ingreso por los referidos servicios de construcción, sino que se requiere reconocer, por su valor razonable, la contraprestación recibida por la infraestructura entregada.³⁸

³⁵ [España] LIS, arts. 10.3 y 19. El Anexo: Normas de registro, valoración e información a incluir en la memoria sobre acuerdos de concesión de infraestructuras públicas, párrafo 5, de la Orden EHA/3362/2010, de 23 de diciembre, se remite a las normas generales de ingresos por prestación de servicios del Plan General de Contabilidad y a la norma de registro (18.^a Ventas) de los ingresos por obras ejecutadas y otros ingresos para empresas constructoras.

³⁶ M. Hernando Rydings y E. Ortiz Calle. «Los contratos del sector público (8). El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», en M. Yzquierdo Tolsada [dir.]. *Contratos. Cíviles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, t. XIV. Cizur Menor: Aranzadi, 2014, p. 723. La particularidad está en el devengo que se determina en función de la correlación entre ingresos y gastos: consiste en imputar el ingreso o el gasto en la misma medida en que vaya teniendo lugar la entrega de bienes o la prestación del servicio que los origina.

³⁷ Considérese el caso general de la suscripción de un contrato llave en mano o EPC con una empresa constructora subcontratista.

³⁸ En el caso español, el caso se ajusta al tratamiento contable de las operaciones de permuta reguladas en el Plan General de Contabilidad y la Orden EHA/3362/2010, de 23 de diciembre, Anexo: Normas de

Finalmente, es posible que el activo subyacente sea facilitado por la misma Administración para la provisión del servicio (proyectos *brownfield*). En tal caso, el activo intangible se registra por el valor de la contraprestación pagada o por pagar, sin considerar los pagos contingentes asociados a la operación. Si el acceso al activo es gratuito —únicamente en acuerdos entre entes públicos— el activo intangible se registra dentro del marco de regulación contable de las subvenciones si el valor estimable es fiable.

Segundo, el activo se valora atendiendo su vida económica, esto es, «el valor actual de la obligación asumida, equivalente al valor en libros que teóricamente luciría al término de la concesión en el supuesto de que el activo no tuviese que ser entregado a la Administración concedente».³⁹

Tercero, el activo financiero se registra como préstamo o partidas a cobrar: no son instrumentos de patrimonio o valores de deuda cotizados. Por otra parte, la amortización del activo intangible sometidos a reversión será en el plazo de la concesión, que se considera su vida útil, salvo que su vida económica sea inferior.⁴⁰ Para propósitos de el método de amortización, la norma prevé que por tratarse del método más representativo de la utilidad del activo, se use un patrón basado en la demanda o utilización del servicio público medida en unidades físicas.⁴¹ En caso de que no se lo pueda usar con fiabilidad, el criterio de amortización será lineal.

Cuarto, en lo que corresponde a la intervenciones de la concesionaria sobre la infraestructura (conservación, reposición y gran reparación, actuaciones de reversión y mejoras y ampliaciones de capacidad) dependen del modo en que se ha reconocido el activo. Si se trata de un activo financiero estas intervenciones otorgan un derecho incondicional de cobro y suponen su incremento por prestación de servicios. Los gastos derivados de la intervención afectan el estado de resultados de la concesionaria. Cuando se ha reconocido un activo intangible, de las discusiones originales en cuanto al tratamiento de reposiciones y ampliación de capacidad de la infraestructura en función de las variaciones de la demanda, la norma española determina que, para el caso de las reposiciones, se realice una provisión de manera sistemática hasta la fecha en que deba hacerse la reposición de acuerdo con las normas de registro y valoración del Plan General de Contabilidad; y, para el caso de la ampliación de capacidad y mejoras, se les dé el tratamiento de una nueva concesión, bajo el entendimiento que se amortizará la inversión con mayores ingresos, salvo que no se espere racionalmente tal recuperación, en cuyo caso, se agregará el monto que se espera recuperar a lo largo del plazo de la concesión al valor del intangible, con una provisión de contrapartida.

Finalmente, la norma española agrega al tratamiento que se da a los gastos financieros referidos al activo intangible, la regla de que una vez que se reconocen en las cuentas de resultados, estos deben calificarse como una «activo regulado», siempre que

registro, valoración e información a incluir en la memoria sobre acuerdos de concesión de infraestructuras públicas, párrafo 9.

³⁹ [España] Orden EHA/3362/2010, de 23 de diciembre, disposición adicional única, numeral 1.

⁴⁰ La vida económica del activo intangible está referido al periodo en el que subsiste el derecho de explotación o prestación del servicio y, en principio, corresponde al plazo concesional.

⁴¹ La norma española se remite a las magnitudes de la demanda proyectada previstas en el plan económico-financiero para este propósito. [España] Orden EHA/3362/2010, de 23 de diciembre, Anexo: Normas de registro, valoración e información a incluir en la memoria sobre acuerdos de concesión de infraestructuras públicas, párrafo 11.

exista evidencia razonable de que podrán ser recuperados con los ingresos del proyecto. La capitalización de los gastos financieros durante la fase de construcción es obligatoria, salvo que las obras se interrumpan.

El inversionista extranjero a cargo de un contrato APP siempre requeriría un establecimiento permanente,⁴² por lo que la renta ha de ser gravada en España. Constituyen establecimiento permanente, de acuerdo con el Modelo OCDE una obra o un proyecto de construcción o instalación con una duración de al menos 12 meses. Los convenios suscritos por España fijan plazos entre 6 y 12 meses.

3. Impuesto sobre el Patrimonio

El Impuesto al Patrimonio español⁴³ es un tributo directo y personal que grava el patrimonio neto de las personas físicas, esto es, el «conjunto de bienes y derechos de contenido económico de que sea titular, con deducción de las cargas y gravámenes que disminuyan su valor, así como de las deudas y obligaciones personales de las que deba responder».⁴⁴

Entre los derechos de contenido económico se consideran las concesiones administrativas que, de acuerdo con el art. 21 de la LIP, se valoran de acuerdo al mecanismo previsto para el ITP,⁴⁵ esto es, atendiendo la naturaleza de las obligaciones a cargo del concesionario, la que resulte aplicable de las siguientes:

- Si la Administración determina una cantidad específica por concepto de precio o canon, el importe de ella.
- Si la Administración determina una prestación mínima, en forma de canon, precio, participación o beneficio, que el concesionario debe satisfacer periódicamente, la concesión se valora:
- por la suma de las prestaciones periódicas, si la concesión no fuese superior a un año; o
- por el 10 % anual de las prestaciones anuales a cargo del concesionario, si el plazo de la concesión fuera superior al año.⁴⁶
- Si el concesionario está obligado a revertir a favor de la Administración ciertos bienes, el valor de la concesión será el valor neto contable estimado de dichos bienes a la fecha de la reversión, más los gastos previstos para la reversión. El

⁴² Lugar fijo de negocios, según lo previsto en el art. 7 del Modelo de Convenio OCDE y el art. 13.1 del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes.

⁴³ [España] Ley 19/1991, de 6 de junio, del impuesto sobre el patrimonio, publicada en el BOE de 7 de junio de 1991 [y corrección de errores de 2 de octubre].

⁴⁴ [España] LIP, art. 1.

⁴⁵ [España] Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, publicado en el BOE de 20 de octubre de 1993, art. 13

⁴⁶ Si la cantidad anual es variable por la aplicación de cláusulas de revisión de precios basada en índices objetivos de su evolución, se capitaliza la correspondiente al primer año; y, si la variación dependiese de otras circunstancias, cuando el criterio se conozca en el momento del otorgamiento de la concesión, la cantidad a capitalizar será la media de las prestaciones a cargo del concesionario durante el plazo concesional.

valor neto contable de los bienes viene determinado por la amortización aplicable al Impuesto sobre Sociedades en el porcentaje medio resultante de las mismas.

- Cuando no es posible aplicar alguna de las reglas señaladas precedentemente, el valor de la concesión se fija siguiendo en orden los siguientes criterios de la siguiente manera:
- será el 2 % de los activos fijos afectos a la explotación, uso o aprovechamiento de que se trate, por cada año de la concesión, y no menos del 10 % ni más del 100 % del valor de los activos.
- si esta valoración no es posible, será la fijada por la Administración; y, finalmente,
- si tampoco se puede emplear la anterior, será el valor declarado por el interesado, sin perjuicio de la competencia de comprobación de la Administración.

4. La imposición sobre la renta en Hispanoamérica y las APP

(a) Caracterización general de los regímenes: examen general del caso ecuatoriano

Como en España, el impuesto a la renta de sociedades —cualquiera sea la nomenclatura usada— es siempre un impuesto directo que grava la utilidad operativa de las entidades categorizadas como sociedades, ajustada según las normas de carácter tributario. De manera ordinaria todos los ingresos que genera el gestor privado integran la base imponible del impuesto, excepto aquellos que explícitamente son excluidos en cada una de la leyes reguladoras.⁴⁷

Como norma general todo gasto debe guardar estrecha relación con la generación del ingreso gravado y, ordinariamente, para ser deducible debe ajustarse a las formas exigidas en el sistema (*v. gr.*, estar soportado en un comprobante de venta válido)⁴⁸ y se deben haber satisfecho otras obligaciones auxiliares (*v. gr.*, practicado las retenciones en la fuente)

Todos los regímenes de los países de la región, en materia de impuesto a la renta, contemplan una metodología similar a la que se expone en este apartado y de este modo se realizan ajustes para la determinación de la base imponible del tributo, partiendo del resultado contable.

⁴⁷ Según el numeral 2 del art. 9 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno («LRTI»), solo se reputan exentos de impuesto a la renta los ingresos que obtienen las empresas públicas reguladas por la Ley Orgánica de Empresas Públicas («LOEP»), y no las empresas de economía mixta (tampoco otro tipo de empresas). Este hecho ha sido ratificado por las consultas planteadas al SRI, cuyas respuestas corresponden a los Oficios No. 917012007OCON000433 y 917012011OCON001696. Por lo tanto, en el caso analizado la sociedad constituida deberá liquidar y pagar el impuesto a la renta. Otro tipo de ingresos estará exento siempre que se cumplan las características fijadas en los demás numerales del art. 9 de la LRTI

⁴⁸ Según el primer inciso y el numeral 1 del art. 9 de la LRTI.

En el Ecuador, a la base imponible depurada, se aplica una tarifa general de impuesto a la renta de 22 %; no obstante, se pagará 25 % sobre la porción accionarial que corresponda, directa o indirectamente, a un paraíso fiscal. En el caso que la porción accionarial, directa o indirectamente, llegue al 50 % o más se calculará el 25 % sobre la totalidad de la base imponible.⁴⁹ En la tabla 5.1 se presentan los tipos generales del impuesto a la renta de sociedades en la región.

Para la depuración de la base imponible, esto es, para que un gasto sea deducible en el Ecuador se deben cumplir además los siguientes requisitos generales:

- Esencia sobre la forma (el bien o el servicio deben ser reales);⁵⁰
- «bancarizar» las operaciones superiores a USD 5.000,00;⁵¹
- hacer las retenciones en la fuente (los porcentajes van desde 0 % hasta 35 % dependiendo del tipo de operación);⁵²
- los precios pactados para la compra o venta de bienes y servicios deben establecerse a precios de plena competencia;⁵³ y,
- en el caso de los tres primeros requisitos, su incumplimiento deriva en la no deducibilidad del gasto, en tanto que el incumplimiento del cuarto obliga a realizar un ajuste de precios de transferencia.

Las remuneraciones pagadas a trabajadores y beneficios sociales serán deducibles siempre y cuando se haya hecho la aportación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en los casos que aplique, y adicionalmente que el pago no sea posterior a la fecha máxima para la presentación de la declaración de impuesto a la renta y que sus montos no excedan los límites fijados por ministerio rector del área.⁵⁴

La provisión para créditos incobrables que no puede superar el 1 % de la cartera comercial vencida del periodo ni el 10 % de la cartera total.⁵⁵

La depreciación de propiedad, planta y equipo es deducible siempre que guarde relación con la técnica contable y no supere determinados porcentajes máximos establecidos en la norma reglamentaria. No es deducible el revalúo de activos en ningún caso. La normativa reconoce la posibilidad de obtener depreciación acelerada de activos mediante autorización de la Administración Tributaria.⁵⁶ La amortización de intangibles se efectúa en no menos de cinco años. En el caso de gastos de desarrollo se los hará por la vida útil y de no ser definida, en un plazo no menor de 20 años.⁵⁷

Las pérdidas por destrucción, daño, desaparición, delitos y bajas de inventarios, son deducibles respetando las directrices particulares de cada caso.⁵⁸

⁴⁹ [Ecuador] LRTI, art. 37; y, [Ecuador] RLRTI, art. 51. No obstante, las sociedades nuevas no pagan anticipo de impuesto a la renta, sino después del quinto año del inicio de su proceso productivo y comercial (art. 41 LRTI y art. 76 RLRTI).

⁵⁰ [Ecuador] Código Tributario («CT»), art. 17.

⁵¹ [Ecuador] LRTI, art. 103.

⁵² [Ecuador] LRTI, art. 50.

⁵³ [Ecuador] LRTI, Sección Segunda del Capítulo IV del Título Primero.

⁵⁴ [Ecuador] LRTI, art. 10, n. 9; y, [Ecuador] RLRTI, art. 28, n. 1.

⁵⁵ [Ecuador] LRTI, art. 10, n. 3; y, [Ecuador] RLRTI, art. 28, n. 11.

⁵⁶ [Ecuador] LRTI, art. 10, n. 7; y, [Ecuador] RLRTI, art. 28, n. 6.

⁵⁷ [Ecuador] LRTI, art. 10, n. 7; y, [Ecuador] RLRTI, art. 28, n. 7.

⁵⁸ [Ecuador] LRTI, art. 11; y, [Ecuador] RLRTI, art. 28, n. 8.

En lo que respecta a los gastos de gestión, son deducibles las atenciones a clientes, reuniones con empleados y accionistas que no superen el 2 % de los gastos generales del ejercicio.⁵⁹ Los gastos de promoción y publicidad son deducibles hasta el 4 % del total de ingresos gravados del periodo.⁶⁰ Durante los dos primeros años las sociedades pueden deducir la totalidad de los gastos de viaje; de ahí en adelante, solo serán deducibles hasta el 3 % del ingreso gravado. No se precisa de soportes para pagos por propinas, pasajes de transportación urbana ni tasas siempre que no superen el 10% del gasto total de viaje.⁶¹

Son deducibles, en general, los gastos por regalías, servicios técnicos, administrativos, de consultoría y similares. Cuando estos pagos se hacen a partes relacionadas del exterior tienen como límite de deducibilidad el 20 % de la base imponible más estos gastos; sin embargo, en fase preoperativa el límite deducible corresponderá al 10 % del total de los activos.⁶²

Los intereses por créditos locales que no superen las tasas máximas establecidas por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, son deducibles. En el caso de créditos externos conferidos por instituciones financieras o por entidades no financieras especializadas calificadas por los entes de control ecuatorianos, el crédito debe ser registrado en el Banco Central Ecuador, las tasas máximas establecidas por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera a la fecha del registro.⁶³

En general, todas estas reglas se aplican a un gestor privado, partiendo del resultado contable preparado de acuerdo con los principios contables de general aceptación, que incluyen la CINIIF 12.⁶⁴ No existen reglas específicas agregadas al sistema jurídico, como ocurre en otros países hispanoamericanos, como en el caso de Colombia.

Los tipos impositivos generales para el impuesto a la renta de sociedades en los países de referencia aparecen en la tabla 5.2.

(b) Los derechos del contrato de gestión indirecta como activo intangible y su amortización: el caso colombiano

La legislación colombiana tiene incorporado un tratamiento específico, en materia de impuesto a la renta, respecto de los contratos de concesión y APP.⁶⁵

Cuando se trata de proyectos que incluyen el componente de construcción, la operación y mantenimiento de la infraestructura, los derechos originados en los contratos de gestión indirecta se consideran un activo intangible.

El valor del activo intangible, durante la fase de construcción, corresponde al total los costes y gastos devengados, incluso el coste financiero que se capitalizará. El

⁵⁹ [Ecuador] RLRTI, art. 28, n. 10.

⁶⁰ [Ecuador] LRTI, art. 10, n. 19; y, [Ecuador] RLRTI, art. 28, n. 11.

⁶¹ [Ecuador] LRTI, art. 10, n. 6; y, [Ecuador] RLRTI, art. 21.

⁶² [Ecuador] LRTI, art. 10, n. 20; y, [Ecuador] RLRTI, art. 28, n. 16.

⁶³ [Ecuador] LRTI, art. 13, n. 3; y, [Ecuador] RLRTI, art. 30, n. II.

⁶⁴ [Ecuador] LRTI, art. 4, inc. 2.º («Los sujetos pasivos obligados a llevar contabilidad, pagarán el impuesto a la renta en base de los resultados que arroje la misma»), art. 19, 20 y 21; Ley de Compañías, publicada en el Registro Oficial 312, de 5 de noviembre de 1999, art. 294.

⁶⁵ [Colombia] Estatuto Tributario, art. 32.

mismo criterio se emplea durante toda la concesión para el caso en que se deba rehabilitar el lugar de operación, reponer activos, realizar mantenimientos mayores o cualquier tipo de intervención significativa. Los pagos a los que se obliga la Administración a favor del gestor privado no se consideran para su capitalización en el valor del activo.

Tabla 5.2: Tipos impositivos del impuesto a la renta de sociedades 2020

PAÍS	TIPO IMPOSITIVO
Argentina	30.00
Bolivia	25.00
Chile	27.00
Colombia	32.00
Costa Rica	30.00
República Dominicana	27.00
Ecuador	25.00
El Salvador	30.00
Guatemala	25.00
Honduras	25.00
México	30.00
Nicaragua	30.00
Panamá	25.00
Paraguay	10.00
Perú	29.50
España	25.00
Uruguay	25.00
Venezuela	34.00
UE	20.87
LATAM	27.36

Fuente: Elaboración propia

Para propósitos de la determinación de la base imponible del impuesto a la renta, el coste fiscal del activo intangible se amortiza linealmente, en iguales proporciones, en función del plazo del contrato, empezando en la fecha de inicio de la etapa de explotación. Lo mismo ocurre para los costes y gastos sobrevenidos, pero se considera para la amortización el plazo de la rehabilitación, la reposición de activos, los mantenimientos mayores o intervención significativa, durante el término que dure dicha actividad.

Del mismo modo, la adquisición del activo que se destina a la provisión del servicio concesionado, se registra por su valor de compra y se amortiza linealmente por el plazo de concesión residual.

Si durante la etapa de construcción, el gestor privado ha generado ingresos (como cuando se cede la recaudación de una vía en ampliación) se acumulan para efectos fiscales como un pasivo por ingresos diferidos. Este pasivo se reversa y se reconoce como ingreso fiscal, del mismo modo en que se practica la amortización del activo intangible.

La etapa de explotación de la concesión tiene el tratamiento común: los ingresos distintos a los que generan el pasivo por ingresos diferidos se reconocen en la medida en que se vayan prestando los servicios concesionados, incluyendo las compensaciones, aportes o subvenciones que el Estado le otorgue al concesionario.

Los ingresos, costes y deducciones asociados a la explotación de la concesión, diferentes de peajes, vigencias futuras, tasas y tarifas, y los costes y gastos asociados a unos y otros, tendrán el tratamiento general de cualquier ingreso comercial.

Cuando la operación no integra los componentes de construcción y explotación, el tratamiento tributario en materia de impuesto a la renta es también el general.

Finalmente, si el contrato contempla la entrega por unidades funcionales, hitos o similares, se emplean las mismas reglas en función de cada unidad.

Los casos en que se requiere determinar el valor del intangible, se empleará el valor señalado menos las amortizaciones practicadas.

C. IMPUESTOS GENERALES AL CONSUMO (BIENES Y SERVICIOS) Y LAS APP

1. El Impuesto sobre el Valor Añadido y su aplicación a las operaciones desarrolladas en el contexto del desarrollo de un proyecto en APP

(a) Esquema general de los tributos tipo IVA

El IVA se carga ordinariamente a las actividades que realiza un sujeto pasivo. No obstante, el IVA en el que incurren los intermediarios en el suministro es recuperable a través del sistema de crédito (no hay coste para el productor) y su efecto se repercute íntegramente en el consumidor final de los bienes y servicios.

El momento en que el impuesto es aplicado se suele denominar devengo y usualmente está ligado al momento de realización de la actividad gravable. El devengo puede ser alterado por la ocurrencia de ciertos eventos como, por ejemplo, se puede anticipar por una facturación o se puede producir un pago anticipado.

El IVA a ser cobrado en la fecha del devengo se calcula en función del precio neto de venta. El monto del IVA a ser ingresado corresponde a la diferencia entre el IVA cobrado por la prestación suministrada y el IVA pagado por los bienes y servicios adquiridos para producir la prestación. De este modo se establece también el IVA que puede ser recuperado en los casos previstos normativamente.

El tiempo de recuperación del IVA pagado es también importante. Los países miembros de la UE han adoptado un rango de periodos tributarios que van desde un mes a 12 meses. El periodo de recuperación supone un coste en los flujos hasta la recuperación del impuesto. Este coste es muy importante en el contexto de una APP, pues debe ser financiado por el gestor privado en un contrato de largo plazo. Tal es también un coste a ser incorporado en el proyecto que, o bien lo soportan los usuarios en las tarifas (y se amplifica por efecto del IVA aplicado a ella) o bien lo soporta la Administración con cargo al presupuesto.

Los tipos ordinarios del IVA en los países de referencia constan en la tabla 5.3.

(b) Contratos APP y momentos IVA

Los contratos de APP están redactados con terminología específica que no necesariamente corresponden a aquella empleada en la legislación tributaria.

¿Quién es el suministrador y quien el cliente? El rol específico de cada parte en un proyecto APP es fundamental para comprender las implicaciones del IVA en las

operaciones. Puede tener un impacto en cuestiones tales como el lugar del suministro, así como los derechos relacionados con la recuperación del IVA.

Tabla 5.3: Tipos impositivos ordinarios del impuesto al valor añadido o consumo 2020

PAÍS	TIPO IMPOSITIVO
Argentina	21.00
Bolivia	13.00
Chile	19.00
Colombia	19.00
Costa Rica	13.00
República Dominicana	18.00
Ecuador	12.00
El Salvador	13.00
Guatemala	12.00
Honduras	15.00
México	16.00
Nicaragua	15.00
Panamá	7.00
Paraguay	10.00
Perú	21.00
España	22.00
Uruguay	16.00
Venezuela	21.46
UE	13.63
LATAM	21.00

Fuente: Elaboración propia

El gestor privado puede ser el suministrador, como cuando provee los servicios a la Administración pública, o el cliente, como cuando adquiere bienes y servicios para proveer el servicio a la Administración. Ordinariamente, el gestor privado es una VPE (sujeta a IAE, en el caso español) con un tratamiento común desde la perspectiva tributaria. La Administración (en el caso de concesión de infraestructura social) usualmente es el cliente. En algunos de los países de referencia, como en España, la Administración, cuando ejerce potestades públicas, tiene un tratamiento fiscal distinto al de otros proveedores en el contexto del IVA.

¿Cuál es la naturaleza del suministro? Un gestor privado usualmente suministra servicios sea a la Administración o sea al usuario; por ejemplo, cuando gestiona una vía, o las facilidades educativas u hospitalarias. ¿Dónde se produce el suministro? Usualmente, el suministro se produce en el lugar donde se encuentra la Administración delegante. No obstante, el gestor privado puede adquirir bienes y servicios de otros lugares. ¿Cuándo se produce el suministro? El tiempo del suministro fija el momento en que el tributo se devenga, el periodo en el cual la obligación exigible y el momento desde el cual el IVA podría ser recuperable. El suministro de servicios supone la aplicación del tributo cuando la prestación se ha completado. No obstante, puede existir referentes temporales que anticipan el tratamiento. La provisión de servicios bajo un contrato APP genera el IVA cuando el pago se ha efectuado o la factura se ha emitido, lo que ocurra primero. ¿Qué criterios han servido para la determinación de la obligación tributaria? El suministro debe ser valorado para establecer el *quantum* de la

obligación tributaria. En los contratos APP, usualmente, los servicios se suministran a cambio de una suma de dinero, medido en unidades de medida. No obstante, puede haber prestaciones que no se pagan en unidades monetarias de pago, sino a través de otro tipo de prestaciones, como la provisión de uso.

Tabla 5.4: Tabla sobre asunciones principales en un plan financiero de un puerto

Principales asunciones

A INFORMACIÓN GENERAL

Nombre del punto	Punto base
Nombre del proyecto	Proyecto Productivo IED
Fecha de evaluación	1/1/20
Moneda	(1000 USD)
Impuesto a la renta de sociedades	22%
CFL Ratio	26%
MA general	12%
Días en el año	365
Horas en el día	24
Maturity level	0.1
Roundup level	3
Fecha de inicio del proyecto	2021
Fecha de inicio de operación	2022
Cuarenta años	30

C FINANCIACIÓN

	Phase I	Phase II
Periodo de gracia (años)	2	2
Tiempo (finis)	10	10
Cuenta comercial	2821	2823
Tarifa de gestión (arrangement fee)	1,50%	1,50%
Commitment fee	1,50%	1,50%
Libor	1,00%	1,00%
Spread	5,00%	5,00%
Tasa de interés	6,00%	6,00%
Target debt ratio fixed Capex + VNT		
Endicamiento	80,0%	80,0%
Capital propio	20,0%	20,0%
Contribución de la operación	0,0%	0,0%

D COSTO DE CAPITAL

WACC	12.2%
Costo de la deuda	4.7%

DL	20
Equipoamiento	10
OTROS CAPEX	10
DC	10

F DISTRIBUCIÓN DE DIVIDENDOS

Reserva Legal I/Capital (Max)	20.0%
Reserva Legal I/ingreso neto	5.0%
1.º Dividend/Capital	5.0%
2.º Dividend/Reserva Legal II	10.0%
Reserva Legal II / Capital (Max)	50.0%
Prioridad de distribución	Dividendo
Porcentaje de distribución	100.0%

OTRAS ASUNCIONES - TRIBUTOS

National training fund	0.5%
Education credit program	0.5%
Seguridad Social	11.2%
Personal income taxes (average)	10.0%
Otros tributos	0.5%
Participación de trabajadores (PTU)	15.0%
Taxation of dividends	Enable
Withholding Tax Rate	13.0%

Participación accionaria

Participación accionaria	100%
Promotor privado líder	90%
Otros	10%

B ASUNCIONES DEL IVA

COS+OPEX

Costos	Porcentaje
Costos de personal	0%
Costos de energía	12%
Costos de mantenimiento de equipos	12%
Otros costos	12%
Personal Cost	0%
Costos de ventas y mercado	12%
Royalty	0%
Lease	12%
Costos y gastos administrativos	12%

VENTAS NETAS

Servicios regulados	12%
Servicios no regulados	12%

CAPEX

Otra civil	
Suelo	0%
Costos de desarrollo del proyecto	12%
Construcción	13%
Otras inversiones con relación a la obra civil	12%
Equipamiento	
Equipo nuevo - compra local	12%
Equipo nuevo - importación	12%
Equipo usado	12%

OTROS CAPEX

Costos previos al cierre financiero	12%
Costos posteriores al cierre financiero	129%
Imprevistos	12%
Gastos generales	12%
Costos de inicio	12%
Cinco años o tasas iniciales (upfront fee)	0%
CÓSTOS OPERATIVOS CAPITALIZADOS	129%

(c) Escenarios del IVA: el efecto de sobrecoste

Consideremos los escenarios que se podrían producir según el régimen ordinario y modificado del IVA. Para este propósito empleamos un caso general en el que la provisión del servicio está sujeto a IVA de manera ordinaria y supuestos en los que se realizan desgravaciones en la cadena.

(i) Construcción del ejercicio

En un ejercicio simplificado, consideramos nueve escenarios. En todos ellos, podemos observar cuatro fases en la cadena del IVA. Intervienen el proveedor de insumos (fase 1), los subcontratistas que adquieren los insumos para la construcción o la operación, según la etapa a la que corresponde el proyecto (fase 2), el gestor privado (fase 3) que es quien subcontrata la construcción u operación y que, o bien presta el servicio directamente al usuario (*v. gr.*, en un proyecto vial por peaje), o bien provee los servicios a la Administración (*v. gr.*, en un proyecto en el que construye un hospital y lo mantiene disponible para la Administración) que es quien prestaría el servicio al usuario final en tal caso (fase 4).

(ii) Provisión de servicio público ordinario con tasa

En el primer escenario, asumimos que se trata de un servicio público por el que se cobra una tasa y es provisto por la misma Administración. Por ejemplo, este sería el caso típico de no sujeción del IVA previsto en el art. 7.8 de la LIVA española. El servicio público en este caso puede ser prestado gratuitamente o a cambio de una tasa y no debe corresponder a actividades que en el ámbito europeo se consideran con potencial de mercado en cuyo caso, con independencia de la naturaleza de la contraprestación que debe pagar el usuarios, siempre estará sujeta al IVA.

En este escenario, el importe del IVA recaudado por el valor que añade cada participante en el proceso de producción y distribución finalmente se restituye desde el presupuesto público, por lo que no genera un efecto de sobrecoste. La Administración provee el servicio bajo el principio de equivalencia. No obstante, se debe considerar en este supuesto el sobrecoste de la prestación originada, ya no en el tratamiento tributario del IVA, sino en los costes y gastos propios incrementados del proceso de producción como lo he demostrado en el capítulo III, con ocasión del examen de la estructuración financiera del proyecto.

Tabla 5.5: Aplicación ordinaria del IVA por servicios públicos con tasa

	(a)	(b)	(c)	(d)	(e)	(f)	(g)	(h)
	BASE IMPONIBLE	OTROS GASTOS	IVA COBRADO (12%)	TOTAL COMPROBANTE	RETENCIONES EN LA FUENTE (IVA)	IVA PAGADO (12 %)	SALDO CRÉDITO TRIBUTARIO	IVA INGRESADO
Fase 1: Proveedor de insumos	100	0	12	112	0	0	0	12
Fase 2: Subcontratista (Constructor u Operador)	300	0	36	336	0	12	0	24
Fase 3: Gestor privado	600	0	72	672	0	36	0	36
Fase 4: Administración proveedora del servicio	600	0	0	600	0	72	0	-72
Total IVA que soporta el consumidor			0					
Contraprestación final a cargo del usuario				600				
Total IVA neto en el presupuesto público								0

Fuente: Elaboración propia

(iii) *Aplicación de una tasa por el servicio público provisto con desgravaciones en la cadena: sin devolución*

En un escenario similar al que hemos revisado en el apartado anterior, agregamos para el ejercicio una política de desgravación en alguna de las fases del proceso de producción y distribución. La situación de quien soporta el IVA, sin que pueda repercutirlo al usuario final del servicio es que su importe se agrega como coste de producción del bien o servicio del que se trate. En los países en que la Administración pública no asume el rol de consumidor final frente al gestor privado, porque es beneficiaria de una desgravación general, por ejemplo, la prestación del servicio público destinada al usuario final llega incorporado el sobrecoste de la porción del IVA generado en la última fase del proceso.

Como el IVA soportado por el gestor privado no es repercutido a la Administración pública, el presupuesto público recibe en valor neto la porción del IVA de las fases no desgravadas.

Conviene recordar que, en el supuesto analizado, la Administración está en la situación de prestar el servicio público a cambio de una tasa y, por tanto, el usuario final no paga el IVA por la provisión del servicio público, aunque soporta en el importe de la tasa los costes que por IVA ha debido agregar el gestor privado para poner a disposición de la Administración los medios para que pueda prestar el servicio público. Este sería el caso típico en que el gestor privado provee una infraestructura y la mantiene disponible para que sea la Administración la que provea el servicio público al usuario final.

Tabla 5.6: Aplicación IVA por servicios públicos con tasa, desgravación en la cadena y sin devolución

	(a) BASE IMPONIBLE	(b) OTROS GASTOS	(c) IVA COBRADO (12%)	(d) TOTAL COMPROBANTE	(e) RETENCIONES EN LA FUENTE (IVA)	(f) IVA PAGADO (12 %)	(g) SALDO CRÉDITO TRIBUTARIO	(h) IVA INGRESADO
Fase 1: Proveedor de insumos	100	0	12	112	0	0	0	12
Fase 2: Subcontratista (Constructor u Operador)	300	0	36	336	0	12	0	24
Fase 3: Gestor privado	600	36	0	636	0	36	0	0
Fase 4: Administración proveedora del servicio	636	0	0	636	0	0	0	0
Total IVA que soporta el consumidor			0					
Contraprestación final a cargo del usuario				636				
Total IVA neto en el presupuesto público								36

Fuente: Elaboración propia

(iv) *Aplicación de una tasa por el servicio público provisto con desgravaciones en la cadena: sin devolución*

Un caso similar al tratado en el apartado anterior se puede variar, si el Estado ha arbitrado como medida de política para reducir los costes del proyecto, la restitución del IVA que el gestor privado no puede repercutir a la Administración pública. En este caso, el sobrecoste que se produce únicamente se refiere a la facilidad financiera que se requiere hasta que se produzca la devolución del IVA.

Tabla 5.7: Aplicación IVA por servicios públicos con tasa, desgravación en la cadena y con devolución

	(a) BASE IMPONIBLE	(b) OTROS GASTOS	(c) IVA COBRADO (12%)	(d) TOTAL COMPROBANTE	(e) RETENCIONES EN LA FUENTE (IVA)	(f) IVA PAGADO (12 %)	(g) SALDO CRÉDITO TRIBUTARIO	(h) IVA INGRESADO
Fase 1: Proveedor de insumos	100	0	12	112	0	0	0	12
Fase 2: Subcontratista (Constructor u Operador)	300	0	36	336	0	12	0	24
Fase 3: Gestor privado	600	1	0	601	0	36	36	-36
Fase 4: Administración proveedora del servicio	601	0	0	601	0	0	0	0
Total IVA que soporta el consumidor			0					
Contraprestación final a cargo del usuario				601				
Total IVA neto en el presupuesto público								0

Fuente: Elaboración propia

(v) *Servicio público con precio público en condiciones ordinarias*

Es posible que el legislador haya autorizado a la Administración pública el cobro de un precio público y no de una tasa por la prestación del servicio público. Como sabemos la diferencia entre una y otra contraprestación económica está especialmente en el límite de su *quantum*. No obstante, la variación de la naturaleza de la prestación deja ya un efecto absolutamente distinto al caso de que la Administración provee el servicio a cambio de una tasa o de manera gratuita. El caso ya no corresponde a un supuesto de no sujeción y tendría que ser gravada con el IVA como cualquier otra prestación de un servicio.

El efecto es que el importe del tributo por todo el valor agregado en la cadena de producción del servicio se repercute al usuario final y el presupuesto recibe el monto total del tributo. Es decir, se afecta la renta disponible del usuario tanto por el sobrecoste derivado de la modalidad de gestión en sí misma como por el tratamiento tributario.

Tabla 5.8: Aplicación ordinaria del IVA por servicios públicos con precio público

	(a) BASE IMPONIBLE	(b) OTROS GASTOS	(c) IVA COBRADO (12%)	(d) TOTAL COMPROBANTE	(e) RETENCIONES EN LA FUENTE (IVA)	(f) IVA PAGADO (12 %)	(g) SALDO CRÉDITO TRIBUTARIO	(h) IVA INGRESADO
Fase 1: Proveedor de insumos	100	0	12	112	0	0	0	12
Fase 2: Subcontratista (Constructor u Operador)	300	0	36	336	0	12	0	24
Fase 3: Gestor privado	600	0	72	672	0	36	0	36
Fase 4: Administración proveedora del servicio	600	0	72	672	0	72	0	0
Total IVA que soporta el consumidor			72					
Contraprestación final a cargo del usuario				672				
Total IVA neto en el presupuesto público								72

Fuente: Elaboración propia

(vi) *Servicio público con precio público con desgravación en la cadena*

En una situación en que el usuario debe pagar un precio público por un servicio público provisto por la Administración pública con la participación de un gestor privado que le provee de los medios para que esto ocurra es posible que el Estado asuma una política de desgravación total o parcialmente de los insumos que requiere la Administración o el gestor privado. Como en cualquier otro caso de desgravación del IVA, su importe soportado y no repercutido se agrega al coste. En estos supuestos, como se puede observar, el sobrecoste en el resultado final depende del monto y la fase en la que se produce la desgravación. El efecto que se aprecia es que, en estos casos, el

presupuesto público obtiene más recursos desde el usuario final que soporta el peso de las desgravaciones y el del tributo en su aplicación ordinaria.

Tabla 5.9: Aplicación IVA por servicios públicos con precio público, desgravación en la cadena y sin devolución

	(a) BASE IMPONIBLE	(b) OTROS GASTOS	(c) IVA COBRADO (12%)	(d) TOTAL COMPROBANTE	(e) RETENCIONES EN LA FUENTE (IVA)	(f) IVA PAGADO (12 %)	(g) SALDO CRÉDITO TRIBUTARIO	(h) IVA INGRESADO
Fase 1: Proveedor de insumos	100	0	12	112	0	0	0	12
Fase 2: Subcontratista (Constructor u Operador)	300	0	36	336	0	12	0	24
Fase 3: Gestor privado	600	36	0	636	0	36	0	0
Fase 4: Administración proveedora del servicio	636	0	76	712	0	0	0	76
Total IVA que soporta el consumidor			76					
Contraprestación final a cargo del usuario				712				
Total IVA neto en el presupuesto público								112

	(a) BASE IMPONIBLE	(b) OTROS GASTOS	(c) IVA COBRADO (12%)	(d) TOTAL COMPROBANTE	(e) RETENCIONES EN LA FUENTE (IVA)	(f) IVA PAGADO (12 %)	(g) SALDO CRÉDITO TRIBUTARIO	(h) IVA INGRESADO
Fase 1: Proveedor de insumos	100	0	12	112	0	0	0	12
Fase 2: Subcontratista (Constructor u Operador)	300	12	0	312	0	12	0	0
Fase 3: Gestor privado	612	0	73,4	685,4	0	0	0	73,44
Fase 4: Administración proveedora del servicio	612	0	73,4	685,4	0	73,4	0	0
Total IVA que soporta el consumidor			73,4					
Contraprestación final a cargo del usuario				685,4				
Total IVA neto en el presupuesto público								85

Fuente: Elaboración propia

(vii) Servicio público con precio público con desgravación en la cadena: devolución

Con las mismas condiciones del escenario descrito en el apartado precedente, consideremos ahora el caso de que se haya establecido el derecho a devolución de IVA soportado que no se repercute por la política de desgravación.

El efecto es similar, aunque naturalmente se reducen los importes que deben ser soportados por el usuario final y los montos que queda en el presupuesto público.

Tabla 5.10: Aplicación IVA por servicios públicos con precio público, desgravación en la cadena y con devolución

	(a) BASE IMPONIBLE	(b) OTROS GASTOS	(c) IVA COBRADO (12%)	(d) TOTAL COMPROBANTE	(e) RETENCIONES EN LA FUENTE (IVA)	(f) IVA PAGADO (12 %)	(g) SALDO CRÉDITO TRIBUTARIO	(h) IVA INGRESADO
Fase 1: Proveedor de insumos	100	0	12	112	0	0	0	12
Fase 2: Subcontratista (Constructor u Operador)	300	0	36	336	0	12	0	24
Fase 3: Gestor privado	600	1	0	601	0	36	36	-36
Fase 4: Administración proveedora del servicio	601	0	72	673	0	0	0	72
Total IVA que soporta el consumidor			72					
Contraprestación final a cargo del usuario				673				
Total IVA neto en el presupuesto público								72

	(a) BASE IMPONIBLE	(b) OTROS GASTOS	(c) IVA COBRADO (12%)	(d) TOTAL COMPROBANTE	(e) RETENCIONES EN LA FUENTE (IVA)	(f) IVA PAGADO (12 %)	(g) SALDO CRÉDITO TRIBUTARIO	(h) IVA INGRESADO
Fase 1: Proveedor de insumos	100	0	12	112	0	0	0	12
Fase 2: Subcontratista (Constructor u Operador)	300	1	0	301	0	12	12	-12
Fase 3: Gestor privado	601	0	72,1	673,1	0	0	0	72,1
Fase 4: Administración proveedora del servicio	601	0	72,1	673,1	0	72,1	0	0
Total IVA que soporta el consumidor			72,1					
Contraprestación final a cargo del usuario				673,1				
Total IVA neto en el presupuesto público								72,1

Fuente: Elaboración propia

(viii) *Régimen ordinario del IVA en la prestación de un servicio público por un gestor privado*

En este escenario el proveedor del servicio público es el gestor privado y no la Administración. El caso corresponde a la situación ordinaria de aplicación del régimen del IVA. El usuario final lo soporta y el presupuesto público allega ingresos por este concepto.

Tabla 5.11: Aplicación IVA por servicios públicos con precio privado

	(a) BASE IMPONIBLE	(b) OTROS GASTOS	(c) IVA COBRADO (12%)	(d) TOTAL COMPROBANTE	(e) RETENCIONES EN LA FUENTE (IVA)	(f) IVA soportado (12 %)	(g) SALDO CRÉDITO TRIBUTARIO	(h) IVA INGRESADO
Fase 1: Proveedor de insumos	100	0	12	112	0	0	0	12
Fase 2: Subcontratista (Constructor u Operador)	300	0	36	336	0	12	0	24
Fase 3: Gestor privado	600	0	72	672	0	36	0	36
Fase 4: Administración proveedora del servicio	0	0	0	0	0	0	0	0
Total IVA que soporta el consumidor			72					
Contraprestación final a cargo del usuario				672				
Total IVA neto en el presupuesto público								72

Fuente: Elaboración propia

Es posible conseguir un efecto similar al de la provisión del servicio público con tasa con respecto al usuario final y al presupuesto si existe una devolución del IVA soportado por el gestor privado, si se introduce la desgravación de la prestación misma del servicio público.

(ix) *Servicio público con precio privado con desgravación en la cadena*

En el escenario de que cambie el proveedor del servicio, es decir sea el gestor privado y no la Administración, en los dos casos cobrando un precio por la provisión, podemos observar que el efecto de sobrecoste es sustancialmente el mismo cuando se ha incorporado en la cadena de producción del servicio alguna desgravación.

Tabla 5.12: Aplicación IVA por servicios públicos con precio privado, desgravación en la cadena y sin devolución

	(a) BASE IMPONIBLE	(b) OTROS GASTOS	(c) IVA COBRADO (12%)	(d) TOTAL COMPROBANTE	(e) RETENCIONES EN LA FUENTE (IVA)	(f) IVA PAGADO (12 %)	(g) SALDO CRÉDITO TRIBUTARIO	(h) IVA INGRESADO
Fase 1: Proveedor de insumos	100	0	12	112	0	0	0	12
Fase 2: Subcontratista (Constructor u Operador)	300	0	36	336	0	12	0	24
Fase 3: Gestor privado	600	36	0	636	0	36	0	0
Fase 4: Administración proveedora del servicio	0	0	0	0	0	0	0	0
Total IVA que soporta el consumidor			0					
Contraprestación final a cargo del usuario				636				
Total IVA neto en el presupuesto público								36

	(a) BASE IMPONIBLE	(b) OTROS GASTOS	(c) IVA COBRADO (12%)	(d) TOTAL COMPROBANTE	(e) RETENCIONES EN LA FUENTE (IVA)	(f) IVA PAGADO (12 %)	(g) SALDO CRÉDITO TRIBUTARIO	(h) IVA INGRESADO
Fase 1: Proveedor de insumos	100	0	12	112	0	0	0	12
Fase 2: Subcontratista (Constructor u Operador)	300	12	0	312	0	12	0	0
Fase 3: Gestor privado	612	0	73,4	685,4	0	0	0	73,4
Fase 4: Administración proveedora del servicio	0	0	0	0	0	0	0	0
Total IVA que soporta el consumidor			73,4					
Contraprestación final a cargo del usuario				685,4				
Total IVA neto en el presupuesto público								85,4

Fuente: Elaboración propia

(x) *Servicio público con precio privado con desgravación en la cadena: devolución*

Lo mismo ocurre cuando junto con la política de desgravación se acompaña una devolución. Es decir, cualquiera sea el proveedor del servicio público, cuando este es

provisto a cambio de un precio (público o privado) los efectos de sobrecoste que debe soportar el usuario final es el mismo.

Tabla 5.13: Aplicación IVA por servicios públicos con precio privado, desgravación en la cadena y con devolución

	(a) BASE IMPONIBLE	(b) OTROS GASTOS	(c) IVA COBRADO (12%)	(d) TOTAL COMPROBANTE	(e) RETENCIONES EN LA FUENTE (IVA)	(f) IVA PAGADO (12 %)	(g) SALDO CRÉDITO TRIBUTARIO	(h) IVA INGRESADO
Fase 1: Proveedor de insumos	100	0	12	112	0	0	0	12
Fase 2: Subcontratista (Constructor u Operador)	300	0	36	336	0	12	0	24
Fase 3: Gestor privado	600	1	0	601	0	36	36	-36
Fase 4: Administración proveedora del servicio	0	0	0	0	0	0	0	0
Total IVA que soporta el consumidor			0					
Contraprestación final a cargo del usuario				601				
Total IVA neto en el presupuesto público								0

	(a) BASE IMPONIBLE	(b) OTROS GASTOS	(c) IVA COBRADO (12%)	(d) TOTAL COMPROBANTE	(e) RETENCIONES EN LA FUENTE (IVA)	(f) IVA PAGADO (12 %)	(g) SALDO CRÉDITO TRIBUTARIO	(h) IVA INGRESADO
Fase 1: Proveedor de insumos	100	0	12	112	0	0	0	12
Fase 2: Subcontratista (Constructor u Operador)	300	1	0	301	0	12	12	-12
Fase 3: Gestor privado	601	0	72,1	673,1	0	0	0	72,1
Fase 4: Administración proveedora del servicio	0	0	0	0	0	0	0	0
Total IVA que soporta el consumidor			72,1					
Contraprestación final a cargo del usuario				673,1				
Total IVA neto en el presupuesto público								72,1

Fuente: Elaboración propia

(xi) *Conclusiones sobre el tratamiento preferido*

Cuando revisamos los efectos del régimen del IVA con respecto a los costes incrementados que se generan en la prestación del servicio público objeto del proyecto es posible concluir que, desde la perspectiva del usuario sería preferible, sin considerar el sobrecoste incluido en la estructuración financiera del proyecto, cualquiera de las opciones que implican que el presupuesto público no perciba ingresos derivados del IVA porque se ha desgravado la prestación del servicio público en sí mismo y se ha restituido el IVA soportado y no repercutido en la cadena de producción.

Por el contrario, si la política de organización del servicio se dirige a allegar más ingresos al presupuesto público, la Administración tendría preferencia por el esquema ordinario de prestación de servicio. En este caso, no existiría una política que considere la relevancia del sobrecoste por el cambio de modalidad y el acceso al servicio público. El supuesto generaría inequidad, si el servicio del que tratamos se refiere a la satisfacción de un derecho fundamental.

Tabla 5.14: Casos IVA y políticas de beneficios

Caso	Desgravación	Devolución	Contraprestación final a cargo del usuario	Total IVA que soporta el consumidor	Total IVA neto en el PGE	Prelación con respecto a los ingresos netos para el PGE	Prelación con respecto a la menor carga para el usuario final
Tasa	×	×	600	0	0	4	1
Tasa	✓	✓	601	0	0	4	1
Precio privado	✓	✓	601	0	0	4	1
Tasa	✓	×	636	0	36	3	1
Precio privado	✓	×	636	36	36	3	2
Precio público	×	×	672	72	72	2	3
Precio público	✓	✓	673	72	72	2	3
Precio privado	×	×	672	72	72	2	3
Precio público	✓	×	712	76	112	1	4

Fuente: Elaboración propia

(xii) Inclusión de tributos monofásicos en la cadena del IVA y su efecto en el coste del servicio público

Finalmente, es posible complementar el ejercicio realizado para extender los efectos de sobrecoste a cualquier tributo monofásico que se incluya en la cadena de producción por el hecho del cambio de modalidad.

En este supuesto podría estar, por ejemplo, el ITP español. Todos estos tributos se agregan al coste de la producción del servicio y, por tanto, producen un efecto de incremento adicional a la carga del IVA.

Tabla 5.15: Aplicación de impuestos monofásicos en la prestación de servicios públicos con precio privado

	(a) BASE IMPONIBLE	(b) OTROS IMPUESTOS	(c) IVA COBRADO (12%)	(d) TOTAL COMPROBANTE	(e) RETENCIONES EN LA FUENTE (IVA)	(f) IVA soportado (12 %)	(g) SALDO CRÉDITO TRIBUTARIO	(h) IVA INGRESADO
Fase 1: Proveedor de insumos	100	0	12	112	0	0	0	12
Fase 2: Subcontratista (Constructor u Operador)	300	0	36	336	0	12	0	24
Fase 3: Gestor privado	600	10	73,2	683	0	36	0	37
Fase 4: Administración proveedora del servicio	0	0	0	0	0	0	0	0
Total IVA que soporta el consumidor			73,2					
Contraprestación final a cargo del usuario				683,2				
Total IVA neto en el presupuesto público								73,2

Fuente: Elaboración propia

(d) La Administración pública como sujeto pasivo del IVA: el caso europeo

Los países miembros de la UE están sujetos al régimen comunitario establecido principalmente en Directiva 2006/112/CE (la «Directiva IVA»).

El art. 9 de la Directiva IVA define lo que es un sujeto pasivo. Por definición, quien no se considera sujeto pasivo, cae fuera del régimen del IVA y, por ello, ordinariamente, no obtiene sus beneficios.

El art. 13 de la Directiva 2006/112/CE, señala:

1. Los Estados, las regiones, las provincias, los municipios y los demás organismos de Derecho público no tendrán la condición de sujetos pasivos en cuanto a las actividades u operaciones en las que actúen como autoridades públicas, ni siquiera en el caso de que con motivo de tales actividades u operaciones perciban derechos, rentas, cotizaciones o retribuciones.

No obstante, cuando efectúen tales actividades u operaciones deberán ser considerados sujetos pasivos en cuanto a dichas actividades u operaciones, en la medida en que el hecho de no considerarlos sujetos pasivos lleve a distorsiones significativas de la competencia.

En cualquier caso, los organismos de Derecho público tendrán la condición de sujetos pasivos en relación con las actividades que figuran en el anexo I, excepto cuando el volumen de éstas sea insignificante.

2. Los Estados miembros podrán considerar actividades de las autoridades públicas las actividades de los organismos de Derecho público que estén exentas en virtud de los artículos 132, 135, 136, 371, los artículos 374 a 377, el artículo 378, apartado 2, el artículo 379, apartado 2, y los artículos 380 a 390 *quater*.

Este artículo se lo puede entender mejor si se analiza en primer lugar el Anexo 1 de la Directiva IVA. En él se establecen las actividades que, aunque son realizadas por entidades públicas, son gravables y, en este sentido, la Administración se considera sujeto pasivo que puede recuperar el IVA pagado. Entre tales servicios constan los portuarios y aeroportuarios y el transporte de mercaderías y pasajeros.

Si se asume que la actividad no se encuentra prevista en el Anexo 1 de la Directiva IVA, entonces el apartado primero de la regla se aplica. En la práctica, esto significa que la Administración no podría aplicar el IVA sobre los cargos correspondientes a los servicios que provee en su condición de autoridad pública y, por ello, no es recuperable el IVA pagado. El efecto es que el IVA pasa a formar parte de los costes del proyecto y debe ser absorbido presupuestariamente por la Administración correspondiente. Como cada Administración opera en el espacio presupuestario asignado, el efecto supone un desplazamiento de ingresos hacia la Administración central y una reducción de su capacidad para disponer de tal espacio en la prestación de otros servicios.

El segundo apartado, establece una salvaguarda frente a eventuales afectaciones a la competencia. Adicionalmente, este apartado, simplifica la contabilización diferenciadas del IVA en las actividades exentas de las no gravables, considerando que en los dos casos el IVA pagado no es recuperable.

Si una entidad pública realiza una actividad (i) que no encuentre prevista en el Anexo 1 y (ii) no supone competencia con el sector privado, esta no es considerada como sujeto pasivo del IVA respecto de dicha actividad. Ejemplos de este supuesto serían, la provisión y mantenimiento vial, la provisión de servicios de salud o de

educación. El IVA incurrido en este tipo de proyectos no es recuperable para el sector público.

Se puede aplicar la misma lógica para conocer qué actividades le permiten a la Administración recuperar el IVA, pero en tal caso afectando la renta disponible del usuario para atender, con su propio esfuerzo, las necesidades para las que la Administración ya no presta auxilio con base en el principio de solidaridad.

El efecto del IVA como un coste del proyecto se puede amplificar.

Un grupo de efectos podrían generarse como consecuencia de la obligación de los proveedores en cadenas específicas de suministros. Si solo existen bienes y servicios gravados en cada una de las etapas de suministro, la carga total del IVA es repercutida y soportada por el consumidor final.

Es posible también que en la cadena existan bienes o servicios exentos o no gravados. Quien provee el bien o servicio no gravado no puede recuperar el IVA pagado en términos generales y debe soportar el coste, en teoría.

También se puede considerar la situación de quien ejecuta actividades gravadas y no gravadas en la cadena de suministro de bienes y servicios. En tal caso, cada operación en la cadena supone que se dé el tratamiento específico a la condición del bien o servicio del que se trate.

Lo fundamental es este tema, es que la Administración o el gestor privado en una APP pueden asumir cualquiera de los roles descritos y colocarse en la situación que se ha señalado, en función de los bienes y servicios provistos dentro de la cadena de suministro. Lo más probable, sin embargo, es que la Administración se encuentre en la situación de quien no puede recuperar el IVA pagado en las fases precedentes de la cadena de suministro.

De modo que, el tiempo de recuperación del IVA, al trasladarse la responsabilidad de asumir la financiación (o una parte de él) y los riesgos del proyecto al sector privado, implican que (i) los bienes y servicios adquiridos en las etapas precedentes de la cadena de suministro que no permiten el crédito tributario, se agregan como coste en el bien y servicio necesario para el suministro del servicio, objeto de la APP; y, (ii) el tiempo de recuperación del IVA pagado, exige que el gestor privado financie sus flujos de caja, por lo que los costes financieros también se agregan al proyecto.

El gestor requiere financiar el diseño, construcción y las fases iniciales de operación sin obtener ingresos y durante la operación todo el flujo indisponible respecto del tiempo de recuperación del IVA. Es generalmente reconocido que los costes de financiación privada son más altos que el público y solo este aspecto incrementa los costes a la Administración o el cargo al usuario.

(e) Especificaciones del derecho español

(i) Marco general

El criterio general expuesto es que cuando se cede a la empresa privada el uso de cualquier infraestructura o instalación pública, su explotación y el de las zonas comerciales anejas, la operación está sometida al IVA.

El tipo impositivo depende de la operación de la que se trate por lo que es necesario diferenciar el ingreso de acuerdo con las normas que lo regulan en la LCSP. Por ejemplo, en las prestaciones que recibe la Administración en el contexto de proyectos hospitalarios son difíciles de diferenciar.¹ La justificación es que de lo contrario «podría suponer una carga financiera para empresario en cuestión no compatible con la Directiva 2006/112/CE».²

La entrega de la obra a la finalización de la concesión de obras constituye una operación puramente instrumental que no está sujeta al IVA. La tesis se basa en el hecho de que la Administración paga por la construcción y el mantenimiento a lo largo de la ejecución del contrato. Se trata de un «pago aplazado».³

Variaciones en los supuestos de no sujeción del IVA a ciertas operaciones de los entes públicos y la subvención vinculada al precio para la determinación de la base imponible del IVA en la LCSP.

Como se explica en el preámbulo de la LCSP, con la Ley 28/2014, de 27 de noviembre, se modificó el artículo 7.8 de la Ley del IVA para establecer que la prestaciones efectuadas por las Administraciones Públicas, con o sin contraprestación de naturaleza tributaria, y los servicios provistos en el ámbito interno a las Administraciones Públicas, constituyen supuestos de no sujeción del IVA.

Sin embargo, la normativa comunitaria establece expresamente una serie de sectores de actividad que deben quedar sujetos al IVA (el Anexo 1 de la Directiva IVA) sin importar que el prestador de servicios sea una Administración Pública.

En la LCSP se declara que, siguiendo a la sentencia de 22 de junio de 2016, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, recaída en el asunto *Ceský Rozhlas*, se determina que la actividad de radiotelevisión efectuada por las entidades del sector público queda sujeta al régimen del IVA cuando tengan carácter comercial.

Además, se ha modificado la Ley 37/1992, para clarificar el concepto de subvención vinculada al precio con el propósito de su inclusión en la base imponible del IVA.

Las aportaciones financieras que las Administraciones públicas realizan al gestor privado, cuando no existe distorsión de la competencia, ya no se consideran subvenciones vinculadas al precio de las prestaciones para propósitos de determinar la base imponible del IVA.

Las subvenciones obtenidas para atender estas prestaciones no suponen la pérdida del derecho de su receptor a ejercer su derecho a la deducción del impuesto soportado.

Como se puede observar, esta variación, permite reducir el coste IVA del proyecto. La cuestión es determinar si tal reducción incrementa la rentabilidad de los proyectos o permite reducir las cargas que debe soportar la Administración o el usuario

¹ Ver artículos 79.2 de la LIVA (desglose de servicios) y de la 75.1.7 LIVA (servicios de tracto sucesivo).

² Cfr. M. Hernando Rydings y E. Ortiz Calle. «Los contratos del sector público (8). El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», en M. Yzquierdo Tolsada [dir.]. *Contratos. Civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, t. XIV. Cizur Menor: Aranzadi, 2014, p. 721.

³ J. Almudí Cid. «La tributación indirecta del contrato de concesión de obras públicas a la luz de la Ley 30/2007, de contratos del sector público, y de la reciente doctrina de la Dirección General de Tributos», Documentos núm. 12/08, IEF, 2018. El criterio se basa en la Resolución de la DGT, de 5 de noviembre de 2007.

Tampoco son subvenciones vinculada al precio las aportaciones efectuadas por la Administración Pública para financiar actividades de interés general cuyo destinatario es el conjunto de la sociedad, al no existir un destinatario identificable ni tampoco usuarios que satisfagan contraprestación alguna. Ejemplos de este caso, serían las aportaciones efectuadas para financiar actividades de investigación, desarrollo e innovación o los servicios de radiodifusión pública.

Para facilitar la determinación del régimen de deducción de las entidades del sector público que realizan simultáneamente operaciones sujetas y no sujetas al IVA, se introduce una nueva redacción del art. 93.5 en la ley, autorizando la aplicación del derecho de deducción por una modalidad distinta al criterio de proporcionalidad (prorrata).

(ii) *Supuestos de no sujeción de la Ley 28/2014, de 27 de noviembre, y variaciones operadas a través de la LCSP*

Como se explica en el preámbulo de la LCSP, con la Ley 28/2014, de 27 de noviembre, se modificó el artículo 7.8 de la Ley del IVA para establecer que la prestaciones efectuadas por las Administraciones públicas, con o sin contraprestación de naturaleza tributaria, y los servicios provistos en el ámbito interno a las Administraciones públicas, constituyen supuestos de no sujeción del IVA.

Como queda indicado, la normativa comunitaria establece expresamente una serie de sectores de actividad que deben quedar sujetos al IVA sin importar que el suministrador de servicios sea una Administración pública o no.

Con estas bases, en la LCSP, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público se introdujeron variaciones en los supuestos de no sujeción del IVA, de modo que, las operaciones de los entes públicos que, de conformidad con el régimen comunitario, no estarían excluidas de las garantías de la libre concurrencia.

Finalmente, conviene hacer un apunte en relación con la actividad de radiotelevisión. Es que, de manera específica, teniendo como base la sentencia de 22 de junio de 2016, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, recaída en el asunto *Ceský Rozhlas*, en la LCSP, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público se determinó esta actividad está sujeta al régimen del IVA cuando tengan carácter comercial.

(iii) *La subvención vinculada al precio para la determinación de la base imponible del IVA*

Se ha modificado la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, para clarificar el concepto de subvención vinculada a precio a efecto de su inclusión en la base imponible del IVA.

Las aportaciones financieras que las Administraciones públicas realizan al operador de determinados servicios de competencia pública, cuando no existe distorsión de la competencia, ya no se consideran subvenciones vinculadas al precio de las prestaciones para propósitos de determinar la base imponible del IVA. Se presentan, ejemplos tales como, aquellas, generalmente porque al tratarse de actividades financiadas total o como los servicios de transporte municipal o determinadas actividades culturales financiadas con estas aportaciones.

Las subvenciones obtenidas para atender estas prestaciones no suponen la pérdida del derecho de su receptor a ejercer su derecho a la deducción del Impuesto soportado.

Tampoco son subvenciones vinculada al precio las aportaciones efectuadas por la Administración Pública para financiar actividades de interés general cuyo destinatario es el conjunto de la sociedad, al no existir un destinatario identificable ni tampoco usuarios que satisfagan contraprestación alguna. Ejemplos de este caso, serían las

aportaciones efectuadas para financiar actividades de investigación, desarrollo e innovación o los servicios de radiodifusión pública.

(iv) *Derecho de deducción de las entidades del sector público y el criterio de proporcionalidad*

Para facilitar la determinación del régimen de deducción de las entidades del sector público que realizan simultáneamente operaciones sujetas y no sujetas al IVA, se introduce una nueva redacción del art. 93.5, autorizando la aplicación del derecho de deducción por una modalidad distinta al criterio de proporcionalidad (prorrata).

(v) *Inversión del sujeto pasivo en el contrato de construcción de un proyecto de concesión español*

En España está vigente el régimen de inversión del sujeto pasivo en materia de IVA.⁴ De acuerdo con él, la condición de sujeto pasivo se hace recaer en el destinatario de la operación, siempre que sea un empresario o profesional y que actúe como tal. El destinatario de los bienes o servicios hace la declaración del IVA soportado por la adquisición que realiza el gestor privado y del IVA repercutido por la venta del subcontratista, de modo que las dos entradas se anulan y no se afecta el flujo de salidas del proyecto.⁵ La LIVA autoriza la inversión del sujeto pasivo en ejecuciones de obra, con o sin aportación de materiales, y las cesiones de personal para su realización, por contratos suscritos por el gestor privado —promotor— y el subcontratista —constructor— para, entre otros, la construcción o rehabilitación de edificaciones.⁶ En este caso, el subcontratista en el marco de un contrato «llave en mano» no liquida el IVA, de modo que el gestor privado lo hace y se anula la carga material del tributo en la fase previa a su traslado a la Administración o al usuario final.

Para propósitos de marco general que he trazado, la institución genera el mismo efecto de una desgravación en la cadena de producción con devolución, porque el efecto neutro que se desprende de esta técnica únicamente se coloca en la relación de un proveedor con un profesional o empresario y, nunca, cuando el proveedor suministra el bien o servicio a quien asume la posición de consumidor final. Por ello, su efecto material dependerá de si el prestador del servicio al usuario final es la Administración o el gestor privado. Y, en el caso de la Administración, si la contraprestación cobrada por el servicio es una tasa o un precio público.

(f) **Exposición al IVA**

El IVA tiene relevancia en todas las fases del ciclo de desarrollo de un proyecto en APP, aunque en unas más que en otras. A la Administración le debe preocupar no solo

⁴ [España] LIVA, art. 84.Uno.2.º, letra f).

⁵ Nótese que este procedimiento no aplica en la relación entre el gestor privado y la Administración porque el destinatario del servicio no es un profesional o empresario (esto únicamente en principio, si no se consideran las formas empresariales de organización pública). Por el contrario, quienes resulten proveedores del subcontratista en las condiciones determinadas en la norma también podrían hacer uso de este régimen.

⁶ [España] LIVA, art. 84.Uno.2.º, letra f).

el IVA en que ella incurre sino también el IVA que le corresponde atender al gestor privado.⁷

Naturalmente, desde el momento en que la tarifa que paga el usuario por el servicio (cuando este es el modelo de retribución previsto) deja de tener naturaleza tributaria, todo el régimen del IVA se aplica a la prestación provista por el gestor privado. Este efecto multiplica la carga del usuario: no solo que la prestación se somete a un criterio retributivo (y su acceso puede ser excluido en función de un precio), sino que además la prestación es materia imponible.

Siempre la Administración incurre en IVA cuando obtiene medios externos para atender sus competencias, pero en el caso de los proyectos APP el asunto tiene mayor relevancia en razón de las siguientes características de esta modalidad de contratación:

- Los proyectos APP suelen ser un caso típico en que las Administraciones no están en la posibilidad de recuperar los costes IVA en que incurren, cuando le corresponde, según la modalidad empleada, prestar el servicio directamente. Este es un supuesto típico en caso de infraestructura social (escuelas u hospitales) en las que el concesionario es retribuido —con criterios de disponibilidad y nivel de servicio— por parte de la Administración pública y esta es la responsable de suministrar directamente el servicio al usuario.
- Los gestores asumen la responsabilidad de suministrar un servicio que es gravable con IVA, adquiriendo bienes y servicios necesarios para ello. La transferencia de esta responsabilidad no permite a la Administración emplear sus propios medios sin incurrir en IVA.
- Las cargas que debe soportar la Administración incluyen los costes en que incurre el gestor privado incluso en la financiación de corto plazo de los flujos a recuperar por concepto de IVA, cuando el sistema permite tal recuperación. El concepto es relevante por la escala de los proyectos APP.
- Las contribuciones de capital y los prepagos, así como la transferencia de suelo son ordinarios en el proyectos APP. Todo lo cual puede crear costes asociados al IVA y a otros tributos, especialmente locales, que no existirían en una contratación pública común.

⁷ Un esquema particular de estructuración de un proyecto público y el IVA es tratado en E. Fernández Agüero, J. A. Moreno Molina y M. González. «Nota sobre la aplicación del IVA en la gestión del servicio público de estacionamiento regulado en vía pública (ORA) mediante concesionaria», en *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, núm. 11, 2018, pp. 92-109.

2. El Impuesto a las Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados español y la adjudicación de un contrato APP

(a) Introducción al Impuesto a las Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados en su modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas

El Impuesto a las Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados («ITPyAJD») está regulado con Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados⁸ (en adelante «LITPyAJD») y el Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en adelante «RITPyAJD»).⁹

Se trata de un impuesto indirecto que grava: (i) las transmisiones patrimoniales onerosas, (ii) las operaciones societarias y (iii) los actos jurídicos documentados.¹⁰ Nos interesa en estas líneas el gravamen sobre las denominadas «transmisiones patrimoniales onerosas» (el «ITP»), especialmente reguladas en los arts. 7 a 18 de la LITPyAJD y, de manera particular, para el caso de la concesión administrativa.

Contemplado desde la perspectiva comparada, este tributo es una particularidad del sistema español.¹¹

Se lo analiza junto con el IVA, puesto que, en principio, es aplicable a todo tipo de concesión administrativa que no se encuentre gravada con el IVA.¹²

En el IVA, en todo supuesto, el sujeto pasivo es quien realiza la actividad, el suministro del bien o servicio, mientras que, para el caso de las concesiones administrativas sujetas al ITP, de acuerdo con el art. 8.h) de la LITPyAJD, el sujeto pasivo siempre es el concesionario o el beneficiario del acto o contrato administrativo equiparados a la concesión.

En el asunto que nos ocupa, la base imponible del ITP, en general, está constituida por el valor real del bien transmitido o del derecho que se constituya o ceda.¹³ Reglas específicas para la determinación de la base imponible en el caso de las

⁸ [España] Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, publicado en el BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1993.

⁹ Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, publicado en el BOE núm. 148, de 22 de junio de 1995.

¹⁰ [España] LITPyAJD, art. 1.

¹¹ Su objeto, parcialmente, es similar, en la modalidad del ITP, al caso del impuesto de acabalas, regulado en los arts. 527 a 537 a 561 del [Ecuador] COOTAD. Este es un tributo que grava, a un tipo del 1 % sobre la base, el traspaso de dominio de bienes inmuebles, la constitución y traspaso de derechos reales y las adjudicaciones que se hicieran los copropietarios en la parte que exceda su cuota.

¹² [España] LITPyAJD, art. 7.1, A) y 7.5 y [España] LIVA, art. 7.9

¹³ [España] LITPyAJD, art. 10.1. Son deducibles las cargas que disminuyan el valor real de los bienes, pero no las deudas. El segundo apartado del art. 10, identifica bases imponibles para varios supuestos generadores de la imposición.

concesiones administrativas constan señaladas en los apartados 3 y 4, del art. 13 de la LITPyAJD. Las dos primeras reglas a) y b), del apartado 3, se refieren, a lo que ordinariamente sería una concesión onerosa, esto es, en las que existe un canon de concesión, es decir, un pago realizado por el concesionario por el beneficio que se desprende de la obtención de los derechos derivados del objeto concedido. En estos casos, el ITP se lo calcula sobre el pago que debe realizar el concesionario por la concesión.

3. Como norma general, para determinar la base imponible, el valor real del derecho originado por la concesión se fijará por la aplicación de la regla o reglas que, en atención a la naturaleza de las obligaciones impuestas al concesionario, resulten aplicables de las que se indican a continuación:

a) Si la Administración señalase una cantidad total en concepto de precio o canon que deba satisfacer el concesionario, por el importe de la misma.

b) Si la Administración señalase un canon, precio, participación o beneficio mínimo que deba satisfacer el concesionario periódicamente y la duración de la concesión no fuese superior a un año, por la suma total de las prestaciones periódicas. Si la duración de la concesión fuese superior al año, capitalizando, según el plazo de la concesión, al 10 por 100 la cantidad anual que satisfaga el concesionario.

Quando para la aplicación de esta regla hubiese que capitalizar una cantidad anual que fuese variable como consecuencia, exclusivamente, de la aplicación de cláusulas de revisión de precios que tomen como referencia índices objetivos de su evolución, se capitalizará la correspondiente al primer año. Si la variación dependiese de otras circunstancias, cuya razón matemática se conozca en el momento del otorgamiento de la concesión, la cantidad a capitalizar será la media anual de las que el concesionario deba de satisfacer durante la vida de la concesión.

La letra c) del apartado 3, de la norma revisada, por su parte especifica un caso de concesión administrativa, conforme al cual, el concesionario estaría en el obligación de revertir los bienes afectos a favor de la Administración. En los casos de concesión de obras este sería el régimen aplicable de ordinario. Habría que asumir que el concesionario edifica algo que naturalmente o por afectación es un bien de dominio público que debe revertirse.

c) Cuando el concesionario esté obligado a revertir a la Administración bienes determinados, se computará el valor neto contable estimado de dichos bienes a la fecha de reversión, más los gastos previstos para la reversión. Para el cálculo del valor neto contable de los bienes se aplicarán las tablas de amortización aprobadas a los efectos del Impuesto sobre Sociedades en el porcentaje medio resultante de las mismas.

Finalmente, cuando no es posible establecer una base imponible de acuerdo al apartado 3, del art. 13 de la LITP, se emplean las reglas contenidas en el apartado 4 *ibidem*:

4. En los casos especiales en los que, por la naturaleza de la concesión, la base imponible no pueda fijarse por las reglas del apartado anterior, se determinará ajustándose a las siguientes reglas:

a) Aplicando al valor de los activos fijos afectos a la explotación, uso o aprovechamiento de que se trate, un porcentaje del 2 por 100 por cada año de duración de la concesión, con el mínimo del 10 por 100 y sin que el máximo pueda exceder del valor de los activos.

b) A falta de la anterior valoración, se tomará la señalada por la respectiva Administración pública.

c) En defecto de las dos reglas anteriores, por el valor declarado por los interesados, sin perjuicio del derecho de la Administración para proceder a su comprobación por los medios del artículo 52 de la Ley General Tributaria.

A la base imponible de las concesiones administrativas les corresponde el tipo¹⁴ aprobado por la Comunidad Autónoma, pero si no lo hubiese hecho les corresponde el 4 %.

El art. 49.1. a) de la LITPyAJD, determina que el impuesto se devenga «en las transmisiones patrimoniales, el día en que se realice el acto o contrato gravado»; sin embargo, la originación del tributo no está considerada para un caso concreto de la variedad de supuestos de transmisiones patrimoniales consideradas en la ley: transmisión de bienes, constitución o ampliación de derechos reales y la conclusión de ciertos contratos consensuales de Derecho privado (préstamos, fianzas, arrendamientos, pensiones) o negocios de Derecho público (concesiones administrativas). En este contexto, el Tribunal Supremo¹⁵ contestó a la cuestión de si el ITP se genera «el día de la adjudicación definitiva de la concesión administrativa o el día de la firma del contrato en que se formaliza aquella adjudicación». En opinión del Tribunal, aunque el acto de adjudicación genera el tributo, su liquidación y exigibilidad está supeditada a la formalización del contrato,¹⁶ en la medida en que tal formalización constituye un límite cobijado en art. 2.2 de la LITPyAJD,¹⁷ sea como condición suspensiva, sea como requisito legal, pues, en materia de contratación pública la ejecución del contrato está condicionada a su formalización.¹⁸ Además, el acto de adjudicación puede ser emitido, pero no notificado oportunamente, por lo que no tiene sentido computar el plazo de los 30 días hábiles para presentar la declaración-liquidación del tributo¹⁹ mientras el contribuyente no cuente con la información y documentación necesarias.

Como tributo indirecto que afecta los gastos del proyecto importa, pues, su carga finalmente es soportada por la misma Administración (la Comunidad Autónoma cesionaria del tributo) o por el usuario del servicio público, pero a un coste mayor, precisamente aquel que corresponde a la financiación privada, ya con deuda, ya con capital propio.

¹⁴ [España] LITPyAJD, art. 13.

¹⁵ [España] Tribunal Supremo [Sala de lo Contencioso de Madrid], STS 3382/2015, de 17 de julio de 2015.

¹⁶ De acuerdo con la [España] LCSP, art. 36, actualmente, los contratos se perfeccionan con su formalización.

¹⁷ [España] LITPyAJD, art. 2.2 («2. En los actos o contratos en que medie alguna condición, su calificación se hará con arreglo a las prescripciones contenidas en el Código Civil. Si fuere suspensiva no se liquidará el impuesto hasta que ésta se cumpla, haciéndose constar el aplazamiento de la liquidación en la inscripción de bienes en el registro público correspondiente. Si la condición fuere resolutoria, se exigirá el impuesto, desde luego, a reserva, cuando la condición se cumpla, de hacer la oportuna devolución según las reglas del artículo 57»).

¹⁸ El Tribunal hace referencia al apartado 4 del artículo 54 del Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio, con el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: «No se podrá iniciar la ejecución del contrato sin, la previa formalización, excepto en los casos previstos en los artículos 71 y 72».

¹⁹ [España] RITPYAJD, arts. 101.1 y 102.1.

Falcón y Tella²⁰ observa que cuando se trata de una concesión estatal o local,²¹ además, la aplicación de este tributo implica una transferencia desde el presupuesto central o desde el presupuesto local de recursos financieros hacia la Comunidad Autónoma. Este hecho lo considera incompatible con el denominado principio de interdicción de la compensación financiera u oculta,²² y, en ciertos casos, contraria al art. 4.5, segundo párrafo, de la Directiva IVA.

(b) El carácter oneroso del desplazamiento patrimonial como factor determinante para establecer el tipo de concesión administrativa sujeta al ITP

Como queda indicado, el ITP recae sobre objetos específicos que constituyen una manifestación indirecta de riqueza, uno de ellos constituye la transmisión patrimonial onerosa de ciertos bienes, corporales o incorporeales, o la realización de ciertos hechos o actos que la presuponen, siempre en los términos de la ley que lo regula.²³ Las concesiones administrativas son, precisamente, uno de los casos en los que se presupone la existencia de una transmisión patrimonial.

Usualmente, la doctrina no se ha ocupado de determinar el alcance del objeto, como manifestación de riqueza, que es materia del tributo y, más bien, se ha concentrado en la determinación del alcance del concepto de «concesión administrativa» como elemento objetivo del hecho imponible del tributo. Quizás la justificación de esta forma de aproximación está en que el art. 7.1, B), de la LITPyAJD caracteriza las concesiones administrativas como un caso de transmisión patrimonial sujeta a la imposición, sin ninguna otra calificación como la señalada en la letra A *ibidem*, en la que de manera explícita se hace referencia a transmisiones «onerosas» de bienes y derechos por acto entre vivos.

De conformidad con el art. 7.1 de la LITPyAJD, se califican como transmisiones patrimoniales, para propósitos de determinar el hecho imponible del ITP (el énfasis es añadido), las siguientes:

1. Son transmisiones patrimoniales sujetas:

A) Las transmisiones onerosas por actos «inter vivos» de toda clase de bienes y derechos que integren el patrimonio de las personas físicas o jurídicas.

B) La constitución de derechos reales, préstamos, fianzas, arrendamientos, pensiones y concesiones administrativas, salvo cuando estas últimas tengan por

²⁰ Cfr. R. Falcón y Tella. *Régimen Fiscal de la concesión de obra pública (IVA, ITPYAJD, ICIO e IBI)*. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 34.

²¹ El análisis que realiza es respecto de la concesión de obras, único tipo de contrato de concesión vigente al momento en que desarrollo su trabajo, pero, entiendo, sus conclusiones son plenamente extensibles a la concesión de servicios.

²² Ver R. Falcón y Tella. «Dos consecuencias del principio de interdicción constitucional de la compensación financiera silenciosa u oculta (*stille Finanzausgleich*) en el ITPYAJD: las concesiones y los tipos incrementados de AJD en caso de renuncia a la exención del IVA», en *Quincena Fiscal*, 7, 2007, pp. 5-8

²³ [España] LITPyAJD, art. 1.

objeto la cesión del derecho a utilizar infraestructuras ferroviarias o inmuebles o instalaciones en puertos y en aeropuertos.

Se liquidará como constitución de derechos la ampliación posterior de su contenido que implique para su titular un incremento patrimonial, el cual servirá de base para la exigencia del tributo.

De esta norma se desprende que la el ITP afecta el acto mismo con el que se constituyen derechos a favor del gestor privado cuando se trata de una «concesión administrativa», salvo que se trate de las concesiones para la explotación de infraestructura preexistente ferroviaria, puertos o aeropuertos, caso este que estaría sujeto a IVA, de conformidad con el art. 7.9 de la LIVA.

Se ha sostenido, con razón, que el concepto de «concesión administrativa», desde la perspectiva tributaria, incluye una variedad de situaciones muy diversas.²⁴ El profesor Falcón y Tella nos propone una definición amplia, fundamentada históricamente en la práctica del foro y muy útil para cualquier estudio posterior sobre el ámbito del ITP. La adoptamos como punto de partida para nuestro análisis: concesión administrativa sería el «desplazamiento al particular de una esfera de actuación originalmente pública».²⁵

Si asumimos la corrección de la definición propuesta, la primera cuestión que suscita la aplicación del ITP en materia de concesiones administrativas, en relación con la modalidad de APP, ya no parece ser la determinación de su alcance para propósitos de la aplicación del tributo o si esta incluye en su universo los contratos de concesión de obras y concesión de servicios. Es muy claro que, de acuerdo con la LCSP en la que se regulan los contratos de concesión de obras y la concesión de servicios, hay concesión en la medida en que se transfiera al contratista el riesgo operacional.

Para el caso del contrato de concesión de obra, en el apartado 4, del art. 14, de la LCSP se regula: (i) la transferencia del riesgo operacional como característica esencial de la concesión; (ii) los subtipos de riesgo operacional a ser transferido al concesionario, ya el riesgo de demanda, ya el riesgo de suministro o ambos; y, (iii) se define que son cada tipo de riesgo. Así:

4. El derecho de explotación de las obras, a que se refiere el apartado primero de este artículo, deberá implicar la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se entiende por riesgo de demanda el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato y riesgo de suministro el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda.

Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera

²⁴ Cfr. R. Falcón y Tella. *Régimen Fiscal de la concesión de obra pública (IVA, ITPYAJD, ICIO e IBI)*. Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 19-34. Las fuentes para alcanzar la concreción de su alcance son también muy diversas: normas y estudios en el ámbito comunitario y el régimen local en distintas materias, la jurisprudencia de los tribunales y la doctrina administrativa y tributaria.

²⁵ Cfr. R. Falcón y Tella. *Régimen Fiscal de la concesión de obra pública (IVA, ITPYAJD, ICIO e IBI)*. Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 19-34.

incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable.

En el caso de los contratos de concesión de servicios, el art. 15, apartado 2, de la LCSP hace un reenvío a la caracterización del riesgo operacional regulada para el contrato de concesión de obras.

No hay concesión administrativa alguna cuando el proyecto se limita a la construcción, instalación o transformación de obras; en el supuesto de fabricación de bienes de tecnología avanzada sin transferencia de potestades públicas; o, cuando la empresa privada interviene únicamente en el diseño, organización y dirección de las obras. Del mismo modo, cuando la retribución del gestor privado por su inversión, riesgo y trabajo se trata de un canon fijo no hay concesión y, por lo tanto, el supuesto no estaría sujeto al impuesto.²⁶ En ninguno de estos casos hay transferencia del riesgo operacional.

Entendiendo que me distancio de la práctica española en el siguiente comentario, me propongo discutir como un observador externo, entonces, si toda concesión administrativa en los términos propuestos está sujeta al ITP.

Primero. Me parece que la calificación del acto jurídico como «concesión administrativa» no es suficiente para determinar la sujeción del caso a este impuesto, reconociendo sin embargo la autonomía de calificación en el ámbito tributario.

Ortiz y Hernando, por ejemplo, sostienen que un proyecto que se financia con un peaje en sombra constituiría una concesión de obra pública y por este hecho estaría sujeto al ITP.²⁷ Este caso sería equivalente, desde el modelo de financiación, al de pago variable que la Administración pública efectúa al gestor privado en razón de la frecuentación o niveles de servicio de una infraestructura hospitalaria. La diferencia está en el suministrador del servicio al usuario.

El profesor Falcón y Tella entiende que todos los casos en que la infraestructura es utilizada por la Administración pública²⁸ no habría sujeción a este impuesto, porque es la Administración la proveedora del servicio público al usuario (como en el caso precisamente de los hospitales).²⁹ Considérese, por ejemplo, un contrato de concesión donde el gestor privado asume el riesgo de suministro (disponibilidad) o incluso de demanda, pero el receptor de la actividad del gestor privado es la Administración pública que, a su vez, es la responsable de la provisión del servicio al usuario. Es el caso

²⁶ Cfr. M. Hernando Rydings y E. Ortiz Calle. «Los contratos del sector público (8). El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», en M. Yzquierdo Tolsada [dir.]. *Contratos. Civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, t. XIV. Cizur Menor: Aranzadi, 2014, p. 717.

²⁷ Cfr. M. Hernando Rydings y E. Ortiz Calle. «Los contratos del sector público (8). El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», en M. Yzquierdo Tolsada [dir.]. *Contratos. Civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, t. XIV. Cizur Menor: Aranzadi, 2014, p. 717.

²⁸ R. Falcón y Tella. Régimen Fiscal de la concesión de obra pública (IVA, ITPYAJD, ICIO e IBI). Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 34

²⁹ R. Falcón y Tella. Régimen Fiscal de la concesión de obra pública (IVA, ITPYAJD, ICIO e IBI). Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 34

modelo de infraestructura social que incluye el diseño, financiación, construcción, equipamiento, operación y mantenimiento de una infraestructura que la Administración pública emplea para proveer servicios (sanitarios o educativos) a los individuos.

El criterio se sostiene en la tesis de que lo relevante para propósitos de la aplicación del impuesto es que el gestor privado asuma la dirección del servicio con independencia de que perciba o no las prestaciones de los usuarios.³⁰ La idea es que lo que realmente se concede en este tipo de contratos es el servicio público, como retribución por el servicio suministrado por el concesionario a la Administración. No obstante, esta aproximación tiene como efecto que los contratos cuyos ingresos dependen exclusivamente de la Administración, cualquiera sea el método de cálculo de una retribución variable en función de la disponibilidad, debieran ser excluidos de la definición de concesión en estricto sentido.

Segundo. Con el mismo resultado en relación con los contratos en los que la Administración paga por los servicios provistos por un gestor privado en función de la disponibilidad, ofrezco una explicación distinta. Me parece que la razón por la que en los contratos caracterizados por el profesor Falcón y Tella no se aplica el ITP es porque no existe un desplazamiento patrimonial «oneroso», es decir a cambio de contraprestación. De hecho, en esos contratos el concesionario se ubica en la posición de acreedor de la Administración porque los derechos de concesión se califican como un activo financiero entre las cuentas por cobrar, siempre que la retribución pagada por la Administración no esté ligada a la demanda o la utilización de la infraestructura. Pero aún más, me parece que en cada ocasión en que la Administración obtiene del concesionario un activo público, el desplazamiento patrimonial se produce desde su contratista, por lo que la Administración es quien resulta beneficiaria del acto o contrato. En tal caso, debiera aplicarse la calificación del sujeto pasivo prevista en el art. 8.h) y la exención señalada en el art. 45.I.A).a) de la LITPyAJD.

Tercero. En a contrato de concesión, siguiendo la amplia definición de concesión administrativa que hemos señalado como punto de partida, en mi opinión, le correspondería la aplicación del ITP. Para sostener una tesis negativa, basada en la definición de concesión administrativa que empleamos de referencia, haría falta sostener también que el desplazamiento de la actividad originalmente pública al gestor privado se limita únicamente a la condición de suministrador del servicio. En otros términos, solo si vemos el desplazamiento de la actividad pública como la sustitución de la Administración pública por el gestor privado en el binomio suministrador-usuario, es posible afirmar que en las concesiones del tipo modelo de infraestructura social no existiría una concesión administrativa para propósitos del ITP, según los términos de la definición propuesta de partida. Esto supone una variación de la definición de partida.

En realidad, la actividad pública en relación con aquello que es objeto de una concesión de obra o de servicio, desde una perspectiva comparada, es mucho más amplia: el diseño, la financiación, la construcción o rehabilitación, el equipamiento cuando corresponde, el mantenimiento y la operación misma de la infraestructura son todas actividades que corresponden originalmente a la Administración pública y que

³⁰ Cfr. M. Hernando Rydings y E. Ortiz Calle. «Los contratos del sector público (8). El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», en M. Yzquierdo Tolsada [dir.]. *Contratos. Civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, t. XIV. Cizur Menor: Aranzadi, 2014, p. 718.

usualmente se trasladan al gestor privado bajo la modalidad de APP. Por ello, la concesión administrativa no se limita a la provisión misma del servicio a favor del usuario. Todas estas actividades forman parte de la facultad de gestión a cargo de una Administración pública.³¹

Pues bien, si concesión administrativa es todo desplazamiento de una actividad originalmente pública al particular —como históricamente ha sido concebida—, el problema está en la definición de concesión administrativa como criterio de sujeción del ITP. En mi concepto, la concesión administrativa a la que se refiere la LITPyAJD no es aquella que supone únicamente el desplazamiento de la competencia de gestión al privado. El asunto que nos suscita cierta perplejidad es que debamos concebir la adjudicación de un contrato de concesión de obra o servicio, en todo caso, como una transmisión patrimonial desde la Administración pública al particular y, mucho más, de tipo onerosa.

Esto se debe, en primer lugar, a que la prestación de servicios públicos, en principio y salvo que se trate de una actividad que se realice en concurrencia con el sector privado, no representa ningún derecho de contenido patrimonial en cabeza de la Administración pública. De modo general y en principio, en la concesión de obra y en la concesión de servicios no hay nada que transmitir desde el patrimonio público hacia el gestor privado, salvo que se trate de un proyecto de aquellos denominados *brownfield*, donde existe la posibilidad de que se genere un desplazamiento desde el patrimonio público hacia el privado de bienes tangibles o intangibles.

La constitución de derechos, como los que constan junto con la concesión administrativa como hechos imponible del ITP, son un claro indicador del concepto que buscamos: se trata del uso o aprovechamiento de un bien, corporal o incorporeal, en beneficio del receptor, que incrementa su patrimonio precisamente por el acto o contrato del que se trata. Así, quien recibe el derecho de uso o usufructo, obtiene del propietario el derecho de disfrute de un bien corporal. La misma situación se puede verificar en el caso de concesiones administrativas referidas a un bien público, las denominadas concesiones demaniales.

En segundo lugar, la concesión de obras y servicios, además de un modelo de gestión de la actividad de competencia de la Administración pública, puede ser concebida como un instrumento de financiación desde el sector privado.³²

En mi concepto, es posible una tesis que sostenga que el ITP afecta únicamente a los casos de concesiones administrativas en las que exista una «transmisión» efectiva de elementos patrimoniales desde quien constituye un derecho a favor de su beneficiario. Sin transmisión no hay riqueza que circule y que justifique una imposición indirecta.

El mismo art. 7, apartado 5, de la LITPyAJD, establece:

5. No estarán sujetas al concepto de «transmisiones patrimoniales onerosas», regulado en el presente Título, las operaciones enumeradas anteriormente

³¹ Por ejemplo, el art. 116 *in fine* [Ecuador] COOTAD señala que: «La gestión es la capacidad para ejecutar, proveer, prestar, administrar y financiar servicios públicos. Puede ejercerse concurrentemente entre varios niveles de gobierno, dentro del ámbito de competencias y circunscripción territorial correspondiente, según el modelo de gestión de cada sector».

³² [España] LCSP, art. 265.1 («Las obras de concesión serán financiadas, total o parcialmente, por el concesionario que, en todo caso, asumirá el riesgo operacional en los términos definidos en el apartado cuarto del artículo 14»).

cuando sean realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional y, en cualquier caso, cuando constituyan entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido. No obstante, quedarán sujetas a dicho concepto impositivo las entregas o arrendamientos de bienes inmuebles, así como la constitución y transmisión de derechos reales de uso y disfrute que recaigan sobre los mismos, cuando gocen de exención en el Impuesto sobre el Valor Añadido. También quedarán sujetas las entregas de aquellos inmuebles que estén incluidos en la transmisión de la totalidad de un patrimonio empresarial, cuando por las circunstancias concurrentes la transmisión de este patrimonio no quede sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido.

Esta norma muestra el sentido del régimen, en tanto se afecta con el tributo la circulación de riqueza que no está gravada con IVA.

Otro índice indicativo del sistema está en el apartado 2 del art. 13 de la LITPyAJD:

2. Se equiparán a las concesiones administrativas, a los efectos del impuesto, los actos y negocios administrativos, cualquiera que sea su modalidad o denominación, por lo que, como consecuencia del otorgamiento de facultades de gestión de servicios públicos o de la atribución del uso privativo o del aprovechamiento especial de bienes de dominio o uso público, se origine un desplazamiento patrimonial en favor de particulares.

El criterio para la asimilación a la concesión administrativa sujeta al ITP, de otros actos o negocios administrativos, que se emplea en el art. 13.2 de LITPyAJD consiste en separar la concesión administrativa en sí misma³³ y el desplazamiento patrimonial en favor de particulares que aparece como efecto.

El último de los indicadores es precisamente el caso de las concesiones en las que no se aplica el ITP porque se debe aplicar el IVA. En efecto, la regla de exclusión del tributo se refiere a infraestructura existente. El art. 7.1.B) de la LITPyAJD señala que se aplica el ITP a la concesiones administrativas «salvo cuando estas últimas tengan por objeto la cesión del derecho a utilizar infraestructuras ferroviarias o inmuebles o instalaciones en puertos y en aeropuertos». De modo que la exclusión se refiere a infraestructura existente cuya explotación se traslada como resultado de la concesión. No se refiere, pues, a infraestructura inexistente que debe ser desarrollada con el concurso del concesionario.

Hay concesión administrativa con transmisión patrimonial en todos los proyectos, en cuyo contexto, la Administración cede el uso o aprovechamiento de bienes públicos, para su explotación (proyectos *brownfield*). Tanto sirve el criterio para el caso de obras de mejora para los contratos de concesión de obras, como para el supuesto de los contratos de concesión de servicios en los que se requiere el uso de bienes del dominio público.

En este sentido, se ha dicho que están sujetos al ITP los contratos de concesión que cumplen cumulativamente dos requisitos: «en primer lugar, que supongan la transferencia en particular de facultades originariamente públicas, ya sean facultades de gestión de servicios públicos o el uso privativo o aprovechamiento especial de bienes de dominio público; en segundo lugar, que como consecuencia de lo anterior se produzca

³³ Descrita como el «otorgamiento de facultades de gestión de servicios públicos» o la «atribución del uso privativo o del aprovechamiento especial de bienes de dominio o uso público».

un desplazamiento patrimonial a favor del particular, lo que también requiere la asunción de la mayor parte de los riesgos de ejecución del contrato».³⁴ No obstante, en cuanto al segundo requisito, parece que se confunde el desplazamiento patrimonial, que podría producirse al constituirse derechos sobre derechos o bienes en el dominio público, con ocasión de una concesión que implica medios preexistentes útiles para el desarrollo del proyecto, con aquello que caracteriza los contratos de concesión de obras y servicios, esto es, la distribución de riesgos (los operacionales) que son objeto de relaciones de crédito entre las partes en el contexto de un contrato de APP.

Por el contrario, no estaría cumplida la condición de que se haya producido una efectiva transmisión patrimonial, en los contratos en los que el gestor privado está llamado, en virtud del contrato, a honrar obligaciones para la construcción de obras nuevas (*greenfield*) y su posterior explotación como medio de recuperación de una riqueza que no la obtenido por ningún tipo de transmisión desde la Administración pública. La particularidad de estos contratos de concesión está en que la recuperación de la inversión privada es incierta, si es que en efecto se ha trasladado, entre otros, el riesgo operacional a través de los derechos y obligaciones que han quedado determinados en el contrato de APP.

Es dudable, por otra parte, la aplicación de este tributo a los supuestos en que las obras ejecutadas por el concesionario se entregan como bienes públicos a la Administración (definiéndose de este modo la propiedad pública) para luego proceder con la explotación de la infraestructura. Un caso en que, por efecto del contrato, una infraestructura construida con la financiación privada debe ser integrada al patrimonio público de modo previo a su explotación, formalmente supone la constitución de un derecho real sobre el bien; sin embargo, es evidente que materialmente el desplazamiento patrimonial, formalmente, se produce desde el gestor privado hacia la Administración pública receptora de la obra que trasladaría la infraestructura ejecutada con su propia inversión. Este caso, que es usual en el derecho comparado, en el ámbito español, más ajustado al sistema BOT angloamericano (*Buidil-Operate-Transfer*) no es posible: la entrega de la obra se produce al terminar el contrato de concesión,³⁵ aunque se registra la conclusión de la obra para propósitos de seguimiento y control de la concesión, la valoración de la obra y el inicio de la fase de explotación.³⁶

Me parece que la interpretación práctica que se ha dado a este régimen, desatiende el contexto jurídico en el que se estableció el ITP y la evolución que ha tenido el régimen de contratación pública en España.

Lo único que hay que agregar a este respecto, en cuanto al requisito objetivo, es que el ITP no solo afecta a los contratos de concesión de obras o servicios, sino, y muy especialmente, a las concesiones demaniales y a cualquier asignación delegada de un servicio público en el que se produzca una transmisión patrimonial efectiva.

³⁴ M. Hernando Rydings y E. Ortiz Calle. «Los contratos del sector público (8). El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», en M. Yzquierdo Tolsada [dir.]. *Contratos. Civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, t. XIV. Cizur Menor: Aranzadi, 2014, p. 716.

³⁵ [España] LCSP, art. 283.1.

³⁶ [España] LCSP, art. 256.

Disiento, por ello, que pueda estimarse que existe transmisión patrimonial gravable, por el solo hecho de que se ha adjudicado un contrato de concesión, sin considerar el contenido y objeto de cada contrato.

En síntesis, el hecho de que gestor privado asuma, entre otros, un riesgo operacional permite definir al contrato como una concesión de obra o servicio, de acuerdo con la LCSP y, como un caso de traslado de la actividad originalmente pública al ámbito privado, se trataría de una concesión administrativa, pero ello no supone necesariamente la sujeción a un tributo que exige, además, el traslado desde la Administración pública concedente al gestor privado de cualquier elemento de contenido patrimonial.

La posición que ha adoptado la doctrina española tiende a explicar las actuaciones que la Administración pública de hecho ha ejecutado,³⁷ sin que necesariamente se haya comprendido la diversidad de proyectos públicos que en régimen de concesión de obras o servicios se pueden desarrollar y su propósito.

(c) Exclusión del ITP en la concesión por sujeción al IVA: el caso de la infraestructura preexistente ferroviaria, portuaria o aeroportuaria

Cuando la adjudicación del contrato tiene por objeto la explotación de una infraestructura preexistente ferroviaria, portuaria o aeroportuaria, el contrato estaría sujeto a IVA y no al ITP.

Cuando un contrato de concesión de obra se refiere a un proyecto nuevo (*greenfield*) ferroviario, portuario o aeroportuario, el IVA no se aplica al acto de adjudicación. La ejecución de la obra no estaría sujeta a IVA «pues difícilmente puede entenderse desde la perspectiva de este impuesto que la Administración pública haya cedido al adjudicatario algo sobre lo que no ha adquirido el poder de disposición en el sentido en que la LIVA utiliza esta expresión; pues no ha habido «recepción» de la obra, que en la concesión de obra pública no se produce hasta el momento de la reversión».³⁸ La empresa privada habría soportado el IVA correspondiente a los bienes y servicios empleados de la construcción: no le corresponde soportar un IVA por el derecho a utilizar la infraestructura por el la misma construida.³⁹

No obstante, cuando el contrato de concesión de obra se refiere a la mejora o ampliación de cualquier infraestructura preexistente, el IVA sí se aplica en relación con aquellas obras que no son objeto de la intervención del gestor privado.

Naturalmente, todo contrato de concesión de servicios referidos a infraestructura ferroviaria, portuaria o aeroportuaria, por presuponer la existencia de las obras a ser explotadas, estaría gravado.

³⁷ [España] TEAC de 28 de junio de 2008.

³⁸ M. Hernando Rydings y E. Ortiz Calle. «Los contratos del sector público (8). El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», en M. Yzquierdo Tolsada [dir.]. *Contratos. Cíviles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, t. XIV. Cizur Menor: Aranzadi, 2014, p. 719.

³⁹ Ver en este sentido Falcón, 2006. Comenta a Resolución de la Dirección General de Tributos de 25 de septiembre de 2002 con tono crítico y la de 1 de agosto de 2005 (túnel de alta velocidad España-Francia).

Si bien la adjudicación del contrato de construcción de infraestructura ferroviaria, portuaria o aeroportuaria no está sujeta a IVA, los pagos periódicos que la Administración haga por la explotación de la obra sí lo estarían⁴⁰.

En principio, la cesión de derecho a utilizar una obra portuaria, aeroportuaria o ferroviaria supone una prestación de servicios de tracto sucesivo, por lo que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 75.7 de la LIVA, por tratarse de un servicio de este tipo, el devengo del impuestos se producirá en el momento que resulte exigible la parte del precio que comprenda cada percepción.⁴¹

D. LOS TRIBUTOS LOCALES Y LAS APP

1. Impuesto a los Bienes Inmuebles

El IBI es un tributo directo y real, de pago anual, que grava el valor de los bienes inmuebles⁴² de quienes ostenten la titularidad del derecho constitutivo del hecho imponible del tributo.⁴³ La cuota líquida del tributo,⁴⁴ resulta de la aplicación de las bonificaciones previstas en la ley⁴⁵ a la cuota íntegra que se obtiene de la aplicación del tipo a la base liquidable,⁴⁶ esto es, base imponible⁴⁷ luego de las reducciones previstas en la ley.⁴⁸ El tipo de gravamen general, mínimo y supletorio es del 0,4 % para bienes inmuebles urbanos y el 0,3 % para bienes inmuebles rústicos, y el máximo es del 1,10 % para los urbanos y 0,90 % para los rústicos.⁴⁹

El art. 61.1.a) de la LRHL, dispone que el hecho imponible de este tributo es la titularidad de derechos sobre los bienes inmuebles rústicos y urbanos y sobre los inmuebles de características especiales, entre otros, «[d]e una concesión administrativa sobre los propios inmuebles o sobre los servicios públicos a que se hallen afectos». Producido este caso, ya no es necesario considerar si el caso cae en una de las restantes categorías, en su orden: derecho real de superficie, derecho real de usufructo y derecho de propiedad.

⁴⁰ M. Hernando Rydings y E. Ortiz Calle. «Los contratos del sector público (8). El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», en M. Yzquierdo Tolsada [dir.]. *Contratos. Civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, t. XIV. Cizur Menor: Aranzadi, 2014, p. 720.

⁴¹ M. Hernando Rydings y E. Ortiz Calle. «Los contratos del sector público (8). El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», en M. Yzquierdo Tolsada [dir.]. *Contratos. Civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, t. XIV. Cizur Menor: Aranzadi, 2014, p. 720.

⁴² [España] Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, publicada en el BOE núm. 59, de 9 de marzo de 2004, art. 1.

⁴³ [España] LRHL, art. 63.1.

⁴⁴ [España] LRHL, art. 71.2.

⁴⁵ [España] LRHL, art. 73 (bonificaciones obligatorias) y 74 (bonificaciones potestativas).

⁴⁶ [España] LRHL, art. 66.1.

⁴⁷ [España] LRHL, art. 65. Corresponde al valor catastral.

⁴⁸ [España] LRHL, art. 67 y siguientes.

⁴⁹ [España] LRHL, art. 72.1

La regla señalada permite distinguir, además, la situación del concesionario respecto de los derechos que recaen sobre los bienes corporales.⁵⁰ En efecto, en proyectos en los que el concesionario provee los medios para que la Administración provea el servicio, el concesionario puede ser propietario del activo que luego es empleado por la Administración. Por ejemplo, cuando así se lo prevé en el contrato y se trata de las obras, instalaciones y equipamiento para la provisión de servicios de salud. Por otra parte, el concesionario podría ser únicamente titular de un derecho de explotación o provisión del servicio público sobre bienes de dominio público, cuando el proyecto es uno de tipo *brownfield* o se ha previsto la transferencia de dominio inmediatamente antes de la fase de explotación, por la naturaleza misma de la infraestructura o por la configuración del contrato. Finalmente, el concesionario puede, en teoría, tener derechos de superficie o de usufructo sobre determinado bien público que se lo destina al proyecto para la provisión del servicio que se le encomienda. La situación del concesionario, en definitiva, depende de la estructuración del proyecto y la configuración detallada de la relación.

Ahora bien, la LRHL prevé casos de no sujeción y supuesto de exención del IBI. No están sujetos al IBI:⁵¹

- Las vías terrestres y los bienes del dominio público marítimo-terrestre e hidráulico, siempre que sean de aprovechamiento público y gratuito para los usuarios. De modo que, de acuerdo con esta disposición, no se aplicaría el tributo sobre los derechos derivados de la concesión únicamente en los proyectos en los que el usuario no está llamado a pagar por el servicio provisto por el concesionario, quien percibiría su contraprestación con cargo al presupuesto público, como en el caso de los peajes en sobra o los pagos por disponibilidad.⁵²
- Los siguientes bienes inmuebles propiedad de los municipios en que estén enclavados:
 - Los de dominio público afectos a uso público.
 - Los de dominio público afectos a un servicio público gestionado directamente por el ayuntamiento, excepto cuando se trate de inmuebles cedidos a terceros mediante contraprestación.

⁵⁰ El profesor Falcón y Tella ha señalado que: «Ha de tenerse en cuenta estos efectos que IBI, a diferencia del IVA, es un impuesto “jurídico”, y que, si bien en la concesión de obra pública no hay entrega a efectos del IVA, hasta que finaliza la concesión, sin embargo sí hay transmisión de la propiedad en sentido jurídico». Más adelante señala: «[H]ay que tener en cuenta que, si bien a efectos del IVA el único titular del bien (prisión, comisaría hospital) es el concesionario, sin embargo desde el punto de vista jurídico existen dos titularidades: por un lado, el derecho de concesión (que puede ser un derecho real o un derecho personal, según la configuración dada por las partes), y por otro lado el dominio público. R. Falcón y Tella. *Régimen Fiscal de la concesión de obra pública (IVA, ITPAJD, ICIO e IBI)*. Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 114 y 115.

⁵¹ [España] LRHL, art. 63.5.

⁵² En este sentido la DGT se pronunció: «[C]on independencia de que la Administración Pública remunere a la empresa concesionaria mediante el llamado “peaje en sombra”, concurren los requisitos para la consideración de bien no sujeto al Impuesto sobre Bienes Inmuebles, ya que el bien inmueble en cuestión, objetivamente considerado, es objeto de una utilización pública (no existe limitación en función del tipo de usuario) y gratuita (sin pago por su utilización) por parte de los usuarios». [España] Dirección General Tributaria. Consulta núm. V2358-09, de 22 de octubre de 2009.

- Los bienes patrimoniales, exceptuados igualmente los cedidos a terceros mediante contraprestación.

De la letra (b) precedente, quedarían excluidos del tributo los derechos derivados de la concesión que recaigan sobre bienes de dominio público, aunque el servicio asociado sea retribuido por el usuario, cuando están afectos a un proyecto *brownfield* o que resulten en una transferencia inmediata del título de dominio, promovido por la misma municipalidad, por el hecho de la naturaleza del bien y la Administración concedente.

También se incluirían en el universo de casos excluidos del tributo, los bienes de dominio público o patrimoniales por los que el concesionario paga una contraprestación en el contexto de un proyecto *brownfield* o que resulten en una transferencia inmediata del título de dominio, con independencia de cuál es la Administración promotora. La relación entre la municipalidad como titular del bien y la Administración promotora requeriría un arreglo específico.

Refiriéndose al antiguo contrato de colaboración público-privada, un sector de la doctrina española entiende que el IBI no gravaría la utilización, explotación y gestión de las infraestructuras y, en general, bienes afectos al contrato.⁵³ Se considera que la LRHL no diferencia la concesión administrativa que recae sobre bienes de dominio público con aquellas que recaen sobre servicios, en función de los derechos que tiene el titular de la concesión en cada caso. «Así, mientras en la primera realiza un uso excluyente de las facultades dominicales sobre el bien, que permite equipararle a efectos del IBI con un propietario o con un usufructuario, en la segunda tiene una mera relación con el servicio público que no justifica su consideración como sujeto pasivo en dicho impuesto».⁵⁴ Con esta base, en el entendimiento de González-Cuéllar, en este caso, «[l]a interpretación del concepto concesión administrativa debe hacerse de forma restrictiva, excluyendo otras figuras de cesión de bienes inmuebles de dominio público como, por ejemplo, la titularidad de autorizaciones administrativas aunque sean para el utilización del dominio público».⁵⁵ Desde esta posición, se estima que en el caso del IBI, por efecto de restricción del uso de la analogía del art. 14 de la LGT, no se puede emplear el mismo criterio del ITP y AJD para establecer el alcance de «concesión administrativa», pues, en el artículo 13.2 de la LITPyAJD se amplía el concepto de concesión para fines fiscales, lo que no ocurriría para el IBI. Tampoco se podría emplear una interpretación económica como ocurre en el IVA.⁵⁶

⁵³ Cfr. M. Hernando Rydings y E. Ortiz Calle. «Los contratos del sector público (8). El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», en M. Yzquierdo Tolsada [dir.]. *Contratos. Civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, t. XIV. Cizur Menor: Aranzadi, 2014, p. 724.

⁵⁴ M. Hernando Rydings y E. Ortiz Calle. «Los contratos del sector público (8). El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», en M. Yzquierdo Tolsada [dir.]. *Contratos. Civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, t. XIV. Cizur Menor: Aranzadi, 2014, p. 724.

⁵⁵ M. González Cuéllar. «El impuesto sobre Bienes Inmuebles», en D. Marín Barnuevo (coord.), *Los tributos locales*, Navarra: Civitas, 2005, p. 53.

⁵⁶ Cfr. M. Hernando Rydings y E. Ortiz Calle. «Los contratos del sector público (8). El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», en M. Yzquierdo Tolsada [dir.]. *Contratos. Civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, t. XIV. Cizur Menor: Aranzadi, 2014, p. 724.

Por otra parte, están los casos de exención del IBI. Los proyectos que se desarrollen sobre bienes de propiedad del Estado, de las Comunidades Autónomas o entidades locales afectos a la seguridad ciudadana, servicios educativos, penitenciarios o a la defensa nacional, tales como cárceles o instalaciones educativas, de acuerdo con el art. 62.1.a) de la LRHL. De acuerdo con el artículo 62.1.g) de la LRHL estarían exentos los proyectos que tengan por objeto ferrocarriles, por los terrenos en los que se debe desarrollar.⁵⁷ Siempre que lo prevea una ordenanza específica, estarían exentos del IBI, los derechos derivados de la concesión asociados a proyectos para el desarrollo de centros sanitarios de titularidad pública.⁵⁸

En línea de principio, el profesor Falcón y Tella⁵⁹ observa que en todos los casos en que no resulta de aplicación una exención, la condición de sujeto pasivo la asumiría el concesionario, si el proyecto realmente se trata de una concesión, esto es, si el gestor privado es quien presta el servicio público del que se trate. En el caso de infraestructura que implique un medio para albergar servicios públicos —señala— o bien se trata de un supuesto de extensión, o bien el sujeto pasivo del tributo es la Administración concedente. Conviene aclarar que el profesor Falcón y Tella se refiere a prisiones, comisarías u hospitales, esto es, casos en los que hay un caso de exención; no obstante, es posible concebir proyectos en los que se requieren edificaciones para albergar un servicio público a cargo de la Administración —lo que el autor referido entiende no son verdaderamente una concesión— que no se incluyen en los supuestos de exención, tales como el edificio, instalaciones y equipamiento de oficinas administrativas.

Lo que nos interesa subrayar en relación con el IBI es la importancia que tiene en el plan económico financiero de un proyecto de APP. Cualquier caso en el que no se aplique un supuesto de no sujeción o una exención, su importe se refleja como un gasto que debe ser financiado con los flujos financieros del proyecto, sea que estos provengan de los usuarios o de la Administración.

2. Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras

El ICIO es un tributo indirecto aplicable a la realización de cualquier construcción, instalación u obra para las que sea necesaria una licencia de obras o urbanística, declaración responsable o comunicación previa por parte del sujeto activo, aunque de hecho no se haya obtenido la licencia, de acuerdo con lo previsto en el art. 100.1 de la LRHL.⁶⁰

⁵⁷ [España] LRHL, art. 62.1.g) («1. Estarán exentos los siguientes inmuebles [...] g) Los terrenos ocupados por las líneas de ferrocarriles y los edificios enclavados en los mismos terrenos, que estén dedicados a estaciones, almacenes o a cualquier otro servicio indispensable para la explotación de dichas líneas. No están exentos, por consiguiente, los establecimientos de hostelería, espectáculos, comerciales y de esparcimiento, las casas destinadas a viviendas de los empleados, las oficinas de la dirección ni las instalaciones fabriles»)

⁵⁸ [España] LRHL, art. 62.3.

⁵⁹ Cfr. R. Falcón y Tella. Régimen Fiscal de la concesión de obra pública (IVA, ITPAJD, ICIO e IBI). Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 116.

⁶⁰ En Ecuador, no existe un impuesto vinculado con el control preventivo municipal para el desarrollo de actuaciones referidas a la construcción. Las cargas de naturaleza tributaria están referidas a las tasas que se cobran por el otorgamiento de licencias de construcción. Por ejemplo, en la ciudad de Quito, se ha establecido una tasa retributiva por la aprobación de procesos constructivos [Ecuador. Quito] Ordenanza

La base imponible del ICIO es el coste real y efectivo de la construcción, instalación u obra; el tipo puede llegar hasta el 4 %; y se devenga al iniciarse la actuación.⁶¹

En principio, un proyecto público gestionado con la participación privada en el que se deba edificar o rehabilitar una infraestructura o desarrollar instalaciones asociadas a la provisión de un servicio público se encontraría en el supuesto objetivo del hecho imponible, si para las actuaciones se requiere la respectiva licencia o medida de control preventivo municipal.

De modo que la aplicación del tributo depende de si el régimen sectorial exige o no la obtención de una licencia para emprender las actividades constructivas correspondientes al proyecto. Aunque en principio toda obra de un ente público requiere licencia o está sujeta al control preventivo municipal, por tratarse de obras públicas de interés general y excluirse expresamente de tal control, la licencia no sería un requisito y no se causaría el tributo en obras y servicios de construcción, reparación, conservación o explotación del dominio público viario;⁶² obras de nueva construcción, reparación y conservación que se realicen en el ámbito del aeropuerto y su zona de servicio;⁶³ obras de construcción, reparación o conservación de líneas ferroviarias, de tramos de las mismas o de otros elementos de la infraestructura ferroviaria;⁶⁴ obras portuarias;⁶⁵ u obras hidráulicas de interés general y las obras y actuaciones hidráulicas de ámbito supramunicipal, y que no agoten su funcionalidad en el término municipal en donde se ubiquen.⁶⁶ En este sentido, para estos casos, no se generaría el hecho imponible del tributo.

Por otra parte, se consideran contribuyentes a los dueños de la construcción, instalación u obra, aunque no lo sean del inmueble en el que se realice. Es dueño del proyecto quien soporta los gastos o el coste de la construcción, instalación u obra. En principio, el concesionario sería el contribuyente del ICIO en la medida en que está a su cargo soportar los costes y gastos de las obras.⁶⁷ En contrario, se sostiene que quien

Metropolitana núm. 1, Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito, publicada en el Registro Oficial (Edición Especial) 902, de 7 de mayo de 2019, art. III.5.212.

⁶¹ [España] LRHL, art. 102. Es posible aplicar bonificaciones a la cuota de hasta el 95 % de acuerdo con lo previsto en las respectivas ordenanzas en los supuestos previstos en el art. 103.2 de la LRHL.

⁶² [España] Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de carreteras, publicada en el BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2015, art. 18.1. De acuerdo con Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras, art. 12, ver al respecto [España] Tribunal Supremo. Sentencia de 28 de septiembre de 1990; Sentencia de 22 de octubre de 1999.

⁶³ [España] Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, publicada en el BOE núm. 315, de 31 de diciembre de 1996, art. 166.3. Ver específicamente sobre la materia, D. Marín-Barnuevo. «El impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras», en D. Marín-Barnuevo (coord.). *Los tributos locales*. Cizur Menor: Civitas, 2010, pp. 540 y ss.

⁶⁴ [España] Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario, publicada en el BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2015, art. 7.3.

⁶⁵ [España] Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, publicado en el BOE núm. 253, de 20 de septiembre de 2011, art. 60.

⁶⁶ [España] Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas, publicado en el BOE núm. 176, de 24 de julio de 2001, art.

⁶⁷ El contratista que soporta los costes de la obra y asume el riesgo derivado de la explotación del servicio público es el contribuyente del ICIO, por ser el dueño de la obra, incluso en aquellos casos en que el suelo es ajeno o que el titular del suelo llegue a adquirir la propiedad de la obra una vez finalizado el plazo de

soporta el coste de la obra es siempre la Administración concedente, porque retribuye el servicio del concesionario de manera directa o a través del derecho de explotación de la obra.⁶⁸ Aunque el argumento es plausible para el caso de que los derechos derivados de la concesión se reconozcan como un activo financiero —dado que la Administración es «deudora», por los gastos incurridos para el desarrollo de la infraestructura—, resulta más difícil admitirlo en el supuesto de que tales derechos se califiquen como un activo intangible, porque en este caso los ingresos del proyecto se desprenden de las cargas impuestas al usuario final y no hay afectación presupuestaria para la Administración. En cualquier caso, si el concesionario no responde por el tributo —en los casos que resulte aplicable— en condición de contribuyente, lo haría como sustituto⁶⁹ porque es quien realiza la construcción.

Finalmente, se encuentran explícitamente exentos los proyectos de titularidad del Estado, las Comunidades Autónomas o las entidades locales, cuando se trate de carreteras, ferrocarriles, puertos, aeropuertos, obras hidráulicas, saneamiento de poblaciones y de sus aguas residuales, «aunque su gestión se lleve a cabo por organismos autónomos, tanto si se trata de obras de inversión nueva como de conservación».⁷⁰ Nótese que los supuestos de exención son los mismos a los que se refieren los supuestos de no sujeción, con la diferencia de que la exención está limitada para el caso de que las entidades públicas sean dueñas del proyecto.⁷¹ No encuentro, pues, algún caso de los señalados en que debiera invocarse la aplicación de la exención, cuando de hecho no debería haberse generado el tributo por tratarse de obras que no están sujetas al control preventivo municipal.⁷²

Cualquiera sea el contribuyente —según quien realmente soporte los costes de la construcción—, y aunque el concesionario en calidad de sustituto tenga derecho a repercutir el tributo a la Administración, el efecto material del ICIO es el mismo. El tributo en cualquier caso se integra a los gastos del proyecto que se refleja en la

concesión. [España] Tribunal Supremo. Sentencia de 15 de marzo de 2003 y Sentencia de 10 de diciembre de 2003. En este sentido, M. Hernando Rydings y E. Ortiz Calle. «Los contratos del sector público (8). El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», en M. Yzquierdo Tolsada [dir.]. *Contratos. Civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, t. XIV. Cizur Menor: Aranzadi, 2014, p. 725; y D. Marín-Barnuevo. «El impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras», en D. Marín-Barnuevo (coord.). *Los tributos locales*. Cizur Menor: Civitas, 2010, pp. 584 y ss.

⁶⁸ Cfr. R. Falcón y Tella. *Régimen Fiscal de la concesión de obra pública (IVA, ITPA7D, ICIO e IBI)*. Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 110. Agrega el autor que es una cosa muy distinta que, únicamente para el caso del IVA, la obra sea una inversión del concesionario y la explotación no pueda ser considerada contraprestación de ninguna prestación. La tesis se sostiene en la premisa de que las categorías para el ICIO y para el IVA son distintas. Su tesis tiene respaldo en sentencias tales como: STS de 22 de noviembre de 2003 [recurso de casación 4547/1998], STSJ Extremadura 40/2002, de 27 de marzo [recurso de apelación 55/2002] y la STSJ Madrid 425/2002, de 29 de abril [recurso de apelación 55/2002].

⁶⁹ [España] LRHL, art. 101.2. Esta es la tesis de R. Falcón y Tella. *Régimen Fiscal de la concesión de obra pública (IVA, ITPA7D, ICIO e IBI)*. Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 110.

⁷⁰ [España] LRHL, art. 100.2

⁷¹ La DGT ha señalado que cuando el contribuyente está exento, no se lo puede exigir al sustituto. [España] Dirección General Tributaria. Consulta núm. 0370-03, de 6 de marzo de 2003.

⁷² Sin embargo, en la práctica se ha discutido judicialmente la aplicación de las exenciones en supuesto específicos (ver sentencias citadas por R. Falcón y Tella. *Régimen Fiscal de la concesión de obra pública (IVA, ITPA7D, ICIO e IBI)*. Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 110).

cuantificación de la contraprestación económica que debe ser satisfecha bien por la Administración, bien por el usuario final. Nuevamente, salvo en los casos de no sujeción o exención, el ICIO hace parte de los costes incrementales del proyecto público que se hacen relevantes por su impacto material, ya en los presupuestos públicos de la Administración que desarrolla el proyecto, ya en las rentas disponibles del usuario que satisface la contraprestación económica por el servicio público asociado a la construcción.

3. Impuesto a las Actividades Económicas

IAE es un tributo directo de carácter real que grava el mero ejercicio de actividades empresariales, profesionales o artísticas en España.⁷³ Sujeto a las normas de desarrollo, el tributo no puede exceder del 15 % del beneficio medio presunto de la actividad gravada.⁷⁴

Cuando el contratista se organiza en una persona jurídica —v. gr., el VPE— está llamado a pagar el IAE por el desarrollo de sus actividades empresariales en calidad de concesionario, lo que implica «la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios».⁷⁵

Lo usual es que en los mismos pliegos de condiciones administrativas se exija que el concesionario se haya dado de alta en los epígrafes relacionados con el objeto del contrato, esto es, a los que corresponde con la construcción de la que se trate y el tipo de servicio asociado a la infraestructura encomendada.⁷⁶

En lo pertinente a la estructuración de los sujetos participantes en un proyecto concesionado, estaría exento del IAE la empresa constituida para llevarlo adelante, durante los dos primeros períodos impositivos, y si no existen ingresos durante la fase de construcción.⁷⁷

⁷³ [España] LRHL, art. 78.1.

⁷⁴ [España] LRHL, art. 85.1, cuarta. «Hay que decir que la cuantía del tributo no dependerá completamente del beneficio obtenido por el contratista como consecuencia de los cánones que perciba de la Administración, deducidos los gastos necesarios para obtener los ingresos, si no de la aplicación de unas tarifas, coeficientes y bonificaciones previstos en el legislación estatal, que sólo en parte toman en consideración el importe neto de la cifra de negocios, sin que se excluya la intervención de las Corporaciones Locales en la cantidad que finalmente se deba ingresar». M. Hernando Rydings y E. Ortiz Calle. «Los contratos del sector público (8). El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», en M. Yzquierdo Tolsada [dir.]. *Contratos. Civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales*, con sus implicaciones tributarias, t. XIV. Cizur Menor: Aranzadi, 2014, p. 726.

⁷⁵ [España] LRHL, art. 79.1.

⁷⁶ Cfr. M. A. Bernal Blay y J. L. Monedero Arandilla. «Los contratos del sector público (5). El contrato de concesión de obra pública», en M. Yzquierdo Tolsada [dir.]. *Contratos. Civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales*, con sus implicaciones tributarias, t. XIV. Cizur Menor: Aranzadi, 2014, p. 510. Los autores comentan que en términos normales el licitador se da de alta en los epígrafes 5011 y 5012, correspondientes a «Construcción completa, reparación y conservación de edificaciones» y «Construcción completa, reparación y conservación de obras civiles».

⁷⁷ [España] LRHL, art. 82.1.b). Por la importancia de la cifra de negocios de un proyecto concesionado no parece que sea aplicable la exención prevista en el art. 82.1.c) durante la fase de explotación. De acuerdo a esta norma, están exentos también los sujetos cuya cifra neta de negocios no supera el un millón de euros.

En general, en los sistemas tributarios hispanoamericanos también existe tributos análogos al IAE español. Por ejemplo, los GAD ecuatorianos son sujetos activos del impuesto a la patente que, con una cuantía máxima de 25 mil dólares anuales, se aplica a los sujetos domiciliados o con establecimiento en la respectiva jurisdicción municipal o metropolitana, que ejerzan permanentemente actividades comerciales, industriales, financieras, inmobiliarias y profesionales.⁷⁸

E. RÉGIMENES DE INCENTIVOS TRIBUTARIOS PARA ATRAER INVERSIONES Y REDUCIR COSTES DE PROYECTOS APP: EL CASO DE ECUADOR

1. El gestor privado como obligado tributario y el régimen de beneficios tributarios

El gestor privado es quien adquiere la posición de sujeto pasivo de las obligaciones tributarias sustanciales y formales, referidas a la implementación del proyecto de APP, aunque le son aplicables las reglas generales de la responsabilidad por representación.

Por ejemplo, en el art. 10 de la LIAPP se ocupa del gestor privado únicamente para establecer que le corresponde, para propósitos tributarios, obtener su registro de contribuyentes. Lo cierto es que, en todo proyecto de APP, el gestor privado no es el único participante desde la perspectiva de la parte privada. Es usual que, al menos, exista un constructor e incluso un operador experto, con los cuales se relaciona la sociedad vehículo. Por lo que la norma que exige la obtención de un único registro de contribuyentes para el gestor privado restringe la posibilidad de que los actores efectivos del proyecto accedan a los beneficios tributarios destinados a abaratar los costes del proyecto.⁷⁹ Las cuestiones que determinan las políticas en esta materia no deberían estar enfocadas hacia generar únicamente estímulos para la participación del sector privado, sino para la reducción de los costes del proyecto que se trasladan al usuario final o a la sociedad a través del presupuesto público. Con esto en mente, se debe responder a la cuestión de ¿por qué buscar la reducción del coste del proyecto? La respuesta en el marco de este estudio, siempre será con el objeto de alcanzar equidad en el acceso a los derechos fundamentales, a través de la estructuración de los subsistemas de ingresos públicos y gastos públicos en función del mismo principio de equidad.

Hay quien sostiene que el pago de tributos no es más que un factor de los costes que debe ser retribuido y, en tal sentido, no existe incentivo alguno para el socio privado. Desde esta perspectiva, no se encuentra razón para introducir incentivos fiscales en los proyectos de APP, si todos los costes finalmente deben ser recuperados según las previsiones del plan financiero del proyecto. Una postura en este sentido, rechaza los mecanismos que evitan generar barreras económicas para el acceso a los servicios públicos a través del sistema financiero público, calificando a las medidas tributarias como una «subvención encubierta» de la que únicamente se beneficia el

⁷⁸ [Ecuador] COOTAD, art. 547.

⁷⁹ Considere, por ejemplo, la importancia que tiene el IVA en importación de bienes necesarios para la ejecución de la obra, cuando el constructor es un tercero bajo un esquema EPC.

pagador del servicio, siempre que haya competencia en el procedimiento de selección del promotor privado.

2. Beneficios fiscales para promover la inversión privada en el Ecuador

(a) Régimen de beneficios e incentivos generales en Ecuador

La actividad de una sociedad (a efectos tributarios, entre otros, las compañías mercantiles, fideicomisos, alianzas estratégicas, consorcios o cualquier otro tipo de asocio), tiene los siguientes beneficios e incentivos tributarios de carácter general:

Las pérdidas tributarias (no las contables) se pueden amortizar en no más de cinco años y en un monto no superior al 25 % de la utilidad gravable del ejercicio. Superado el plazo de cinco años, y en caso que no se haya compensado la totalidad de la pérdida tributaria ocasionada, el saldo restante se pierde como beneficio.⁸⁰

En caso de contratar personal nuevo que haya permanecido al menos seis meses en la sociedad se tiene derecho a descontar el 100 % adicional de las remuneraciones y beneficios sociales pagados a los trabajadores en el año que se haya dado este hecho.⁸¹ Además, está prevista una deducción adicional de 150 % por la contratación de empleados con discapacidad o sus sustitutos, personal de tercera edad y migrantes retornados mayores a 40 años. En caso de contratar personal con discapacidad o sus sustitutos en número mayor al que exige la norma laboral (4 %) se puede descontar hasta el 150 % del valor correspondiente a sus remuneraciones y beneficios sociales por el tiempo que dure la relación laboral. En el caso de contratación de personas de la tercera edad aplica este beneficio desde el mes que cumplieron 65 años y durará por dos años. En el caso de contratación de migrantes retornados mayores a 40 años, el beneficio durará dos años.

Las sociedades que reinviertan sus utilidades en el año siguiente de haberlas obtenido, sea en maquinaria o equipo nuevo o en cualquiera de los activos detallados en la norma pueden obtener una reducción de 10 puntos porcentuales en la tarifa de impuesto a la renta. Existe una fórmula para establecer el monto máximo de utilidades a reinvertirse con el beneficio tributario; no obstante, si la sociedad lo decide se puede reinvertir un monto superior, mas sin beneficio.⁸² Cuando ya se deba pagar el anticipo, la opción de la reinversión deberá ser evaluada si es mayor al mencionado anticipo, caso contrario carece de sentido (exceptuando por la exoneración del dividendo acción resultado de este proceso que es exento para los accionistas).

Los dividendos que se paguen a una empresa pública ecuatoriana se encuentran exentos del pago de impuesto a la renta. En el caso del otro inversionista, para definir si hay o no retenciones en la fuente depende de la estructura societaria y de la residencia fiscal del beneficiario efectivo.⁸³ El numeral 24 del art. 9 de la LRTI determina que están exentas del pago del impuesto a la renta «[l]as utilidades que perciban las

⁸⁰ [Ecuador] LRTI, art. 11; RLRTI, art. 28, numeral 8.

⁸¹ [Ecuador] LRTI, art. 10, numeral 9; RLRTI, art. 46, numeral 9 y 10.

⁸² [Ecuador] LRTI, art. 37 LRTI; RLRTI, art. 51 y numeral 1 del art. 9.

⁸³ [Ecuador] LRTI, art. 9.1.

sociedades domiciliadas o no en Ecuador y las personas naturales, ecuatorianas o extranjeras, residentes o no en el país, provenientes de la enajenación directa o indirecta de acciones, participaciones, otros derechos representativos de capital u otros derechos que permitan la exploración, explotación, concesión o similares, de sociedades domiciliadas o establecimientos permanentes en Ecuador, realizadas en bolsas de valores ecuatorianas, hasta por un monto anual de una fracción básica gravada con tarifa cero del pago del impuesto a la renta».

(b) Nueva inversión productiva y los incentivos ecuatorianos a la inversión extranjera directa

Se entiende por «inversión productiva», «independientemente de los tipos de propiedad, al flujo de recursos destinados a producir bienes y servicios, a ampliar la capacidad productiva y a generar fuentes de trabajo en la economía nacional».⁸⁴

En lo que respecta al tratamiento tributario provisto por el COPCI, «nueva inversión» sería el «flujo de recursos destinado a incrementar el acervo de capital de la economía, mediante una inversión efectiva en activos productivos que permita ampliar la capacidad productiva futura, generar un mayor nivel de producción de bienes y servicios, o generar nuevas fuentes de trabajo».

De modo general, el COPCI otorga a cualquier inversionista los siguientes derechos:⁸⁵

Primero, la libertad de producción y comercialización de bienes y servicios lícitos, socialmente deseables y ambientalmente sustentables, así como la libre fijación de precios, a excepción de aquellos bienes y servicios cuya producción y comercialización estén regulados por la Ley. Este último caso, corresponde a la generalidad los servicios públicos de conformidad con el segundo inciso del art. 314 de la Constitución.

Segundo, el acceso a los procedimientos administrativos y acciones de control que establezca el Estado para evitar cualquier práctica especulativa o de monopolio u oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal.

Tercero, la libertad de importación y exportación de bienes y servicios con excepción de aquellos límites establecidos por la normativa vigente y de acuerdo a lo que establecen los convenios internacionales de los que Ecuador forma parte.

Cuarto, la libre transferencia al exterior, en divisas, de las ganancias periódicas o utilidades que provengan de la inversión extranjera registrada, una vez cumplidas las obligaciones concernientes a la participación de los trabajadores, las obligaciones tributarias pertinentes y demás obligaciones legales que correspondan, conforme lo establecido en las normas legales, según corresponda.

⁸⁴ [Ecuador] COPCI, art. 13.a. La LIAPP incorporó a la calificación de «inversión nueva», únicamente para propósitos no tributarios, toda aquella destinada para la ejecución de un proyecto bajo la modalidad de APP (art. 13.b COPCI); su importancia está dada fundamentalmente por la posibilidad de suscribir un contrato de inversión «en el que se hará constar el tratamiento que se otorga a la inversión» de acuerdo con el COPCI y su Reglamento.

⁸⁵ [Ecuador] COPCI, art. 19.

Quinto, la libre remisión de los recursos que se obtengan por la liquidación total o parcial de las empresas en las que se haya realizado la inversión extranjera registrada, o por la venta de las acciones, participaciones o derechos adquiridos en razón de la inversión efectuada, una vez cumplidas las obligaciones tributarias y otras responsabilidades del caso, conforme lo establecido en las normas legales.

Sexto, libertad para adquirir, transferir o enajenar acciones, participaciones o derechos de propiedad sobre su inversión a terceros, en el país o en el extranjero, cumpliendo las formalidades previstas por la ley.

Séptimo, libre acceso al sistema financiero nacional y al mercado de valores para obtener recursos financieros de corto, mediano y largo plazos.

Octavo, libre acceso a los mecanismos de promoción, asistencia técnica, cooperación, tecnología y otros equivalentes.

Noveno, acceso a los demás beneficios generales e incentivos previstos en el COPCI, otras leyes (LIAPP, por ejemplo) y normativa aplicable.

Junto a los derechos generales del inversionista, los «incentivos generales»⁸⁶ previstos por el COPCI —como reformas a la LRTI— se aplican con independencia del territorio o cualquier otra particularidad que no se refiera al mismo beneficio. Todos estos se tratan en este documento en el apartado «II. Régimen de beneficios e incentivos generales».

De modo particular, los «incentivos sectoriales y para el desarrollo regional equitativo»⁸⁷ dependen de si la inversión es nueva y productiva y de si se cumplen los criterios establecidos en el régimen específico para cada beneficio o incentivo establecido en la LRTI.⁸⁸

Los «incentivos para zonas deprimidas» suponen un beneficio adicional al señalado previamente consistente en la deducción adicional del 100% adicional del coste de contratación de nuevos trabajadores por cinco años.

3. Reglas específicas sobre beneficios tributarios para proyectos de infraestructura bajo la modalidad de APP

La LIAPP ha incorporado, mediante reformas específicas a la LRTI y la LET, incentivos y beneficios generales a la inversión y financiación en el sistema fiscal ecuatoriano y, en particular, para el desarrollo de proyectos públicos ejecutados bajo la modalidad de asociación público-privada («APP»).

La LIAPP (art. 4 a 7) integra al régimen institucional ecuatoriano al Comité Interinstitucional de Asociaciones Público Privadas,⁸⁹ como un órgano colegiado de la Función Ejecutiva, responsable, entre otras competencias de:

⁸⁶ [Ecuador] COPCI, art. 24.1.

⁸⁷ [Ecuador] COPCI, art. 24.2.

⁸⁸ [Ecuador] LRTI, art. 9.1.

⁸⁹ El Comité está integrado por miembros natos y otros ad-hoc. Son miembros natos con derecho a voto los Ministros Coordinadores de la Producción, Empleo y Competitividad y el de la Política Económica y el Secretario Nacional de Planificación. Todos ellos pueden designar un delegado permanente. El Director del Servicio de Rentas Internas es miembro nato sin derecho a voto. Son miembros ad-hoc, sin derecho a voto, el representante de la entidad delegante. El Comité cuenta con una Secretaría Técnica, cuyo Secretario es designado por el Ministro Coordinador de la Producción, Empleo y Competitividad,

- Definir sectores en los que se promoverá el empleo de la modalidad de asociación público-privada para la ejecución de proyectos públicos.
- Aprobar, a propuesta de la entidad delegante, los proyectos que se desarrollarán bajo la modalidad de asociación público-privada y el régimen de incentivos previstos en esta Ley.
- Determinar las políticas y lineamientos de aplicación de los beneficios previstos en la LIAPP.
- Disponer la inscripción de los proyectos públicos que se ejecutarán bajo la modalidad de asociación público-privada, en el registro a cargo de la Secretaría Técnica.

De conformidad con el art. 16 de la LIAPP para la aplicación de los incentivos previstos en dicha norma se requiere:

- El incentivo haya sido previsto en las bases económicas del pliego para el proceso de selección del gestor privado al que se delega la financiación y gestión del proyecto público.
- El incentivo haya sido previsto en el plan económico-financiero de la oferta que haya resultado adjudicada.
- El contrato de gestión delegada haya sido suscrito a partir del 18 de diciembre de 2015 (fecha de vigencia de la LIAPP — en lo que respecta al impuesto a la renta a partir del ejercicio que inicia el 1 de enero de 2016) y consten en dicho contrato.
- El proyecto público del que se trate se haya registrado en la Secretaría Técnica del Comité Interinstitucional.
- Los incentivos sean otorgados por el Comité Interinstitucional, para lo que se requiere ajustarse a las políticas y resoluciones de dicho Comité.

De conformidad con el art. 14 de la LIAPP, se consideran proyectos públicos, entre otros, «[l]a operación y mantenimiento de una obra pública existente para la provisión de un servicio de interés general cuando se justifique mejoras sustanciales en esta materia a través de la participación privada en la gestión», aunque el mismo régimen, en el art. 3, inc. 3, establece que en el ámbito de los sectores estratégicos la aplicación de los incentivos está restringida a «los nuevos proyectos públicos relacionados con el sector hidroeléctrico y otras energías alternativas». De tal modo que, la calificación de si el proyecto público es de aquellos nuevos para propósitos de la aplicación de los incentivos APP (bien por sus objetivos o bien por la infraestructura implicada) se ubica en el ámbito de la competencia del Comité Interinstitucional.

Por otra parte, el segundo inciso del art. 13 de la LIAPP establece que «[p]or excepción, el Comité Interinstitucional podrá, para la aplicación de esta Ley, priorizar y aprobar APP en materia de servicios públicos en el marco de las disposiciones constitucionales». Salvo en lo que respecta a la aplicación de incentivos en nuevos

quien preside el Comité. Mediante Resolución del Comité Interinstitucional de Asociaciones Público Privadas núm. 1, publicada en el Registro Oficial núm. 713, de 16 de marzo de 2016, se expidió el reglamento interno de funcionamiento del órgano colegiado. En todo lo que no está previsto en este cuerpo normativo, se aplica el régimen previsto para los órganos colegiados en el Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva.

proyectos hidroeléctricos y de energías renovables, el tercer inciso del art. 13 de la LIAPP, dispone «[l]as leyes sectoriales [son las que] establecen el régimen específico al que se sujeta la delegación o participación privada, a través de cualquier modalidad, para la ejecución de obras, adquisición de bienes y prestación de servicios en los sectores estratégicos». Ahora bien, a nivel constitucional el art. 313 de la Constitución califica como sector estratégico «la energía en todas sus formas» y las telecomunicaciones y, al mismo tiempo, el art. 314 *ibidem* establece que la provisión de energía eléctrica y de telecomunicaciones constituyen servicios públicos. En razón de la intersección de nivel constitucional de los mismos objetos, calificados como servicio público y sector estratégico, y por la diferencia en el tratamiento de la LIAPP para uno y otro conjunto, será el mismo Comité Interinstitucional, en ejercicio de sus competencias, el que defina el tratamiento específico para estos casos.

Los incentivos relacionados con proyectos ejecutados bajo la modalidad de APP se mantienen mientras el contrato de gestión delegada se encuentre vigente, salvo las exenciones previstas para el impuesto a la renta (art. 9.3 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno) que tienen una vigencia de 10 años contados desde la fecha de inicio de la explotación.

El art. 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas prevé una amplia capacidad asociativa de las EP para el desarrollo de su gestión en sectores estratégicos y servicios públicos (art. 316 de la Constitución). En el contexto del régimen constitucional de delegación de la gestión de sectores estratégicos y servicios públicos a «empresas mixtas» en las que participen EP, la norma ha previsto que la EP debe intervenir con mayoría accionaria. En cualquier otra fórmula de asociación (distinta a una empresa de economía mixta, *v. gr.*, sociedades anónimas, fideicomisos o asociaciones puramente contractuales) la EP puede participar con minoría.

En este contexto, el último inciso del art. 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas establece: «En cualquier caso, las APP conformadas por empresas públicas, con mayoría en la participación, tendrán el mismo tratamiento tributario, beneficios e incentivos previstos en el ordenamiento jurídico para la modalidad de gestión delegada». De tal modo que, los vehículos empresariales empleados por una EP para intervenir en una APP, en la medida en que la EP cuente con mayoría en la participación en el vehículo, pueden ser beneficiarios de los incentivos establecidos en la LIAPP.

(a) Beneficios e incentivos específicos en el impuesto a la renta

De acuerdo con el art. 9.3 de la LRTI, las sociedades vehículo que se estructuren en el Ecuador para el desarrollo de proyectos públicos bajo la modalidad de APP están exentos del impuesto a la renta durante el plazo de diez años contados a partir del primer ejercicio fiscal en el que se generen ingresos operacionales establecidos dentro del objeto de la APP, de conformidad con el plan económico financiero agregado al contrato de gestión delegada, siempre que el proyecto se realice en uno de los sectores priorizados por el Comité Interinstitucional de APP y cumplan con los requisitos de la LIAPP.

Asimismo, según la misma norma, están exentos los dividendos o utilidades que paguen a sus socios o beneficiarios las sociedades vehículo estructuradas para la ejecución de proyectos APP.

De conformidad con el numeral 23 del art. 9 de la LRTI, excepto en operaciones entre partes relacionadas, están exentas del impuesto a la renta aquellas «originadas en

títulos representativos de obligaciones de 360 días calendario o más emitidos para la financiación de proyectos públicos desarrollados en asociación público-privada y en las transacciones que se practiquen respecto de los referidos títulos».

(b) Impuesto a la salida de divisas

En el Ecuador, todo pago que se haga al extranjero está gravado con el 5 % por concepto del impuesto a la salida de divisas («ISD»). De conformidad con el art. 159 de la LRTI, de modo general, están exentos del pago de ISD principalmente los pagos:

- Las transferencias al exterior menores a \$ 1.000 (núm. 2).
- Los realizados al exterior para la amortización de capital e intereses generados sobre créditos otorgados por instituciones financieras internacionales o entidades no financieras especializadas calificadas por los entes de control correspondientes en Ecuador, que otorguen financiación con un plazo de 360 días calendario o más, vía crédito, depósito, compra-venta de cartera, compra-venta de títulos en el mercado de valores, que sean destinados a la financiación de, entre otros, inversiones productivas (núm. 3). El beneficio aplica siempre que las operaciones se efectúen entre partes no relacionadas, salvo que el prestatario sea una institución financiera.
- Los rendimientos financieros, ganancias de capital y capital de aquellas inversiones provenientes del exterior que hubieren ingresado a través del mercado de valores y que hayan permanecido en el país, como mínimo el plazo señalado por el Comité de Política Tributaria, que no podrá ser inferior a 360 días calendario, siempre que las operaciones no se realicen entre partes relacionadas (núm. 6).
- El caso previsto en la letra precedente, cuando se trate de inversiones en títulos emitidos por empresas domiciliadas en el Ecuador (como una sociedad vehículo) y negociados en mercados internacionales, siempre que los recursos hayan ingresado y permanecido en el Ecuador por el tiempo señalado en la misma letra precedente (núm. 7).
- Realizados al exterior por concepto de distribución de dividendos, efectuados por sociedades nacionales o extranjeras domiciliadas en el Ecuador a favor de otras sociedades extranjeras o de personas naturales no residentes en el Ecuador, después del pago de impuesto a la renta, con excepción de paraísos fiscales o jurisdicciones de menor tributación, siempre que los accionistas de la empresa del exterior no sean residentes ecuatorianos que a su vez sean accionistas de la sociedad que reparte dichos dividendos (núm. 5).

En caso que el ISD se haya pagado en la importación de materias primas, insumos y bienes de capital con la finalidad de que sean incorporados en procesos productivos de acuerdo con lo establecido por el Comité de Política Tributaria, dicho impuesto será crédito tributario de impuesto a la renta y podrá usarse durante 5 ejercicios fiscales, si así se supera el valor de impuesto a la renta a pagar, este crédito tributario puede ser objeto de devolución (arts. 155 a 163 LET).

En materia de APP, el art. 159.1 de la LET, reformada por la LIAPP, introdujo las siguientes exenciones a los pagos al exterior:

- Los que efectúen las sociedades vehículo, cualquiera sea el domicilio del receptor del pago.

- Por importación de bienes destinados a la ejecución del proyecto.
- Por servicios destinados a la ejecución del proyecto público.
- Los efectuados por la sociedad vehículo a los financiadores del proyecto público, incluido el capital, interés y comisiones, siempre que la tasa de interés pactada no supere la tasa referencial a la fecha de registro del crédito. El beneficio se extiende a los créditos subordinados, siempre que la sociedad prestataria no se encuentre en situación de subcapitalización de acuerdo con el régimen general.
- Los realizados por la sociedad vehículo por distribución de dividendos o utilidades a sus beneficiarios, sin perjuicio de donde tengan su domicilio fiscal.
- Los realizados por cualquier persona o sociedad en razón de la adquisición de acciones, derechos o participaciones de la sociedad vehículo o por transacciones que recaigan sobre títulos representativos de obligaciones emitidos para la financiación del proyecto público.

(c) Impuesto al valor agregado

En términos generales, las sociedades vehículo actúan como agentes de retención de IVA en los mismos términos y bajo los mismos porcentajes que las empresas públicas.

El segundo inciso del art. 148 del RLRTI determina que no se han de aplicar retenciones de IVA a las sociedades vehículo que se hubieren estructurado para la ejecución de un proyecto público bajo la modalidad de APP.

(d) Beneficios relacionadas con los tributos al comercio exterior

El art. 125 del COPCI determina que están exentas de los tributos y más cargas al comercio exterior, las importaciones de bienes destinados a la ejecución del proyecto público en modalidad de APP, en los mismos términos que el Estado o sus instituciones y hasta el monto fijado por el Comité Interinstitucional de APP para cada sector priorizado.

Tercera parte

PRINCIPIOS MATERIALES DE JUSTICIA
FINANCIERA COMO FINES Y NO ÚNICAMENTE
LÍMITES DE LAS DECISIONES DE LA
AUTORIDAD PÚBLICA EN LA ELECCIÓN DE LA
MODALIDAD DE EJECUCIÓN DE PROYECTOS A SU
CARGO

CAPÍTULO VI

LA EQUIDAD Y EL DEBER DE CONTRIBUIR AL SOSTENIMIENTO DE LOS GASTOS PÚBLICOS: EFECTOS DERIVADOS DE LA MODALIDAD DE GESTIÓN ELEGIDA PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

A. INTRODUCCIÓN

1. Plan general de la tercera parte: la elección de la modalidad de gestión y financiación de los servicios públicos como un problema de derechos y deberes fundamentales

Las APP han sido caracterizadas hasta ahora como instrumentos de gestión de la actividad pública¹ y también se las ha ubicado entre los medios de los que dispone la Administración para financiar las actividades a su cargo.² Adicionalmente, se ha buscado demostrar que la configuración institucional de las APP en los sistemas jurídicos de los países observados se dirige, siguiendo los criterios del modelo internacional, a asegurar la viabilidad comercial y financiera del proyecto.

En este contexto, ha sido posible constatar que una APP supone un incremento de costes originados en: (i) la misma estructuración técnica, financiera y legal del proyecto; y (ii) en el efecto de los tributos —especialmente indirectos— que resultan aplicables al proyecto por la modalidad elegida para la provisión del servicio público. En estas circunstancias, la determinación de la conveniencia de las APP para la gestión de un proyecto público, como regla general, se basa en la demostración de la eficiencia que se obtiene con ella frente a la implementación del proyecto por gestión directa y su financiación a través del presupuesto público. La idea es que los incrementos en los

¹ Ver *infra*: Parte I

² Ver *infra*: Parte II. En oposición a la gestión por medios propios de los órganos del Estado y a la financiación de servicios públicos con cargo a los presupuestos públicos, las APP son una modalidad de gestión y de financiación indirectas de las actividades de titularidad de los órganos del sector público.

costes de implementación de un proyecto a través de una APP deben ser menores que aquellos que se derivan de los riesgos absorbidos por el gestor privado. De este modo, se generarían ahorros para la comunidad en la provisión del servicio público. No obstante, la mejora de eficiencia aludida se justifica únicamente de manera teórica porque, como lo he descrito, los sistemas jurídicos se han configurado para facilitar la viabilidad comercial y financiera del proyecto APP, que depende de que los promotores privados y los financiadores externos no estén expuestos a riesgos materiales, por lo que las asunciones en el análisis de riesgos que se hace en la preparación de un proyecto son determinantes en la conclusión del estudio y, en muchos casos, la preferencia personal del analista y el sesgo es una característica que se encuentra presente.³

Desde el punto de vista práctico, el riesgo que le corresponde al promotor privado es el que no ha podido controlar mucho antes de suscribir el contrato APP y, en cualquier caso, está limitado al monto de capital propio aportado para la constitución del gestor privado. Desde el punto de vista técnico, el estudio para determinar el *value for money* (i. e., el ahorro para la comunidad) que se prepara antes de la selección de la modalidad de gestión es un instrumento puramente prospectivo y, por supuesto, no describe datos, sino que los estima. Los resultados de estos estudios cuando se los hace en la liquidación del proyecto se muestran muy distintos a las asunciones empleadas en el escenario inicial.⁴

Aunque la eficiencia de la modalidad para la gestión de un determinado proyecto es posible, esta conclusión no implica que el proyecto de APP pueda ser viable desde la perspectiva de la equidad, según la defino en esta investigación.

En esta tercera parte, la investigación debe pasar desde la descripción y explicación de las soluciones adoptadas por los sistemas jurídicos observados en materia de APP y sus efectos materiales, hacia el ámbito de la evaluación de la modalidad aplicada a específicos proyectos a partir otras normas jurídicas que regulan los fines más generales de la actividad pública. Estas normas generales, que me sirven como referentes de evaluación, integran el mismo sistema jurídico en el que se inserta el régimen de las APP para la gestión y financiación de la actividad pública. Fijan, en principio, condiciones que deben ser satisfechas, antes de cualquier análisis de eficiencia. Me refiero a los principios de justicia aplicables al ejercicio de las competencias públicas y, en particular, de los que afectan a la provisión de servicios vinculados con derechos fundamentales y a los componentes del sistema de finanzas públicas.

El centro de las inquietudes que animan esta investigación está en la determinación de la importancia teórica y práctica que podría tener la norma de

³ De acuerdo con el Tribunal de Cuentas Europeo «[c]inco de los doce proyectos de APP evaluados con un coste total de 7.900 millones de euros se registraron inicialmente fuera de balance. Si bien esto es conforme con el marco contable de la UE, esta práctica aumenta el riesgo de efectos colaterales negativos que afectan a la transparencia y a la relación calidad-precio, como el sesgo hacia proyectos de APP, aunque las consideraciones relativas a la relación calidad-precio pudieran dar lugar a opciones diferentes». [UE] Tribunal de Cuentas Europeo. *Informe Especial. Asociaciones público-privadas en la UE: Deficiencias generalizadas y beneficios limitados*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones, 2018, párr. 91.

⁴ Ver especialmente los trabajos sobre la renegociación en las APP de J. L. Guasch. Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions Doing it Right. Washington: BM, 2004 [WBI Development Studies]; y, J. L. Guasch, J. J. Laffont y S. Staub. «Renegotiation of Concession Contracts in Latin America. Evidence from the Water and Transport Sectors», en *International Journal of Industrial Organization*, vol. 26, 2008, pp. 421-442.

equidad en el momento en que la autoridad debe justificar y adoptar una decisión sobre la modalidad de gestión y financiación de un servicio público vinculado con la protección y promoción de derechos fundamentales reconocidos en los sistemas jurídicos de referencia. En mi entendimiento, en estos casos, la carga argumentativa sobre la conveniencia de la adopción de una APP como modalidad de gestión y financiación del proyecto público y la carga de la prueba sobre el hecho de que su uso se ajusta a las exigencias de la norma de equidad le corresponde a la Administración. Esto se justifica en la relación entre, por una parte, los efectos tendencialmente inequitativos que produce el empleo de la modalidad y, por otra, la posibilidad de acceso a las prestaciones relativas al goce y ejercicio de un derecho fundamental.

Para proceder con esta evaluación es necesario convenir, en primer lugar, que es posible identificar y caracterizar un específico tipo de relaciones de medio-fin entre los componentes del sistema jurídico que regulan la modalidad de gestión indirecta a través de las APP, los componentes del sistema de las finanzas públicas y los derechos fundamentales.⁵ Entiendo que si se consideran los derechos fundamentales como fines primordiales de toda actuación pública, el modo en que se gestiona y financia la provisión de servicios públicos a ellos referidos debe ser evaluado a la luz de la norma de equidad que se aplica transversalmente a cada componente que integra el sistema jurídico. En este sentido, cada componente del sistema jurídico que es medio para la consecución de los fines de la comunidad que han sido positivados en el sistema jurídico deben producir equidad o, en cualquier caso, no deben ser contrarios a sus exigencias.

En segundo lugar, si la norma de equidad es transversal a cada componente del sistema jurídico, desde la perspectiva de las finanzas públicas es necesario considerar el alcance que tiene con respecto a los dos componentes del sistema financiero público, cuando se trata de justificar la conveniencia de la modalidad de APP para gestionar y financiar un proyecto público. Partiendo de los desarrollos teóricos acerca del principio de capacidad económica en el ámbito tributario es posible extrapolar ciertos contenidos a la reconfiguración del principio aplicable al entero fenómeno de las relaciones financieras entre las personas y el Estado con exigencias específicas que atañen a la equidad. Fijado el alcance del criterio de equidad es posible demostrar, además, a partir de los efectos de la elección de la modalidad en el sistema de ingresos y gastos públicos, la tendencial inequidad que comporta el uso de una APP para gestionar y financiar servicios públicos relacionados con derechos fundamentales, por sus efectos ordinarios.

Finalmente, la enunciación de derechos y deberes de los individuos en el contexto de los sistemas jurídicos de mayor jerarquía en el sistema jurídico permite describir dos balances que entiendo son el marco conceptual en los que se puede fundar un análisis concreto sobre la viabilidad del modelo de gestión de un proyecto público desde la perspectiva de la equidad, que permita justificar la elección de la modalidad. El balance iusfundamental es una herramienta teórica útil para describir un equilibrio hipotético entre los derechos y los deberes que se pueden caracterizar como fundamentales. El balance técnico es una concreción cifrada de los elementos que integran el balance

⁵ Esto significa que las relaciones entre las normas jurídicas que integran el sistema jurídico no se reducen a las relaciones de jerarquía según el tradicional enfoque del positivismo normativista. Las relaciones de medio-fin especifican un vínculo material, de tipo funcional, entre normas del sistema. Sobre el tipo de relaciones jurídicas que se pueden observar, se puede consultar a R. Guastini «Normas supremas», en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 17-18, 1995, pp. 257-270.

iusfundamental. Permite cuantificar, a partir de técnicas de las ciencias económicas, la posición del individuo frente a sus expectativas legítimas de mantener o acceder a la situación —estado de cosas— reconocida, protegida y promovida mediante los enunciados normativos que configuran el derecho fundamental. El espacio de análisis de las variaciones del balance iusfundamental y del balance técnico y su gestión es precisamente el sistema financiero público, a través del componente de ingresos o del componente de los gastos, que permite ajustar el efecto inequitativo de la modalidad a través de sus propias técnicas.

2. Planteamiento del capítulo: evaluación de la modalidad de gestión desde la perspectiva de la equidad aplicable al sistema tributario

En este capítulo se discute la aplicación de los criterios de justicia en el sistema tributario, la posibilidad de emplear algunos de ellos con un enfoque más amplio respecto de los medios con los que se financia las actividades públicas y la importancia de unos y otros criterios para evaluar la elección de la modalidad de APP por sus efectos en el sujeto llamado a soportar las cargas públicas de carácter económico para el financiamiento de actividades prestacionales encomendadas al Estado.

Luego de plantearlas sintéticamente, busco separarme de las concepciones tradicionales sobre el tratamiento del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos y el principio de capacidad económica como aspectos limitados a la configuración del sistema tributario. Si se asume un enfoque más general sobre el modo y los límites con que los integrantes de la comunidad contribuyen a la financiación del gasto público es posible incluir en el debate dos ideas que estimo permiten evaluar la equidad en la decisión de emplear una APP para la provisión de servicios referidos a los derechos fundamentales:

Primero, es una idea compartida y antigua que el sostenimiento de los gastos públicos como deber constitucional a cargo de los integrantes de la comunidad está vinculado con la configuración de un sistema tributario a través del que se concreta dicho deber. No obstante, las actividades encomendadas al Estado, de hecho, están también financiadas a través de prestaciones coactivas que recaen sobre los integrantes de la comunidad y (i) que, aunque no tienen naturaleza tributaria, son ingresos públicos que se administran a través del presupuesto público, tales como ciertos precios públicos; o (ii) que no tienen naturaleza tributaria y tampoco son gestionadas directamente por la Administración a través del presupuesto público, tales como las tarifas que se pagan a un concesionario para acceder a un servicio público. En estos dos casos, hay prestaciones que, aunque diferenciadas, tienen elementos comunes con aquellas propias del sistema tributario, en el contexto del análisis de los modos de financiar actividades públicas, siempre que el punto de referencia sea la situación de sujeción y coacción en la que se encuentran los sujetos llamados a satisfacerlas. Estas circunstancias permiten explorar legítimamente si este tipo de prestaciones no tributarias, pero coactivas, son una forma más de contribución a la financiación de las actividades públicas.

Segundo, la configuración del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, a cargo del legislador,⁶ está sujeta a criterios que aparecen como límites materiales en todos los sistemas jurídicos observados.

Luego de esta discusión destinada a fijar los criterios para la evaluación de los efectos que se desprenden de una APP en la configuración de las cargas que se distribuyen entre los integrantes de la comunidad para la financiación de la actividad pública, el esfuerzo se dirige a establecer las razones por la que considero que la modalidad de gestión de un proyecto público vinculado con derechos fundamentales es tendencialmente inequitativa, tanto desde el punto de vista del sistema tributario, como del sistema general que regula las finanzas públicas. El punto focal es una concepción de la capacidad económica, como aptitud subjetiva, y límite general en la distribución de las cargas públicas con criterio de equidad, a partir del cual formulo dos tipos de equilibrios en los que se concreta la equidad en las relaciones financieras entre el Estado y el individuo: (i) lo que hemos llamado «balance iusfundamental» con respecto al binomio derechos fundamentales – deberes fundamentales; y, el «balance técnico» que representa el equilibrio entre las entradas y salidas de las rentas disponibles de un individuo o sus equivalentes en bienes o servicios, para que una persona cualquiera pueda acceder a los medios para satisfacer las necesidades que subyacen en el reconocimiento de un derecho fundamental.

Antes de iniciar el trayecto propuesto para este capítulo, asumiendo que son discutibles y que su tratamiento detallado excede el propósito de esta investigación, tengo que fijar algunas premisas acerca de la concepción y método del Derecho que empleamos en estas líneas y de los conceptos de equidad y de derechos y deberes fundamentales que son útiles para el desarrollo de esta tercera parte de la investigación.

B. LA IDEA DE EQUIDAD Y LOS DERECHOS Y DEBERES FUNDAMENTALES: PREMISAS GENERALES

Como he anunciado, la evaluación de la modalidad de APP teniendo como referencia el principio de equidad me exige adoptar y hacer explícitas ciertas asunciones que las empleo como premisas. Con respecto a ellas, reconozco la continuidad del debate. Se presentan como postulados⁷ para permitir la continuación del planteamiento.

Agrupo estas proposiciones preliminares en tres bloques temáticos: (i) la justificación de las decisiones públicas en el contexto del sistema jurídico concebido como un sistema complejo, con todas las implicaciones que ello tiene para explicar la relevancia que tiene la elección de la modalidad de gestión y financiación de un proyecto público en cada componente del sistema que abordamos y las posibilidades de su evaluación; (ii) la delimitación de la idea de equidad que empleamos para interpretar

⁶ [España] Constitución española, arts. 31.3. y 133, apartados 1 y 2. Sobre el principio de reserva de ley tributaria y su relativización, véase F. García-Fresneda Gea. «Concepto y fundamentos históricos de la reserva de la Ley Tributaria», en *Crónica tributaria*, núm. 158, 2016, pp. 157-187; J. M. Pérez Zúñiga. «La financiación de los gastos públicos y el principio de reserva de ley tributaria», en *Gaceta fiscal*, núm. 334, 2013, pp. 15-38; C. Checa González. «La crisis del principio de reserva de ley en materia tributaria», en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 145, 2010, pp. 5-40;

⁷ «1. m. Proposición cuya verdad se admite sin pruebas para servir de base en ulteriores razonamientos». *Diccionario de la lengua española* [en línea], 23.^a ed., s. v. «postulado», <www.rae.es>, [Consulta: 13/12/2019].

las normas integradas en el sistema jurídico como fines de la actuación pública; y, (iii) la caracterización de ciertos derechos y deberes —aquí calificados como «fundamentales»— como elecciones sociales de valor que han sido positivadas y su relación con el sistema financiero público.

Cada uno de estos temas requieren un desarrollo específico que no corresponde al objetivo de esta investigación, pero deben ser señalados por razones metodológicas.

1. La justificación de las decisiones públicas de carácter normativo

(a) El contexto en el que se adoptan las decisiones como la elección de la modalidad de gestión y financiamiento de la actividad pública

(i) La perspectiva sistémica y la idea de complejidad

El sistema jurídico positivo es un sistema⁸ complejo y abierto.⁹ Conviene explicar brevemente las implicaciones de hacer referencia al derecho como un «objeto complejo» y un «sistema abierto», como parte del objetivo de evaluar la modalidad de gestión de la actividad pública a la luz de enunciados normativos que incluyen el criterio de equidad. La asunto en el que se centra este planteamiento está en la idea de integración funcional del régimen de regulación de las finanzas públicas, como componentes del sistema jurídico, con los objetivos de la actividad pública fijados a través de derechos fundamentales y, al mismo tiempo, con las exigencias de la equidad.

Hay sistema cuando el «todo» antecede conceptualmente a la «parte».¹⁰ Cuando exigimos que la interpretación de un específico enunciado normativo se haga en el

⁸ Bunge define un sistema por su estructura y funcionamiento, de modo que «un objeto complejo cuyas partes o componentes están ligados entre sí se llama “sistema”». M. Bunge. *Ser, saber, hacer*. México: Paidós, 2002, p. 16. Todo objeto de la realidad puede ser mirado como un sistema o un componente de otros sistemas, articulado en él a partir de las relaciones entre sus componentes o elementos. Un simple agregado de elementos, no obstante, es algo distinto a un sistema.

⁹ Referirse al derecho como un sistema es precisamente reflexionar sobre él en términos ontológicos, es decir, sobre lo que «es» el derecho. La ontología se ocupa de los objetos y sus cambios. Cfr. M. Bunge. *Ser, saber, hacer*. México: Paidós, 2002, p. 30. Las teorías explicativas del Derecho ofrecen variaciones en la determinación de las propiedades y, en general, de los rasgos característicos atribuidos al fenómeno jurídico, pero todas ellas parten de la aprehensión del objeto de conocimiento de manera intuitiva, desde el sentido común. Kelsen, por ejemplo, inició su tarea de formulación de una teoría del derecho aclarando que «[c]ualquier definición de un concepto debe tomar como punto de partida el uso común de la palabra que designa el concepto en cuestión» y, para ello, se preguntó si aquello a lo que denominamos «derecho» presenta características particulares que nos permita diferenciarlo de otros fenómenos sociales. Añadió que es legítimo «acuñar un concepto más estricto del derecho», pero, en todo caso, aunque estemos habilitados a otorgar a la palabra un significado arbitrario, lo relevante es conocer si la definición empleada es útil para el «fin teórico que le hemos asignado». H. Kelsen. *Teoría General del derecho y del Estado*. [E. García Máynez, trad.]. México: UNAM, 1988, pp. 4 - 5.

¹⁰ Cfr. P. Fernández Beites. «Teoría de todos y partes: Husserl y Zubiri», en *Signos Filosóficos*, vol. IX, núm. 17, 2007, pp. 63 - 99. Hay, por ejemplo, sistemas materiales, conceptuales y semióticos. Los primeros, están integrados por objetos materiales, tales como, átomos, células, empresas o individuos. Las definiciones, clasificaciones o proposiciones son los elementos que integran los sistemas conceptuales. Los signos son los componentes de los sistemas semióticos; y, aunque los signos son objetos materiales, estos son artificios que convencionalmente denotan otros objetos materiales o conceptuales. Cfr. M. Bunge. *Ser, saber, hacer*. México: Paidós, 2002, p. 16.

contexto del régimen al que se agrega, asumimos que tal prescripción está ubicada en un sistema jurídico,¹¹ que el enunciado es una parte de un todo, de algo mayor. Los sistemas de normas que regulan las finanzas públicas —y también sus componentes—, igual que aquel conjunto de reglas que se refieren a derechos y deberes calificados como constitucionales o —según se explica más adelante— fundamentales, son por ello un conjunto de objetos de nivel inferior o subsistemas.¹²

Los sistemas, entonces, se pueden «analizar», *i. e.*, es posible descomponerlos para describir y explicar las partes. Esta es la aproximación disciplinaria a la que estamos acostumbrados.¹³ Con el enfoque tradicional se reconstruye los fragmentos de la realidad, asumiendo que el agregado de los resultados obtenidos permite predicar algo del todo.¹⁴ Como alternativa o complemento al enfoque analítico, se puede afrontar el estudio de los sistemas considerados en conjunto. Aunque «el enfoque sistémico invita a estudiar la composición, el entorno y la estructura de los sistemas de interés»,¹⁵ el estudio del sistema no se limita a su análisis. Los sistemas presentan características distintas a los elementos que lo componen.¹⁶ En este caso interesa mucho más las propiedades que emergen de la dinámica del conjunto, y no solamente de las que se puede predicar de sus componentes.¹⁷ Precisamente, la diferencia más relevante entre el

¹¹ La idea de que el derecho puede ser concebido como un sistema, es decir, como un conjunto de normas con específicas propiedades y algún tipo de relación entre ellas que las liga, es común en casi todas las concepciones sobre el derecho. En los sistemas jurídicos positivos, un subsistema de tipo deóntico se nos presenta paralelo a uno de tipo semiótico, en cuanto conjunto de enunciados o signos modales. Al componente normativo y semiótico, hay que agregar necesariamente el componente subjetivo o humano que es el verdadero canal del flujo de entradas y salidas desde y al entorno cultural en el que se ubica el sistema jurídico positivo.

¹² Se dice suele decir «más simples», aunque suponer la simplicidad del componente de un sistema no significa que el subsistema-elemento de otro sistema no sea complejo. La cualidad está más bien vinculada a la relación «todo-parte» y no «complejo-simple».

¹³ Desde esta perspectiva se ha empezado a valorar mucho más las aproximaciones multidisciplinarias, más que los abordajes estrechos. «Se está tornando cada vez más evidente que la mayoría de los objetos con que tratamos, particularmente en lo social, son sistemas multifacéticos y, como tales, están fuera del alcance de los especialistas estrechos. Estamos aprendiendo gradualmente, a veces a altos costes, que el mejor experto es multidisciplinario. Ya no despreciamos al generalista, a menos, claro está, que sea un aficionado en todo lo que trata». M. Bunge. *Sistemas sociales y filosofía*. Buenos Aires: Sudamericana, 1995, p. 13. La fortaleza de la teoría del pensamiento complejo está en haber introducido en la noción de sistema criterios para comprender el conjunto, más allá del agregado de sus partes, distanciándose de metodologías unidireccionales para llegar a concepciones distintas a las disciplinarias. Ver E. Morín. *Introducción al pensamiento complejo*. Barcelona: Gedisa 1994, *passim*.

¹⁴ Como dice el físico David Bohm, esta tarea es fútil; es como ensamblar los fragmentos de un espejo roto para ver un reflejo fiel. Al cabo de un tiempo desistimos de tratar de ver la totalidad». P. Senge. *La Quinta Disciplina. Cómo impulsar el aprendizaje en la organización inteligente*. Buenos Aires: Gránica, 2010, p. 11

¹⁵ Cfr. M. Bunge. *Sistemas sociales y filosofía*. Buenos Aires: Sudamericana, 1995, pp. 7 y ss.

¹⁶ Esta última ha sido la visión de los estructuralismos, en los que importan las reglas que determinan el modo en que se vinculan los elementos en el conjunto considerado. Ver un interesante trabajo que relaciona los conceptos de sistema y estructura en el ámbito de la antropología en: H. Cadenas. «El sistema de la estructura. Estructuralismo y teoría de sistemas sociales», en *Cinta moebio*, núm. 45, 2012, pp. 204 - 214.

¹⁷ Los sistemas sociales muestran cualidades que no tienen los individuos que lo integran, tales como la cohesión o la estabilidad. Los ejemplos son tomados de M. Bunge. *Ser, saber, hacer*, México: Paidós, 2002, p. 19. Agrega como ejemplos de las cualidades de los sistemas sociales la división del trabajo, competitividad y la historia del sistema, en este caso, diferenciándola de las biografías de los integrantes individuales.

paradigma de la simplicidad y aquel de la complejidad¹⁸ está en la caracterización de las propiedades emergentes del sistema.¹⁹ En este sentido, por ejemplo, cada figura tributaria aporta en el funcionamiento del subsistema tributario, del mismo modo que las decisiones en materia de gasto público. Los dos subsistemas, ingresos y egresos públicos, como componentes del sistema financiero público, explican el resultado de justicia en el sistema social mayor, sea esta medida en función de su equidad o cualquier otro criterio predefinido como parte del mismo sistema jurídico o desde su entorno. Así mismo, las variaciones al interior del subsistema tributario pueden o no generar efectos en sus propiedades emergentes, lo mismo que las variaciones en las decisiones de gasto público.

Por esta razón, entiendo que resulta útil poner en relación el régimen de las APP con las exigencias del criterio de equidad para los subsistemas afectados: el funcionamiento de los componentes del sistema de las finanzas públicas y los que se refieren a los derechos fundamentales, todos sujetos a la norma de equidad, resultan alterados como resultado de la elección de la modalidad de gestión y financiación de las actividades jurídicamente encomendadas al Estado.

En el sistema jurídico, como en casi todos aquellos que dependen de la acción humana, las propiedades emergentes no son lineales, en el sentido de que los resultados que arrojan no se reducen a los productos de mecanismos triviales,²⁰ donde es posible conocer el resultado (*output*) a partir de la manipulación de los insumos (*inputs*). El modo de pensar ordinario en el ámbito del Derecho aspira producir orden y coherencia.²¹ Por paradójico que ello resulte cuando se acostumbra a hablar de un «ordenamiento jurídico» para describir el sistema, lo cierto es que tal aspiración no llega a concretarse y no siempre se la puede alcanzar con la introducción de nuevas decisiones normativas correctivas,²² porque el enunciado normativo, general o particular, se inserta en un

¹⁸ Un objeto complejo es, primero, algo compuesto, un conjunto de elementos o componentes vinculados entre sí, pero no se agota en la idea de pluralidad.

¹⁹ Debe notarse que el mismo enfoque se puede tener con respecto a cada componente del sistema jurídico considerado como un sistema en sí mismo. En concreto, el sistema financiero público, el que corresponde a los ingresos y en él, el sistema tributario, el referido al gasto público y el que rige a cada derecho o deber fundamental, pueden ser concebidos como sistemas y, en particular, como sistemas complejos.

²⁰ «1. adj. Vulgarizado, común y sabido de todos.» o «2. adj. Que no sobresale de lo ordinario y común, que carece de toda importancia y novedad. Expresión, concepto, poesía trivial». *Diccionario de la lengua española* [en línea], 23.^a ed., s. v. «trivial», <www.rae.es>, [Consulta: 13/12/2019]. Un sistema complejo se puede describir a través de la expresión «máquina no trivial», empleada por Luhmann. Cfr. N. Luhmann. *Introducción a la teoría de sistemas*. México: Universidad Iberoamericana, 2002, pp. 82 y ss.

²¹ Luhmann apunta un ejemplo muy interesante sobre la tendencia equivocada de concebir los sistemas sociales, y en particular, los sistemas jurídicos como máquinas triviales. Nos propone el ejemplo del juez que aplica el sistema jurídico para resolver los casos de divorcio que se le presentan. Se espera que, cumplidos los supuestos previstos en la norma jurídica, el juez deba decidir el divorcio. No se espera «que el juez incluyera un modo de reflexión como el siguiente: como ya se han llevado a cabo tantos divorcios, entonces a este caso preciso hay que negárselo». Una reflexión de este tipo, aunque no sea explícita en la resolución, es inaceptable desde la expectativa en la que se funda la incorporación de uno u otro enunciado normativo en el sistema jurídico. Ver al respecto N. Luhmann. *Introducción a la teoría de sistemas*. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 83.

²² Tampoco hay un orden posible en los sistemas jurídicos. Asumir que una decisión de carácter normativo se integra a un sistema jurídico de manera consistente es irreal. Se ha señalado que, por ejemplo, entre los años 2000 y 2013, en el ámbito europeo, se produjeron 39.832 actos legislativos

contexto mucho más amplio de sistemas parciales e interacciones posibles entre los diversos componentes. Considérese, por ejemplo, los efectos que tiene una decisión de contención del gasto público —*v. gr.*, a través de la incorporación de reglas fiscales— en otros ámbitos de la actividad pública, como en la provisión de servicios públicos y en la misma configuración del Estado de bienestar. En el mismo sentido, existe una gran diferencia en plantearse un problema de equidad en la decisión de adoptar la modalidad de APP para un proyecto específico que hacerlo como una política recurrente y generalizada.

Por otra parte, la aproximación al derecho de este modo también permite diferenciar un sistema jurídico positivo de su entorno. Nacemos con reglas ya previstas y, a lo largo de nuestra existencia, atestiguamos infinidad de variaciones en el sistema, impulsadas desde fuera de su realidad preexistente. El sistema jurídico positivo, cualquiera sea su contenido, es un hecho social de carácter histórico. Como bien se ha dicho, «[u]na vez reconocida la naturaleza histórica de un sistema (un gran mérito a la hora de construir modelos más cercanos al “mundo real”) se impide la transformación de los objetos históricos en seres de acontecimientos a-históricos sin cohesión entre sí».²³

Cuando decimos que el sistema jurídico es un sistema abierto, afirmamos que entra en intercambio con su entorno y ello es fundamental para sostenerse como tal, mantener su capacidad autogenerativa y de transformación.²⁴ En los sistemas abiertos se aprovecha, selecciona y gestiona la información del entorno. De esta forma cambia y se adapta. El proceso se puede describir como el factor del que proviene la creciente complejidad del sistema de referencia.²⁵ En el entorno es posible identificar otros sistemas y también el entorno puede ser concebido como un sistema mayor.

Esta aproximación ubica dentro de la dinámica de las decisiones públicas los argumentos morales y los argumentos fácticos en el discurso jurídico. Los argumentos fácticos son los que caracterizan la justificación de la decisión con la que se adopta la modalidad de APP para la gestión de un proyecto, cuando se emplean las conclusiones de un estudio de comparador público-privado para demostrar la eficiencia de la modalidad para el proyecto específico. Considero que es posible construir un argumento fáctico del mismo tipo para justificar la conveniencia o no de la modalidad a partir del criterio de equidad.

directos y que el sistema jurídico europeo incluye más de doscientos mil actos normativos. Reglamentos: 27.568; Directivas: 2.098; y, Decisiones: 10.654. Cfr. Foro Europa Ciudadana. *Informe. Hiperregulación en la Unión Europea* [en línea]. Madrid, s/f [consulta: 13/06/2020]. Disponible: www.europaciudadana.org. Si en España, entre 1970 y 2018, se produjeron 42.471 cuerpos normativos a nivel estatal, únicamente los correspondientes al año 2018 producidos en todo el territorio español, a través de los entes competentes, ocupan más de un millón de páginas en los boletines oficiales. «En España hay en vigor 100.000 leyes. 67.000 de ellas, de carácter autonómico», *Boletín CEN 7Días* [en línea], núm. 422, Jueves, 28 de noviembre de 2013 [consulta: 12/06/2020]. Disponible: http://www.cen7dias.es/imprimir_documento.php?b=128&sec=1&id=2360. La realidad es similar en Hispanoamérica.

²³ Cfr. I. Even-Zohar. «Polysystem Theory», en *Poetics Today*, vol. 11, núm. 1, 1990, pp. 9-26.

²⁴ Cfr. J. Rueda. *Sistema: Conceptualización y Metodología*. Barcelona: Diputación de Barcelona, 1995.

²⁵ La morfogénesis muestra en sistemas de vida la evolución de estructuras simples a otras más complejas. Ver S. Johnson. *Sistemas emergentes o que tienen en común hormigas, neuronas, ciudades y software*. Madrid: Turner, 2001, p. 79. Por otra parte, en sentido contrario, si por cualquier razón el proceso se interrumpe, el sistema tiende a su simplificación y, con el tiempo, a la pérdida de su funcionalidad como unidad.

(ii) *La perspectiva funcional en el sistema jurídico: eficacia intrasistémica*

La perspectiva sistémica en el mundo de lo jurídico no abandona la idea común de la validez —formal, o incluso material— como uno de los efectos originados en un específico tipo de relación jerárquica entre las normas que integran el sistema jurídico. Pone énfasis, sin embargo, en la eficacia de las decisiones normativas o aplicativas en el sistema jurídico dentro de la dinámica de funcionamiento del mismo sistema.²⁶ Conviene hacer varias precisiones a este respecto.

Desde la perspectiva del positivismo normativista, la competencia y el procedimiento para el desarrollo de los componentes normativos del sistema jurídico explican la validez del producto inferior respecto del criterio formal de corrección colocado en el nivel superior. El positivismo reformado, que se ha trasladado a la práctica de nuestros países, emplea las mismas bases explicativas del sistema jerarquizado de normas, pero dando mayor importancia a la correspondencia material entre los diversos enunciados normativos que integran el sistema. Las dificultades se producen cuando el observador debe delimitar el alcance de los enunciados normativos (su significado) y la calificación de los hechos a los que ha de aplicar las normas que origina de estos enunciados. Los dos aspectos problemáticos se solucionan con otras «decisiones» de relevancia jurídica que no se pueden sino atribuir a individuos, el componente humano del sistema jurídico.²⁷ En este sentido, la idea de una soberanía objetiva, esto es, la atribución a la norma, sea moral o positiva, de la decisión última en lo material de cada imperativo es una ilusión que usamos intencionalmente ante el temor a la arbitrariedad, y como resultado de la sospecha —en muchos lugares y momentos confirmada— de que los depositarios de autoridad tienden a servirse del poder que los sistemas jurídicos le otorgan con una finalidad distinta.

He aquí el aspecto más importante que quiero subrayar: los sistemas jurídicos son creaciones humanas para alcanzar algún objetivo. En este sentido son una socio-técnica. Las APP como modalidad de gestión y financiación de la actividad pública es un muy buen ejemplo de la caracterización técnica de las soluciones normativas agregadas a los sistemas jurídicos.

Al contrastar los contenidos materiales de las decisiones con relevancia jurídica dentro del sistema hay un tipo de relación material relevante para cualquier análisis sistémico: el funcional.²⁸ La relación que busco caracterizar, dentro del sistema jurídico,

²⁶ En el ámbito de los estudios de los sistemas complejos, «la recolección positivista de datos, tomados de buena fe desde un fundamento empirista y analizados sobre la base de su sustancia material, ha sido sustituida por una aproximación funcional basada en el análisis de relaciones». I. Even-Zohar. «Polysystem Theory», en *Poetics Today*, vol. 11, núm. 1, 1990, pp. 9-26.

²⁷ Desde la perspectiva de su composición, el sistema jurídico está integrado por: (i) un conjunto de normas o componente objetivo, (ii) un conjunto de agentes o componente subjetivo o humano y (iii) un conjunto de enunciados normativos a los que se les atribuye los significados que integran el componente objetivo del sistema o componente semiótico.

²⁸ Propongo un ejemplo que facilite la aprehensión de los conceptos planteados hasta ahora en el contexto de esta investigación. Imagine que se le ha requerido diseñar un aparato que le permita reducir el calor de un motor. Podrá identificar al menos tres sistemas pensados desde el resultado esperado: (i) el motor, (ii) el equipo de enfriamiento y (iii) la integración motor-equipo de enfriamiento. Para cada sistema parcial habrá, por diferencia, un entorno relevante. Si se consideran por separado los sistemas menores tendremos un conjunto de partes y piezas con su propio mecanismo o funcionamiento. Solo su interacción permite observar la función de las partes en el conjunto mayor según el diseño efectuado para

es la de medio-fin. Hay decisiones normativas que pueden ser vistas como medios para alcanzar fines dispuestos en otras normas. De modo que, los componentes del sistema financiero público, por el lado de los ingresos y por el lado de los gastos, como parte del régimen que regula las actividades públicas están destinados a hacer realidad las pretensiones cobijadas bajo los enunciados que se califican como derechos fundamentales.²⁹ Cada componente, además, debe producir equidad, otro fin positivado que marcha paralelo a todos los demás objetivos de regulación social a través del derecho.³⁰

Cuando la comunidad organizada se propone asegurar la satisfacción de determinada prestación en beneficio de todos los integrantes de la comunidad y, con este objetivo, diseña los componentes del sistema jurídico referidos a la modalidad de gestión y financiación de la actividad pública, el sistema financiero público y el derecho fundamental relacionado con la prestación. La integración de estos elementos nos permite identificar el sistema que estudiamos, con su estructura y función características a la luz del objetivo planteado.

Ahora bien, como se ha afirmado correctamente, mientras más complejo es el sistema, es mucho más difícil su conducción consciente.³¹ Aunque la dinámica de los sistemas basada en relaciones de vecindad no permite predecir el resultado del conjunto, en sistemas artificiales o de diseño como el jurídico, con la implementación de una metodología de prueba y error, la manipulación de los elementos controlables del sistema permite ajustar tendencialmente el resultado a las expectativas. De modo que, por ejemplo, si se busca asegurar la satisfacción de un derecho fundamental, según los criterios normativos que resultan del diseño del sistema jurídico, sería posible adoptar decisiones normativas particulares —*i. e.*, manipular los medios— que se refieren al tipo de modalidad de gestión y financiación de la actividad pública destinada a la consecución del fin esperado.

alcanzar el resultado esperado: el enfriamiento del motor. Los sistemas parciales tienen sentido funcional con respecto al objetivo planteado únicamente al integrarlos en el sistema motor-equipo de enfriamiento: el motor se calienta y el sistema de enfriamiento se activa para atemperar el motor y permitir su funcionamiento continuo. Por su estructura, es esperable el resultado buscado a través del diseño.

²⁹ [España] Tribunal Constitucional. STC 53/1985, FJ 8. En el ámbito hispanoamericano, ver [Bolivia] STC núm. 0483/2010-R, de 5 de julio de 2010 («La dignidad personal, implica reconocer al otro como otro yo, y al Estado, le corresponde reconocer, garantizar y promover la dignidad y los derechos humanos, desechando los obstáculos que se oponen a ello, su acatamiento es la base del Estado de Derecho. Definir la dignidad de la persona no es posible, sólo podemos apreciar su vulneración, la que se concreta cuando se perturba, amenaza o priva de los derechos esenciales a la persona, o se denigra o humilla, cada vez que se discrimina. De esta forma, la dignidad de la persona, constituye una realidad ontológica constitucional, siendo la esencia y fundamento de los derechos humanos [...]»).

³⁰ El enfoque funcional del sistema jurídico es útil tanto para iusnaturalistas como para iuspositivistas, tradicionales o «reformados». Nótese que, en el análisis jurídico propuesto, no nos preocupa la eficacia de la norma como instrumento de regulación de la conducta, aspecto que puede ser ubicado —según la perspectiva que se emplee— en el entorno del sistema jurídico, y que el positivismo normativista traslada al oficio de los sociólogos, a despecho de los iusrealistas. Me importa la eficacia de las decisiones normativas adoptadas para dar cumplimiento a los fines previstos en otras normas del sistema y, en este sentido, el análisis de eficacia que se requiere es uno de carácter normativo. El enfoque sistemático, permite que los problemas parciales se resuelvan como parte de uno o más problemas de nivel superior, es decir en el contexto de sistemas incluyentes.

³¹ Cfr. E. Grün. «Derecho y caos: sobre la actual y futura evolución del derecho», en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 3, 1999/2000, pp. 31 - 36.

Cuando una norma exige que el sistema tributario, en su conjunto, debe producir equidad, lo que se expresa es que las variaciones en el subsistema deben ser evaluadas de acuerdo con tal criterio como objetivo de actuación y no únicamente como límite. Hay en ello, una diferencia muy grande. Mientras que el límite marca una frontera muy amplia de posibilidades que únicamente proscribe cruzar la barrera, el objetivo genera la carga de justificar que la actuación se dirige a la consecución de aquello que socialmente se ha estimado como fin de tal actuación.

Por estas razones, la evaluación de la modalidad de gestión indirecta de la actividad pública en la provisión de un servicio público y su forma de financiación requiere realizarse de manera agregada, en el sentido de que las conclusiones que se pueden alcanzar respecto de un específico proyecto no son necesariamente las mismas que se obtendrían si se contempla el resultado que se obtiene de la selección de la APP como política reiterada para la prestación de servicios públicos, mucho más si se consideran sus efectos en los componentes de los ingresos y gastos del sistema financiero público.

(b) Composición del sistema jurídico y justificación de las decisiones que se integran a él

El componente objetivo del sistema jurídico se refiere a la norma o conjunto de normas que rigen algún aspecto de la vida social que la comunidad estima tiene relevancia jurídica. El componente objetivo se conforma a partir de los significados que los seres humanos —especialmente, los dotados de autoridad para ello— atribuimos a los enunciados normativos.³² Algunas normas del sistema jurídico operan de modo transversal y tienen importancia para toda actuación pública. Esto implica que constituyen límites, pero también referentes normativos que dirigen la actividad pública. Por ejemplo, la dignidad de la persona, su libertad o la igualdad son referentes incluidos,³³ con distintos usos, en todo sistema jurídico positivo.³⁴ La visión sistemática explica la pertinencia en el análisis de valores impersonales³⁵ como la justicia y la

³² En su faceta semiótica, los enunciados normativos se reducen a lenguaje, objeto de conocimiento al que le corresponde una gramática, semántica y pragmática.

³³ Ver, por ejemplo, [Bolivia] Constitución, arts. 22 y 8, respectivamente

³⁴ Por ejemplo, se puede observar que muchas otras normas constitucionales son aplicaciones sectoriales o especificaciones de estas metanormas, como en el caso de la libertad que se manifiesta como las libertades específicas de religión, de pensamiento, de expresión, de residencia y circulación, de empresa y contratación, etc. Cfr. [Bolivia] STC núm. 1035/2011-R, 22 de junio de 2011.

³⁵ Sobre el problema de la aplicación de los valores y su ponderación, consultar: Ver, entre otros, L. Prieto, *Constitucionalismo y positivismo*. México: Fontamara, 1997; A. García Figueroa. *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madrid: CEPC, 1998; S. Sastre Ariza. *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*. Madrid: McGraw-Hill, 1999; S. Pozzolo. *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*. Turín: Giappichelli, 2001; M. Carbonell (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta, 2003; M. Carbonell (ed.). *Teoría del constitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007; A. García Figueroa. *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta, 2009; M. Carbonell y L. García Jaramillo (eds.). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010; R. Aguilera Portales, R. Becerra y S. Ortega Gómero (coord.). *Neoconstitucionalismo, democracia y derechos fundamentales. Contribuciones a la teoría política y jurídica contemporánea*. México: Porrúa, 2010; S. Pozzolo (ed.). *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*. Lima: Palestra, 2011; L. Ferrajoli y J. Ruiz Manero. *Dos modelos de constitucionalismo. Una*

equidad y también de otros tantos, como la democracia, la libertad o la paz como respeto a orden constituido ajustado a la voluntad general.³⁶

En un sistema jurídico positivo cualquiera, el componente de mayor relevancia es el conjunto de enunciados deónticos, sus significados y sus usos. Los sistemas jurídicos y su aplicación son también objeto de la lógica (modal y deóntica, en particular) y de la semiótica³⁷ (sintaxis, semántica y pragmática).³⁸ Esta aproximación tiene mayor importancia con respecto a enunciados que incluyen conceptos jurídicos indeterminados, prescripciones generalísimas, formulaciones de principio, positivaciones de valores y, en general, enunciados normativos de los que no resulte de modo directo una inequívoca conducta obligada, prohibida o permitida. Este es precisamente el problema que enfrentamos quienes buscamos poner en relación componentes del sistema jurídico —el régimen de las APP como modalidad de gestión, el de financiación de la actividad pública y los derechos fundamentales— con otros elementos del mismo sistema, que incluyen enunciados con sentidos imprecisos que incorporan en su texto valores como la equidad.³⁹

Finalmente, en el componente subjetivo de todo sistema jurídico se incluyen especialmente los llamados «operadores jurídicos». Entre ellos, los de mayor relevancia son los que tienen a cargo la autoridad para producir enunciados normativos, generales o particulares.⁴⁰ La producción de enunciados normativos son actos de decisión, cualesquiera sean el método que se emplee para ello y los mecanismos de control de tales decisiones frente a los límites fijados en el mismo sistema. Los agentes en los sistemas jurídicos pueden ser observados como sujetos racionales que diseñan los otros componentes —los enunciados normativos y las normas—. En tal caso, sus pautas de actuación pueden provenir —como se espera— del mismo subsistema de enunciados jurídicos, o bien, como es insoslayable, de su entorno o de su propia situación personal. Eliminar la dimensión humana de la dinámica de los sistemas jurídicos es asumir que

conVersación. Madrid: Trotta, 2012; o, L. Prieto Sanchís. *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*. Madrid: Trotta, 2013.

³⁶ Voluntad que integra el derecho a la resistencia frente a la vulneración de valores colectivos.

³⁷ Ver, entre otros, E. Macías Otón. «El derecho como sistema lingüístico y sus implicaciones para la terminología jurídica», en Ch. Vargas-Sierra (coord.), *TIC, trabajo colaborativo e interacción en Terminología y Traducción*, vol. 2 [CD-ROM], 2014, pp. 423 - 436;

³⁸ Cuando un estudio se coloca en las fronteras entre el sistema jurídico y su entorno, se hacen necesarias explicaciones que den cuenta del modo en que ciertos enunciados generalísimos pueden llegar a ser operativos. Desde la pragmática se suelen diferenciar los actos locutivos, ilocutivos y perlocutivos, según se trate del discurso, su finalidad y sus efectos. Un ejemplo del modo en que los juristas se aproximan a estos problemas podría ser el trabajo de J. L. Villar Ezcurra en el análisis de la aplicación del artículo 107.3 e) del antigua Ley de Contratación del Sector Público en España, sobre los modificados imprevistos consistente en la no alteración de la licitación inicial. Para objetivar el requisito, propone emplear técnicas de contextualización y de equiparación a supuestos similares, en un artículo intitulado «Semiótica y derecho: precisiones sobre la posible alteración de la licitación como condición para los modificados no previstos», en *Diario La Ley*, núm. 8957, 2017.

³⁹ Me refiero, por ejemplo, a las exigencias constitucionales de que el sistema tributario se sujete al principio de capacidad económica del sujeto llamado a contribuir al sostenimiento de los gastos públicos y que el referido gasto público sea gestionado con criterio de equidad, cuando uno y otro sistema parcial de normas son afectados por la elección de la modalidad de gestión de la provisión de un servicio público relacionado con derechos fundamentales.

⁴⁰ Están junto a ellos, entre otros, los que los provocan —detentadores de un poder de hecho— y los que implementan las decisiones con medidas de puro hecho —fuerza pública, por ejemplo—.

estos funcionan mecánicamente como si se trataran de sistemas triviales. Las actuaciones de los agentes tomando decisiones en el contexto de sistemas de enunciados normativos convierten a estos en sistemas complejos, permeables a la irracionalidad y los condicionamientos propios de la naturaleza humana.

Ahora bien, el simplificado y rudo planteamiento del imperativismo que reduce el derecho a la imposición de la voluntad de un soberano,⁴¹ contemporáneamente, se traduce en una fórmula más controlada de construcción de una decisión de autoridad: competencia, procedimiento y justificación.

Estas reglas transversales se presentan como los puntos fijos (diríamos «quasiconstantes») en la adopción de decisiones en todos los sistemas jurídicos. Los aspectos materiales del resultado, el contenido de la decisión, dependen fundamentalmente del término variable de la justificación. Por el momento interesa referirme a la justificación, especialmente en el ámbito de las decisiones discrecionales de la autoridad competente.⁴²

Contemporáneamente se suelen resaltar los trabajos de Toulmin,⁴³ Perelman⁴⁴ o Habermas⁴⁵ como pioneras de la nueva época en la teoría de la argumentación. Por otra parte, en el ámbito específico del derecho y al amparo de una de las concepciones idiosincrásicas del derecho, los estudios desarrollados por Alexy,⁴⁶ en la tradición continental, y MacCormick,⁴⁷ en la angloamericana, son las referencias vigentes para los esfuerzos que en distintas líneas mantienen el debate actual⁴⁸ y que han tenido

⁴¹ En realidad esta idea no ha sido siempre pacífica. Para H. Preuss, la idea de soberanía debe ser suprimida del vocabulario del Derecho público en la medida en que ella y derecho son conceptos incompatibles: soberanía implica ausencia de límites, mientras que el derecho es en sí mismo un límite. Ver sobre Preuss y su rol en la elaboración de la Constitución de Weimar, F. Lanchester. *Alle origini di Weimar. Il dibattito costituzionalistico tedesco tra il 1900 e il 1918*. Milán: Giuffrè, 1985; y, *Momenti y figure nel diritto costituzionale in Italia e in Germania*. Milán: Giuffrè, 1994. H. Laski, bajo la convicción de que la soberanía no es un elemento que caracterice al Estado y, más bien, se trata de un adjetivo idóneo para caracterizar la forma de organización, sostiene que para que haya un Estado democrático, liberal y pluralista solo es posible pensar en la formación de un orden jurídico espontáneo, fruto de la interacción de todos los elementos que operan en el plano de la realidad política e histórica de un país. Ver H. Laski, *A Grammar of Politics*, 5.^a ed. Londres: Allen and Unwin, 1973; y, *Studies in the problem of Sovereignty*. New Haven: Yale University Press, 1917.

⁴² Como lo señala Amado García, «[h]ay discrecionalidad porque no se puede en derecho decidir sin valorar, sin establecer valorativamente preferencias y sin optar entre alternativas abiertas; por ejemplo, a la hora de elegir una de entre las varias interpretaciones que de la norma son razonablemente posibles». J. García Amado. *Decidir y argumentar sobre derechos*. México: Tirant lo Blanch, 2017, p. 35.

⁴³ S. Toulmin. *The Uses of Argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 1958.

⁴⁴ C. Perelman y L. Olbrechts-Tyteca, Lucie. *Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1958.

⁴⁵ J. Habermas. *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho*. Madrid: Trotta, 2005.

⁴⁶ R. Alexy. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. Y, sobre sus tesis, entre otros A. García Figueroa. *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

⁴⁷ Ver N. MacCormick. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Y, sobre sus tesis, M. García Godínez. *Los criterios de corrección en la teoría del razonamiento jurídico de Neil MacCormick*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2017.

⁴⁸ Están también como trabajos de referencia necesaria, junto con los estudios de Alexy y MacCormick, los de A. Peczenik y J. Uusitalo. *Reasoning on legal reasoning*. Vammala: Vammalan Kirjapaino Oy, 1979; y,

importante influencia en España⁴⁹ e Hispanoamérica.⁵⁰ En el desarrollo de estas tesis, los temas generales acerca de las diversas concepciones del derecho y las tradiciones también se ponen de manifiesto: las disputas entre el iusnaturalismo⁵¹ e iuspositivismo⁵² se hacen evidentes nuevamente, por ejemplo, con Atienza, por una parte, y García Amado, por otra;⁵³ en tanto que, MacCormick se ocupa de la experiencia y Alexy emplea el punto de vista normativo. Ambos se alejan, por otra parte, de la visión de que en el derecho es posible una solución única.⁵⁴

Pues bien, la justificación de las decisiones que adoptan los agentes del sistema es útil dentro del mismo sistema jurídico como pauta de control y cuando este procedimiento genera efectos en el sistema.⁵⁵ La justificación no hace posible que una decisión discrecional pueda incorporarse al sistema, sino que esta pueda ser juzgada, con efectos jurídico o no. La justificación es, en mi entendimiento, una de esas reglas institucionales que hacen identificable al derecho: los juristas, en cualquier actividad práctica, siempre estamos abogando por una tesis. Por eso argumentar es «un uso del lenguaje que se caracteriza (frente a otros usos: descriptivo, prescriptivo, etc.) por la

A. Aarnio. *Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

⁴⁹ Ver, por ejemplo, M. Atienza. *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991; A. Figueroa y M. Gascón. «Aproximación a la Teoría de la Argumentación», en *La Argumentación en el Derecho*. Perú: Palestra, 2003, pp. 43 - 88.

⁵⁰ Por ejemplo, M. Carbonell (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2005; M. Carbonell y L. García Jaramillo (eds.). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010;

⁵¹ Ver R. Dworkin. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984.

⁵² Ver, por ejemplo, J. García Amado. *Decidir y argumentar sobre derechos*. México: Tirant lo Blanch, 2017; o, J. García Amado. *La prueba judicial: sus reglas y argumentos*. La Paz: Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, 2019

⁵³ Ver M. Atienza y J. A. García Amado. Ponderación. Debate de Manuel Atienza y Juan Antonio García Amado. Quito: Cevallos, 2016.

⁵⁴ En contra, R. Dworkin. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984; para quien es posible una única respuesta correcta, basada en cierto objetivismo moral, consultado y descubierto por quien asume el rol de un juez Hércules (prototipo del juez ideal).

⁵⁵ Un interesante caso, en el que el Tribunal Constitucional colombiano declaró inexecutable un precepto contenido en la Ley 1955 de 2019 con la que se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad, por falta de justificación ofrecida por el legislador. Cfr. [Colombia] Corte Constitucional. Sentencia núm. C-26, de 29 de enero de 2020. La Corte manifestó: «Al resolver el primer problema jurídico, la Corte Constitucional analizó el marco constitucional y jurisprudencial de las leyes marco. En especial, concluyó que estas normas tienen como fin dotar de herramientas al Gobierno para fijar una política comercial de manera dinámica y rápida a través de la imposición de aranceles — pues en caso de tratarse de una política fiscal, la competencia para su imposición es exclusiva del Legislador—, bajo unos parámetros generales fijados por este. Precisamente, el ejercicio de la competencia para fijar aranceles en materia comercial debe darse en el marco de la colaboración entre el Ejecutivo y el Legislativo, por lo que no puede una rama arrogarse la competencia para definir tanto los parámetros generales, como los elementos constitutivos de los aranceles. En línea con lo anterior, la Corte Constitucional verificó que los artículos 274 y 275 de la Ley 1955 de 2019 tienen una clara vocación de fijar una política comercial. Ni en los antecedentes legislativos, ni en las bases del Plan Nacional de Desarrollo Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad, se da cuenta de estudios o justificaciones de índole fiscal para la introducción de tales aranceles. Como consecuencia de lo anterior, la Corte verificó que el Congreso de la República desbordó la competencia otorgada por la Constitución en materia de fijación de aranceles de política comercial, al no limitarse a fijar pautas o criterios generales, que fueran objetivo de una posterior regulación detallada por parte del Ejecutivo, impidiendo así, a este último, responder a las dinámicas del mercado y la conveniencia nacional».

necesidad de dar razones: se argumenta cuando se defiende o se combate una determinada tesis».⁵⁶ Pero la defensa de una tesis no se hace en el vacío: siempre se presupone un «crítico razonable» que es el destinatario de la tesis y el argumento que la justifica.⁵⁷

Cualquiera sea la teoría sobre lo que implica un argumento racional, en el enfoque sistémico que empleamos, es el modo en que se introducen contenidos extrasistémicos como nuevos elementos del sistema jurídico positivo. Una específica concepción de la justicia o de la equidad, por ejemplo, pasa desde el mundo de los debates extrajurídicos a aplicaciones concretas en el sistema jurídico y, en lo que nos interesa, en materia de derechos fundamentales o el sistema financiero público.

Esto se debe a que el procedimiento de adopción de decisiones tiene usualmente una conclusión en el sistema, atribuyendo a un órgano designado como competente, la capacidad de decidir en última instancia la materia de la que se trate, aunque tal decisión deba ser considerada provisional desde la perspectiva sistémica. Así, por ejemplo, por mucho que se observe las consideraciones y la decisión que adopte un tribunal constitucional en una determinada materia, esta resolución es conclusiva y, como tal, integrará el sistema jurídico generando nuevas interacciones entre los elementos preexistentes y, bajo ciertas condiciones, alterando el funcionamiento del sistema y los valores de salida.

Un aspecto muy distinto es que el mismo sistema genere flujos de salida de los elementos incorporados como producto de la retroalimentación en el mismo sistema. Por ejemplo, es posible que una decisión con la que se cierra el procedimiento que resuelve una controversia en la justicia ordinaria pueda ser una de las justificaciones para impulsar una reforma legislativa.

Los órganos del Estado que no están habilitados para crear derecho o, en general, adoptar decisiones de política pública, no tienen otro respaldo que la justificación que aportan para adoptar sus decisiones, en un contexto de imprecisión en los contenidos de los enunciados normativos que se invocan. Esto tiene un corolario fundamental: la construcción de la justificación es una carga del decisor y, en mi concepto, el único control jurídico frente a decisiones arbitrarias es el que se concreta en la falta de motivación. Luego de ello, únicamente restan los medios de control político o los controles difusos derivados de la acción colectiva no institucionalizada, ambos con reconocimiento jurídico, pero que, en la práctica, no necesariamente se conducen en el ámbito del discurso racional.

De modo que, en el ámbito de las decisiones acerca del modelo de gestión y financiación de la actividad pública, la carga de la argumentación sobre el encaje entre los enunciados normativos que contienen una decisión de medio y aquellos que prevén un fin, es de entera cuenta de la Administración pública. De este modo, la decisión de elegir la APP como modalidad de gestión y financiación de un servicio público debe justificarse normativa y fácticamente y, a través de la motivación explicar el modo en que la decisión normativa se ajusta a los fines previstos por el sistema jurídico.

⁵⁶ M. Atienza. *Curso de argumentación jurídica*. Trotta, Madrid, 2013, p. 109.

⁵⁷ Cfr. F. Van Eemeren, R. Grootendorst y A. A. Francisca Snoeck Henkemans. *Argumentación: análisis, evaluación, presentación*. Buenos Aires: Biblos, 2006, p. xii y ss.

2. Una definición de equidad como objetivo de la actividad pública

(a) La utilidad de los valores y los hechos en la justificación de una decisión pública

Hablar de equidad o de derechos fundamentales en el contexto de los sistemas jurídicos es referirse, en primer lugar, a valores positivados.

La acción racional es la que se diseña y ejecuta a la luz del mejor conocimiento pertinente. Las técnicas como el derecho se ocupan precisamente de esto: de diseñar programas de acción racional, ya sea para construir artefactos o para desencadenar procesos controlados.⁵⁸ Pero la racionalidad técnica en el sentido expuesto no basta; también es preciso que el agente ajuste su acción a una estructura de valores.⁵⁹ Lo menos que se le pide es que no dañe a terceros. Lo más, que sea solidario.

El problema fundamental de cualquier debate extrajurídico sobre valores es que, en ciertas materias y ámbitos, el desencuentro sobre lo que individualmente consideramos valioso para la comunidad paraliza la acción colectiva institucionalizada. Remover la duda acerca del proceder correcto de manera provisional y con utilidad social es el espacio que la comunidad organizada otorga al derecho, que aparece como un instrumento para determinar objetivamente lo que en sociedad se estima valioso. Como señaló Hatmann, «[t]odo Derecho es expresión de una tendencia ética»,⁶⁰ lo que no implica que la moral sea derecho o que el derecho sea necesariamente moral.

Cuando se evalúa un proyecto de acción en sociedad, como la provisión de un servicio público por el Estado o a través de la intervención privada, hay que hacerlo desde el sistema jurídico, pero a la luz de los criterios de valor que agregados a los sistemas jurídicos orientan las decisiones, definen la dirección de la actividad.

Las razones fundadas en valores positivados y aquellas basadas en el conocimiento técnico permiten la justificación de la decisión. En suma, la tarea en el Derecho, como socio-técnica, es convertir en normas del sistema jurídico, generales o particulares, las opciones sociales de valor y los medios para su satisfacción.

Cuando se discute la justificación de una decisión acerca de la modalidad de gestión indirecta en un determinado proyecto público es ordinario que se exhiban datos

⁵⁸ «[L]a acción racional, a diferencia de la irracional o impulsiva, es precedida de estudios, deliberaciones, elecciones y decisiones. Este proceder es típico de la técnica, cuyo núcleo es el diseño de cosas, procesos o planes de acción. La técnica puede caracterizarse como el arte y la ciencia del tránsito de lo que es a lo que debería ser». M. Bunge. *Ser, saber, hacer*, México: Paidós, 2002, p. 32.

⁵⁹ En filosofía se distingue, pues, entre el «ser» y el «deber ser». La disciplina que estudia los valores (el «deber ser») se llama axiología. Los valores no existen por sí mismos; requieren de un soporte, un bien que sea objeto del valor. Predicamos el valor de «algo», pero el objeto valioso no es el valor en sí mismo. Nadie ha tratado de reducir los valores a las cosas, pero ordinariamente se los confunde con ellas. Cfr. Risieri Frondizi. *¿Qué son los valores? Introducción a la axiología*. México: Fondo de Cultura Económica, 1958, pp. 8 y 9. Inicialmente, los esfuerzos de la axiología se dirigieron a valores aislados, luego se intentó reducir los valores a estados psicológicos —lo que nos agrada, lo deseado, lo que nos interesa— y después a ideas o esencias por su inmaterialidad. Nicolás Hartmann entendió que los valores son ideas o esencias. El error de esta asimilación de los valores a las esencias se debe a la confusión de la irrealdad —nota peculiar del valor— con la idealidad que caracteriza a las esencias. Cfr. N. Hartmann. *Ética*. Madrid: Encuentro, 2011, pp. 88 y ss.

⁶⁰ N. Hartmann. *Ética*. Madrid: Encuentro, 2011, p. 106.

e información (conocimiento básico) sobre la eficiencia (el valor) de la elección. Es la experiencia estudiada la que justifica la elección que se soporta en información estadística que consigna en estudios como el de «valor por dinero» (*value for money*), para demostrar que la modalidad de gestión indirecta genera ahorros a la comunidad que pueden ser empleadas para otros fines. Pero ocurre que quien tacha la elección suele invocar únicamente juicios de valor: «la injusticia que provoca la decisión». Este debate está desequilibrado y, por ello, se requiere que los juicios de valor puedan ser soportados también en específicos indicadores, metas y medios de verificación. Ello es posible si los valores implicados tienen suficiente especificación y desarrollo, y aparecen en la estructura del sistema jurídico como objetivos a alcanzar.

Como lo expondré los derechos y los deberes fundamentales, como fines de la acción colectiva institucionalizada, expresan valores compartidos, que deben y pueden ser desarrollados en el mismo sistema jurídico para poder ser medidos. A partir de ello, la inequidad tendencial que se sostiene puede ser expuesta con el soporte científico que surge de la experiencia. Frente al análisis de «valor por dinero» se puede presentar un estudio de equidad en forma de un análisis de «valor para la gente», que dirija y corrija las elecciones sobre la modalidad de gestión de la actividad pública que debe apuntar hacia la realización de los referidos derechos fundamentales.

(b) La justicia, igualdad formal y equidad como valores positivados en los sistemas jurídicos

(i) Justicia e igualdad

En esta investigación enfrentamos de manera consecutiva varios problemas inversos. A diferencia de los problemas directos, donde se busca establecer el resultado ignorado (*output*) a través de la integración de varios componentes conocidos (*input*), en los problemas inversos se busca establecer la combinación de elementos ignorados (*input*) que permiten alcanzar un resultado conocido (*output*).⁶¹ Por ello, si se quiere evaluar las APP como medio para alcanzar equidad, se necesita conocer lo que ella significa como producto o resultado esperado del sistema jurídico. Para llegar a este concepto, parto de las ideas de justicia e igualdad, a las que se asocia la de equidad.

La justicia, del mismo modo que la igualdad, son ideas que se comparten, pero no desde el mismo punto de vista.⁶²

⁶¹ Por la aproximación que se hace a los problemas directos y los problemas inversos, debería consultarse G. Polya. *Cómo plantear y resolver problemas*. México: Trillas, 1989.

⁶² Una forma adecuada de presentar esta distinción entre una idea compartida pero interpretada de forma diversa es la distinción entre concepto y concepción. El término «concepto» se puede emplear para hacer referencia al significado de la palabra, mientras que «concepción» sería un término adecuado para indicar la manera en que hacemos operativo el concepto. Pues bien, las concepciones de la justicia son múltiples. Las concepciones de la igualdad son muchas más. La distinción entre «concepto» y «concepción» ha sido empleada por muchos autores. El uso de la diferenciación se puede ver, por ejemplo, en A. Pérez Luño. «Concepto y Concepción de los Derechos Humanos», *Doxa*, 4, 1987, p. 47 [47-66]; M. Alegre, J. Montero y E. Monti. «Igualdad», en *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, México: UNAM, 2015, pp. 1596 y 1597; L. Hierro. «El concepto de justicia y la teoría de los derechos», en E. Díaz y J. Colomer [eds.]. *Estado, Justicia, Derechos*, Madrid: Alianza, 2002, p. 12 [11-73]; R.

Es muy conocido el trabajo de Kelsen sobre la justicia.⁶³ Él representa la línea de pensamiento que coloca a la idea de justicia por fuera del sistema jurídico positivo, calificándola como un ideal irracional. Por ello sostuvo que la justicia en el «ordenamiento jurídico» se reduce al criterio de legalidad. En lo que respecta a la igualdad, negó que los seres humanos sean iguales por naturaleza, por lo que el requerimiento de igual tratamiento a todos significaría, que se ignore las desigualdades existentes al otorgar derechos e imponer deberes. Finalmente atacó las explicaciones metafísicas, por místicas y lejanas de la realidad, y también las racionalistas, por ser definiciones huecas.

En contraste, hay quienes estiman que la idea de justicia sintetiza un conjunto de valores —estimaciones— que representan, al fin y al cabo, criterios de evaluación, usualmente de la acción humana; en ocasiones, extendidos a la situación que provoca la conducta humana o al sujeto que la realiza. En este sentido, cuando un acto se juzga justo, es porque se estima que es acorde con algún otro criterio axiológico de referencia. El mismo sentido tiene afirmar que «la pobreza en el mundo es una situación injusta» o que «Hércules es un juez justo». Atienza, por ejemplo, conjuga en la justicia, la igualdad, la libertad y la seguridad.⁶⁴ Bobbio, en contrario, mira en la libertad un valor autónomo y central en el ámbito de lo individual, mientras que a la justicia la califica como el bien social por excelencia, que se auxilia de la igualdad a la que mira como una «condición necesaria, aunque no suficiente, de la armonía del todo, de la armonía de las partes, del equilibrio interno de un sistema en el cual consiste la justicia».⁶⁵ De estos dos ejemplos es posible observar que la definición de justicia se realiza a partir de otros valores con los que resulta equivalente o que la integran.

Para propósitos de este estudio, si la justicia es una función de un conjunto de variables, integrado por valores o estimaciones de referencia, para concentrar nuestra atención en la idea de igualdad, podemos estipular que todos los demás criterios de referencia distintos a la igualdad permanecen constantes en la función que representa la justicia.⁶⁶ De este modo, en la formulación presentada cabe cualquier otro criterio de justicia, cuyo efecto puede ser buscado a través de la configuración del sistema jurídico y su aplicación. No pierde relevancia alguna el valor o los valores agregados en la constante, aunque no sean la materia de la tesis que presentamos.

El criterio de valor con respecto al cual evaluamos un acto o situación como justa o injusta es, entonces, es una específica concepción de la igualdad. Nos concentramos, en particular, en la igualdad material o equidad con respecto a los derechos y deberes que calificamos como «fundamentales», como más adelante se explica.

Dworkin. *Law's Empire*, Massachusetts: Harvard University Press, 1986, pp. 90 y 91; o, J. Rawls. *Teoría de la Justicia*, México: Fondo de Cultura Económica, 1997, pp. 5 y 6.

⁶³ H. Kelsen, *¿Qué es la justicia?*. Barcelona: Ariel, 1992.

⁶⁴ Cfr. M. Atienza. *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel, 2011, cap. 7.

⁶⁵ N. Bobbio. *Igualdad y libertad*. Barcelona: Paidós, 1993, p. 59.

⁶⁶ Donde $\mathfrak{J} = f(\epsilon, m)$; así, la justicia ($\mathfrak{J}$) desde la perspectiva del sistema jurídico es una función de la equidad (ϵ) y cualquier otro criterio de corrección para su concreción que ha sido integrado al sistema jurídico (m).

Del mismo modo que en el caso de la justicia, la igualdad no es concebida tampoco de la misma manera.⁶⁷ En su concepción estándar, la igualdad se suele presentar del siguiente modo:⁶⁸

- Es fundamento de los derechos fundamentales en el sentido de que para que una pretensión sea reconocida como derecho, se han de cumplir las condiciones para atribuir igual derecho para toda persona.
- Es un derecho fundamental en sí mismo. La igualdad representa una situación jurídica que refleja un contenido que puede ser reclamado en un contexto normativo.
- Es un principio normativo. Como tal, representa una «cláusula genérica en la que no están explícitas sus condiciones de aplicación, por lo que su aplicación depende de cómo se interpretan los criterios de justicia relevantes para cada caso».⁶⁹

En lo que resta de la investigación, me interesa diferenciar dos concepciones de la igualdad: (i) la igualdad como condición en la regulación y aplicación del sistema jurídico: igualdad formal; y (ii) la igualdad como función o fin del sistema jurídico: la igualdad material o equidad.

(ii) *Noción de igualdad formal*

Desde la perspectiva formal, la igualdad exige el mismo tratamiento en la configuración jurídica del sistema jurídico y su aplicación a quienes son iguales.⁷⁰

Desde esta perspectiva se admiten, pues, diferencias por razones objetivas, como excepción debidamente fundada y como parte del mismo sistema jurídico. El examen de igualdad formal se asienta, por ello, en el principio de razonabilidad. Esto implica que no es posible introducir diferencias arbitrarias entre sujetos o diferencias gravosas fundadas en su condición personal. Por ello se dice que la igualdad formal tiene un carácter objetivo y uno subjetivo:⁷¹ supone la interdicción de la arbitrariedad y la prohibición de discriminación.

⁶⁷ Aristóteles distinguió dos concepciones de justicia. La primera como pura sujeción a la ley, en cuyo contexto la equidad resulta su corrección para el caso concreto. La justicia como legalidad, no hace referencia a una específica concepción de ley, de donde se sigue que en tal formulación cabe, tanto la ley natural, como la ley humana. La segunda concepción, identifica a la justicia con la igualdad. Aristóteles. *Ética a Nicomáco*, 1131a. Según este punto de vista, es necesario tratar igualmente a los iguales y desigualmente a los desiguales. Aristóteles. *Política*, 1280a. Madrid: Alianza Editorial, 2005, p. 132.

⁶⁸ Cfr. L. Villavicencio. «Justicia social y el principio de igualdad», en *Hybris, Revista de Filosofía*, 9, 2018, p. 45.

⁶⁹ Cfr. L. Villavicencio. «Justicia social y el principio de igualdad», en *Hybris, Revista de Filosofía*, 9, 2018, p. 45.

⁷⁰ Kelsen miró con desconfianza los fundamentos del principio de igualdad. Manifestó su postura del siguiente modo: «Este principio parte del supuesto de que todos los hombres —todos los que tienen rostro humano— son iguales por naturaleza, para acabar con la exigencia de que todos los hombres deben ser tratados de la misma manera. Sin embargo, dado que el supuesto es enteramente falso, pues de hecho los hombres son muy distintos y no hay dos que sean realmente iguales, este requerimiento tan sólo puede significar que el orden social debe hacer caso omiso de ciertas desigualdades al otorgar derechos e imponer deberes». H. Kelsen. *¿Qué es la justicia?*. Barcelona : Ariel, 1992.

⁷¹ Cfr. H. Nawiasku. *Teoría general del derecho*. Madrid: Rialp, 1962.

El problema central en la operatividad de la igualdad formal, cualquiera sea la materia en la que se aplique, está en el debate acerca de la justificación de los criterios empleados para llegar a establecer, en el mundo de los hechos, si las personas y sus circunstancias pueden ser diferenciadas o no razonablemente en la configuración del sistema jurídico y su aplicación. Hay igualdad entre dos personas o cosas si comparten las mismas características, por lo que, desde este punto de vista, la relación de igualdad entre personas o cosas depende de los criterios de comparación. El *tertium comparationis* (la tercera parte de comparación), esto es, la característica común que permite definir los conjuntos comparables es tan relevante como la diferencia introducida en la ley o su aplicación en el examen de igualdad formal.

La idea de igualdad en el derecho nace, pues, de la necesidad de eliminar privilegios entre clases de personas.⁷² Desde el punto de vista de los derechos y deberes fundamentales los sujetos comparados son los «seres humanos», iguales en razón de su naturaleza y dignidad. La regla común entre los seres humanos sería, pues, que cada uno de ellos goce y ejerza los derechos fundamentales que se reconocen, protegen y promueven en el sistema jurídico y cumpla los deberes correlativos y complementarios a tales derechos.

(iii) *Noción de equidad como medida de participación en los beneficios y cargas sociales o criterio de compensación social*

Hasta aquí, en lo que respecta a la igualdad, lo que tenemos es un criterio de límite en la configuración y aplicación del sistema jurídico: en principio, nada que se integre en el sistema jurídico puede vulnerar el criterio de igualdad fundamental. La idea de la igualdad material surge en la mitad del siglo XIX y se asienta en los sistemas positivos en el siglo XX. Se trata de superar el sentido de la igualdad formal y de tratamiento, basada en la similitud de características esenciales entre los seres humanos, hacia la de igualdad de circunstancias en la realización personal.⁷³ Es quizás la idea de que no hay libertad posible que no se funde en la «igualdad de condiciones» la que motiva la evolución, hasta el punto de tener que sacrificar aquella para alcanzar esta.⁷⁴

⁷² La igualdad clásica era estamental; es decir, eran iguales únicamente quienes compartían la misma posición social. Ver al respecto, I. Kristol. «Igualdad como un ideal» [s. v.], en Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales, Madrid: Aguilar, 1974. La igualdad, junto con la libertad, aparecieron como una condición de origen de todo ser humano en la Declaración del Hombre y del Ciudadano de 1789. «Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos», señala el art. 1 de la Declaración, y además agrega que las diferencias que se efectúen son, en primer término, de origen social y, únicamente pueden estar justificadas en la «utilidad común». La idea de igualdad con respecto al sistema jurídico positivo también está prevista en la Declaración; así, luego de que se señala que la ley es expresión de la «voluntad general» se determina que «[d]ebe ser la misma para todos, tanto para proteger como para sancionar». [Francia] Declaración del Hombre y del Ciudadano [en línea], [consulta: 22/01/2017], art.6. Disponible: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf. A partir de ello, todos los sistemas jurídicos la recogen.

⁷³ Cfr. F. Simón Yarza. «De la igualdad como límite a la igualdad como tarea del Estado. Evolución histórica de un principio», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 97, 2013, pp. 73 - 113.

⁷⁴ Cfr. A. Tocqueville. *La democracia en América*. México: Fondo de Cultura Económica, 1957, pp. 100 y ss. Cierra su obra del siguiente modo: «No se trata ya de conservar las ventajas particulares que la desigualdad de condiciones presenta a los hombres, sino de asegurar los nuevos bienes que la igualdad les puede ofrecer. No debemos intentar hacernos semejantes a nuestros padres, sino esforzamos en alcanzar la felicidad y grandeza que nos es propia».

Desde la perspectiva subjetiva, la igualdad material exige la inclusión de todos aquellos sujetos que, en la vida de la comunidad, en razón de circunstancias naturales o de origen social, han sido apartados de los beneficios y cargas de la vida colectiva.⁷⁵ Se busca ser «tratado como un igual», más que un «tratamiento igual».⁷⁶

Las técnicas empleadas para alcanzar la igualdad material como valor de salida en los sistemas jurídicos han sido (i) un subsistema que produzca una redistribución desigual de los beneficios y cargas económicas, que opera a través del sistema financiero público; y, (ii) un subsistema que produzca una redistribución de los beneficios y cargas jurídicos, en el que se incluye la «discriminación inversa» o «acción positiva»⁷⁷ destinada a promover el ascenso social de sus destinatarios.⁷⁸

Si desde la perspectiva formal, la igualdad exige que no se introduzcan diferencias en tratamiento dispensado por el sistema jurídico o con su aplicación a partir de criterios irrelevantes, en la igualdad material se busca un criterio de igualación relevante, esto es, la situación que debería ser común entre los conjuntos de sujetos o las circunstancias que debiesen ser uniformes entre los sujetos comparables.

A partir de ello, la diferenciación de trato o aplicación del sistema jurídico es necesaria para que los conjuntos comparados se igualen en: (i) oportunidades, que significa suprimir las desigualdades de partida, sociales o naturales; o, (ii) resultados, que implica suprimir las desigualdades en la distribución de beneficios y cargas de la acción colectiva institucionalizada.

El cambio de perspectiva desde la idea de límite propio de la igualdad formal hacia la de objetivo, referente de evaluación funcional del sistema jurídico, es muy importante. Mientras que la idea de límite establece el criterio de validez de la decisión que integra elementos en el sistema jurídico, la de objetivo se ajusta a la de eficacia del sistema. El uso de una APP para la gestión de la actividad pública alineado al criterio de equidad, implica evaluar la modalidad por sus efectos en la consecución del objetivo de igualación relevante.

La distinción entre oportunidades o condiciones de partida y resultados o condiciones de llegada, como objetivos de la igualdad material, depende del eje de coordenadas en el que se coloca el observador. Por ejemplo, con relación a la satisfacción de un derecho fundamental que implique prestaciones a cargo del Estado con respecto al acceso a una vivienda digna, la igualdad material podría apuntar hacia la nivelación de las oportunidades y no necesariamente a los resultados. De modo que, el Estado, por ejemplo, ha de suprimir las barreras que socialmente pueden existir para que la persona pueda acceder a una vivienda digna, generar programas de financiación

⁷⁵ Cfr. L. Ferrajoli. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 1997, p. 907.

⁷⁶ Cfr. R. Dworkin. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984, p. 227.

⁷⁷ Las medidas de «acción positiva» han venido siendo admitidas y respaldadas por los tribunales. Ver, entre otras, [UE] Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Sentencias de 17 de octubre de 1995, Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen; de 11 de noviembre de 1997, Marschall c. Westfalen; de 28 de marzo de 2000, Badeck y otros c. Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen; de 19 de marzo de 2002, Lommers c. Minister van Landbouw y otros. Ver, M. Martín Vida. «Medidas de acción positiva en los países miembros de la UE», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 12-13, 2003-2004, p. 322 y ss.

⁷⁸ Cfr. F. Simón Yarza. «De la igualdad como límite a la igualdad como tarea del Estado. Evolución histórica de un principio», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 97, 2013, p. 107. Ver, [UE] Tratado de Funcionamiento de la UE, arts. 157.4; CDFUE, art. 23.2

o subvención, etc., pero en ningún caso, podrá asegurar que una persona acceda a tales oportunidades o a la vivienda misma si, simplemente, no quiere hacerlo.

Que la igualdad debe ser «real y efectiva» introduce la transformación de la igualdad formal en equidad. Hart lo explicó a partir de la idea de justicia social⁷⁹ y la compensación. La necesidad de compensación se da en supuestos tales en los que dos sujetos o clases de sujetos deben mantener una posición de balance entre sí: así, si se causa un daño, se espera que la víctima sea compensada equitativamente para restablecer el balance del bien jurídico afectado. «El principio general latente en estas diversas aplicaciones de la idea de justicia —dice Hart— es que los individuos tienen derecho, entre sí, a una cierta posición relativa de igualdad o desigualdad».⁸⁰

(iv) *La equidad como función del sistema de las finanzas públicas para la protección y promoción de la protección y promoción de los derechos fundamentales*

La idea de igualdad se ha presentado en su forma tradicional como límite general de la actuación pública. La equidad, a diferencia de aquella aproximación, se muestra como fin de la comunidad organizada institucionalmente, como función del sistema jurídico. La igualdad material ha implicado, por ello, un cambio paulatino del rol del Estado hasta llegar al Estado social de derecho y al reconocimiento de un catálogo de derechos sociales, junto a los liberales. En este contexto entran en juego los contenidos de los derechos y deberes fundamentales y el modo en que se determinan.

La equidad, en su sentido básico de corrección del rigor de la ley en el caso concreto, se transforma en una corrección del trato formalmente igualitario, pero a través de la configuración misma del sistema jurídico y de su aplicación. El caso concreto al que nos referimos en esta concepción de la equidad, no se restringe a unidades casuísticas de la visión tradicional, sino al género de supuestos que se requiere incluirlos en un subconjunto de tratamiento dispar en términos positivos. El sentido de la equidad equivale así a la igualdad material, de modo tal que, (i) se alcance como fin la satisfacción de las pretensiones de los individuos implicadas en el reconocimiento de un derecho fundamental, a parir de las diferencias que de hecho —y no formales— existen entre ellos; y (i) se modifique el alcance de los deberes de las personas, en consideración de tales diferencias de hecho.

Las consecuencias de la equidad, desde la idea de la igualdad material, es importante en el ámbito de las reflexiones que son objeto de estas líneas. En efecto, la equidad orienta la distribución del gasto público, como se lo dispone normativamente, y orienta también los mecanismos que se regulan para generar los ingresos para la

⁷⁹ La «justicia social» ha sido invocada como principio de decisión jurisdiccional en casos concretos. La Corte Suprema argentina, por ejemplo, la ha empleado para declarar la inconstitucionalidad de una decisión administrativa destinada a la reducción de remuneraciones de servidores públicos. En tal ocasión, el alto tribunal señaló que de la justicia es su más alta expresión y que tiene por finalidad alcanzar el «bienestar», concepto que implica las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme con su excelsa dignidad. La idea se nos presenta relevante, por ejemplo, cuando se busca determinar el modo en que son tratados clases de individuos cuando una carga o un beneficio debe ser distribuido entre ellos; en este sentido lo que típicamente es equitativo o inequitativo es la «participación» de cada integrante de la clase en la carga o el beneficio. [Argentina] Corte Suprema de Justicia de la Nación. CSJN Fallos 336:672, c. 9, [causa A. 59B, XLIII. «Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad», sent. 18/06/2013].

⁸⁰ H. Hart. *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 196 y ss.

financiación del gasto público que se requiere efectuar bajo el mismo criterio. En materia tributaria, el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, se ha construido normativamente esencialmente con base en un criterio alineado con la idea de equidad: la capacidad económica del sujeto llamado a satisfacer este deber fundamental, pero también en relación con la equivalencia con el beneficio o el gasto público de la actividad pública. En materia del gasto público, por otra parte, su ejecución requiere el empleo de criterios de equidad desde varios puntos de vista, con relación al fin de la acción colectiva institucionalizada. El gasto público que se orienta hacia la realización efectiva y real de los derechos fundamentales debe ejecutarse de manera equitativa considerando los aspectos materiales, territoriales y temporales de la realización de tales derechos.

De la composición, estructura y funcionamiento del sistema jurídico positivo que se ha acotado para este estudio (el punto de vista del observador, dentro del enfoque sistémico), debe emerger la equidad como propiedad predefinida o valor de salida.

La equidad, en el enfoque sistémico, es el resultado esperado que el sistema jurídico en su conjunto fija como fin propio y, hacia el que cada componente se orienta.

Alcanzar equidad a través del sistema jurídico es, por otra parte, un problema inverso, esto es, un problema de diseño.

La definición de equidad, finalmente, requiere una convención provisional que, consintiendo que puede resultar incompleta, permite incluir el componente de los derechos fundamentales como una de las finalidades del sistema jurídico considerado en su conjunto.

Siguiendo la concepción de Hart, como lo hemos anunciado, buscamos:

- la equidad en la distribución del bien representado en los derechos fundamentales;
- la equidad en la distribución de las cargas a través del sistema de ingresos públicos (especialmente tributario); y,
- la equidad en la distribución de los beneficios a través del gasto público.

Esta equidad en forma de participación en cargas y beneficios, dentro del sistema financiero público se explica mediante un balance iusfundamental (derechos y obligaciones fundamentales) y uno técnico (renta disponible y costes y gastos de subsistencia digna). Los balances por ahora enunciados se ajustan con la aproximación de la equidad como compensación (solidaria) que se la espera entre la comunidad en conjunto y los integrantes de tal comunidad afectados por las diferencias naturales y sociales.

Con estas proposiciones de partida, podemos formalizar un concepto de equidad, de modo que cualesquiera sean los restantes factores de los que depende la equidad en el sistema jurídico (lo mismo que ocurre con el concepto de justicia) es posible afirmar que hay equidad cuando todas las personas que integran una comunidad, cualquiera sea su situación natural o social de partida, pueden alcanzar un estado de cosas calificado como valioso por la misma comunidad a través del sistema jurídico. Este estado de cosas

legítimamente aspirado, que puede ser reconocido, protegido y promovido a través del sistema jurídico, lo hemos colocado bajo la categoría de los derechos fundamentales.⁸¹

La justicia y la equidad son, pues, los resultados conocidos o fines normativamente impuestos a los que el mismo sistema jurídico considerado en su conjunto y los componentes que lo estructuran deben servir funcionalmente, de acuerdo con su propio mecanismo. Por ello, es posible ocuparnos de la modalidad de APP para la gestión de la actividad pública, del subsistema financiero público, de los subsistemas de ingresos públicos —y del subsistema de tributos, en particular— y de gastos públicos, en clave de derechos fundamentales. Cada uno de estos componentes del sistema jurídico deben producir equidad, esto es, colocar a cualquiera de los integrantes de la comunidad en idéntica situación respecto del acceso a un estado de cosas calificado como valioso y que merece ser reconocido, protegido y promovido como un derecho fundamental a través del sistema jurídico. Hacerlo es ocuparse de la equidad como criterio jurídico de corrección de la conducta de las personas y, a través de ella, de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico.

(c) Igualdad formal y material en los sistemas jurídicos positivos

(i) *Recepción de la igualdad en los sistemas jurídicos el ámbito europeo y en la Constitución Española*

La igualdad formal se encuentra prevista en los instrumentos internacionales sobre derechos fundamentales a los que está sujeto España. De acuerdo con el art. 14 del CEDH, el goce de los derechos y libertades reconocidos debe ser asegurado sin distinciones de ninguna naturaleza. Se trata de un enunciado general que no hace referencia al tipo de distinción (objetiva o subjetiva), pero inmediatamente en el texto se hace constar que la prohibición incluye especialmente distinciones «por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación», haciendo referencia a circunstancias de carácter subjetivo. De mismo modo, de conformidad con el art. 20 de la CEDEF, «[t]odas las personas son iguales ante la ley» y el art. 21 *ibidem*, prohíbe toda discriminación, esto es, diferencias por algún factor o condición subjetiva,⁸² aunque se aclara que la discriminación en razón de la nacionalidad del sujeto está prohibida «en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares».

Por otra parte, en la Constitución Española se hace referencia a la igualdad en contextos diferentes:

⁸¹ Formalizado como una función decimos que $\epsilon = f(d, n)$, donde la equidad (ϵ) es una función de los derechos fundamentales reconocidos, protegidos y/o promovidos (d) y de cualquier otro criterio de referencia que el sistema jurídico determina como resultado esperado para cualquier integrante de la comunidad (n).

⁸² Se especifican las diferencias discriminantes por «sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual».

Primero, la igualdad (junto a la libertad, justicia y el pluralismo político) se califica como uno de los «valores superiores» del ordenamiento jurídico.⁸³

Segundo, la igualdad en su sentido formal y el principio de no discriminación aparece en el art. 14 de la CE.

Tercero, la igualdad aparece como un objetivo general de la actividad pública: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».⁸⁴ Este es el enunciado que traslada la idea de la igualdad formal hacia la de una igualdad «real y efectiva» como tarea, más que como límite en el sistema jurídico positivo español. Este enunciado fija la idea de equidad a la que nos referimos en esta investigación.

Cuarto, en forma de igualdad material o equidad, se lo emplea para hacer referencia a objetivos específicos de la actuación pública. Así se lo hace con respecto al modo de asignación de los recursos públicos;⁸⁵ en la promoción de las condiciones favorables para, entre otras metas, la distribución de la renta regional o personal;⁸⁶ al señalar el propósito de la modernización y desarrollo de los sectores de la economía;⁸⁷ al establecer el objetivo de la planificación de la actividad económica general;⁸⁸ al determinar el sentido de solidaridad entre los territorios;⁸⁹ o, al definir el objetivo de la regulación de los derechos (ejercicio) y los deberes (cumplimiento) constitucionales a cargo del Estado.⁹⁰

Quinto, el criterio de igualdad se lo emplea en aplicaciones concretas con la función de regla en la configuración del sistema jurídico o su aplicación, como el acceso a los cargos públicos;⁹¹ los principios aplicables al sistema tributario justo que se remite a los valores de la igualdad y la progresividad, junto con el respeto de la propiedad (al proscribirse un sistema de tipo confiscatorio);⁹² la situación de hombre y mujer con

⁸³ [España] Constitución Española, art. 1.

⁸⁴ [España] Constitución Española, art. 9.2

⁸⁵ [España] Constitución Española, art. 31.2.

⁸⁶ [España] Constitución Española, art. 40.1 («Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo»).

⁸⁷ [España] Constitución Española, art. 130.1 («Los poderes públicos atenderán a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos y, en particular, de la agricultura, de la ganadería, de la pesca y de la artesanía, a fin de equiparar el nivel de vida de todos los españoles»). Ver al respecto, M. Pérez Delgado y R. Rodríguez Pérez. «Interpretación del artículo 130 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público», en *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 166, 2020, pp. 30-31.

⁸⁸ [España] Constitución Española, art. 131.1 («El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución»).

⁸⁹ [España] Constitución Española, art. 138.1 («1. El Estado garantiza la realización efectiva del principio de solidaridad consagrado en el artículo 2 de la Constitución, velando por el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, y atendiendo en particular a las circunstancias del hecho insular»).

⁹⁰ [España] Constitución Española, art. 149.1.1.^a

⁹¹ [España] Constitución Española, art. 23.2.

⁹² [España] Constitución Española, art. 31.1.

respecto al matrimonio;⁹³ la situación de los españoles en el territorio con respecto a sus derechos y obligaciones⁹⁴

(ii) *Recepción de la igualdad en los sistemas jurídicos hispanoamericanos*

El art. 24 del CADH determina que «[t]odas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley». Esta norma tiene relación con los deberes del Estado previstos en el art. 1.1. *ibidem* en el que se exige de los Estados la protección de los derechos previstos en el instrumento internacional sin discriminación. No obstante, el alcance de cada norma es distinto.⁹⁵

De acuerdo con la Corte IDH, el art. 1.1 de la CADH se refiere a la discriminación que se puede producir con relación a los contenidos del tratado, mientras que, el art. 24 *ibidem* ataca las diferencias arbitrarias que se pueden producir a través de la configuración jurídica del sistema doméstico y en su aplicación.⁹⁶ Los Estados —dice la Corte IDH— se «han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley».⁹⁷ De modo que si un Estado discrimina en un derecho previsto en la CADH vulnera el art. 1.1 y el derecho sustantivo específico, mientras que si la diferenciación arbitraria se refiere a algún contenido del sistema jurídico doméstico, daría una protección desigual y, así, vulneraría el art. 24 de la CADH.⁹⁸

La igualdad no implica que no existan diferencias que deban ser consideradas y deban ser útiles en la configuración del sistema jurídico y en su aplicación. Hay distinciones de trato que no pueden considerarse que ofenden la dignidad humana.⁹⁹ Por eso la Corte IDH separa las «distinciones» de las «discriminaciones». Las distinciones se consideran ajustadas a las exigencias de la CADH, cuando son «razonables,

⁹³ [España] Constitución Española, art. 32.1

⁹⁴ [España] Constitución Española, art. 139.1

⁹⁵ Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, § 209, Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, § 226.

⁹⁶ Corte IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, § 186, Corte IDH. Caso de las Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270, § 333

⁹⁷ Corte IDH. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, § 54.

⁹⁸ Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, § 64; Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, § 209..

⁹⁹ Cfr. Corte IDH. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, § 56.

proporcionales y objetivas», mientras que las discriminaciones, calificadas en todo caso como arbitrarias, siempre implican una vulneración a los derechos humanos.¹⁰⁰

Finalmente, en situaciones que de hecho vulneran la igualdad, los Estados están obligados a adoptar medidas para revertir esa situación.

Sin ninguna excepción la igualdad en las constituciones hispanoamericanas está presente de tres maneras: (i) como fundamento del sistema jurídico positivo o valor general y de aplicación transversal en el sistema jurídico; (ii) como igualdad formal; y, (iii) como igualdad material. Veamos algunos ejemplos.

En Bolivia, el preámbulo de su Constitución se proclama la búsqueda de: «[u]n Estado basado en el respeto e igualdad entre todos [...]».¹⁰¹ Por otra parte, el art. 14.I de la Constitución boliviana expresa la igualdad ante la ley, de una manera particular: «Todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica con arreglo a las leyes y goza de los derechos reconocidos por esta Constitución, sin distinción alguna».¹⁰²

El art. 66, núm. 4, de la Constitución ecuatoriana reconoce el derecho «a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación», por lo que está prohibida toda diferenciación arbitraria en la ley o en su aplicación, entendida esta última como la interpretación o aplicación de normas jurídicas por fuera de las distinciones que de manera explícita y justificada el legislador haya efectuado en la determinación del régimen. El art. 11 de la Constitución ecuatoriana, además, como regla transversal, establece que el ejercicio de los derechos se rige por, entre otros, por el principio de que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.¹⁰³

En Argentina, en el art. 16 de su Constitución se enuncia el principio clásico de no discriminación, proscribiendo «prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza» y afirmando la igualdad ante la ley entre los habitantes del país». La misma norma establece que «[l]a igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas».¹⁰⁴

3. Los derechos fundamentales como fines en el sistema jurídico

(a) Posición asumida en esta investigación: los casos que describimos como derechos fundamentales

(i) Conceptualización

En términos generales, al decir que somos titulares de un derecho fundamental lo hacemos para afirmar que nuestra pretensión de mantener o alcanzar un determinado «estado de cosas» se reconoce en el sistema jurídico como legítima («derecho») y que tal reconocimiento se debía producir por (i) el hecho de que somos iguales en cuanto «seres

¹⁰⁰ Corte IDH. Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, § 211.

¹⁰¹ [Bolivia] Constitución boliviana, art. 8.

¹⁰² [Bolivia] Constitución boliviana, art. 14.I

¹⁰³ [Ecuador] Constitución de la República del Ecuador, arts. 11 y 66.4.

¹⁰⁴ [Argentina] Constitución argentina, art. 16.

humanos» y (ii) porque ello permite que la acción colectiva institucionalizada¹⁰⁵ se dirija a la satisfacción de necesidades que, siendo comunes a tal naturaleza, se han estimado prioritarias socialmente («fundamental»). Abordemos esta caracterización por separado.

Primero. Con «estado de cosas» me refiero a la situación actual o potencial en la que se encuentra o espera encontrar un individuo en un contexto social con relación a sus necesidades e intereses: lo que se pretende es definir el criterio conforme al cual se participa en los beneficios de vivir en sociedad, asumiendo las cargas correlativas y complementarias. Así, el estado de cosas a mantener o alcanzar es múltiple: autonomía, protección, acceso a medios, reconocimiento, etc. Cuando se afirma que «A tiene el derecho fundamental a expresarse libremente», se quiere decir que la pretensión de que A pueda decir *p* o *q* sin que nadie se lo restrinja es legítima porque le es reconocido su derecho a la libertad de expresión.¹⁰⁶

Las posibilidades de desarrollo de un derecho fundamental son, en principio, infinitas, pues, la situación de partida o de llegada cobijada por el derecho depende del diseño de los medios a ser empleados y, naturalmente, hay mejores o peores diseños.¹⁰⁷

De modo que, el reconocimiento de un derecho fundamental, en sí mismo, no implica un correlativo específico a cargo de un sujeto pasivo señalado — particularmente el Estado—, sino la necesidad de configurar el sistema jurídico positivo a través de decisiones de medio adecuadas al fin tutelado. La necesidad de desarrollar los derechos fundamentales a través de las decisiones que se incorporan en el sistema jurídico se justifica en el hecho de que es necesario armonizar un conjunto de derechos y deberes fundamentales en la organización del Estado. Los enunciados generales de los derechos fundamentales, usualmente, «no consagran una operatividad directa».¹⁰⁸

La pretensión de los individuos, fundada en un derecho fundamental, debe ser evaluada con respecto al alcance o contenido que se atribuye al derecho fundamental.¹⁰⁹

¹⁰⁵ La teoría de la acción colectiva hace referencia a la movilización social. Tomamos prestado el concepto con la calificación de «institucionalizado» para enfatizar la finalidad y la organización formal de la comunidad para alcanzar lo que puede estimarse, desde el punto de vista de la democracia constitucional, una elección de la comunidad a través de los mecanismos previstos en el sistema jurídico. Ver sobre la teoría de la acción colectiva, A. Melucci. *Acción colectiva, vida cotidiana y democracia*. México: El Colegio de México, 1999, pp. 25 - 54.

¹⁰⁶ Con este criterio de participación en los bienes jurídicos comunes, se señala que «[l]os derechos fundamentales son la participación, de todos y cada uno de los ciudadanos, en aquellos aspectos o contenidos del bien común político que son considerados fundamentales». A. Cruz Prados. *Filosofía política*. Pamplona: EUNSA, 2009, p. 145.

¹⁰⁷ Así, por ejemplo, cuando el estado de cosas al que nos referimos tiene relación con el «acceso a una vivienda adecuada», se puede apreciar que para arribar a este resultado se podría configurar el sistema jurídico, de modo que, por ejemplo, el Estado provea medios financieros a un grupo de la población objetivo, a través de un programa de subvenciones reembolsables o no; se podría generar facilidades no financieras para promover proyectos de vivienda de interés social a cargo del sector privado; o, en general, considerar cualquier otro mecanismo que facilite el acceso al bien económico que sirve para satisfacer la necesidad de alojamiento en condiciones compatibles con la naturaleza humana del titular.

¹⁰⁸ [Argentina] Corte Suprema de Justicia de la Nación. CSJN Fallos 335:452, c. 11 («[E]sta Corte no desconoce las facultades que la Constitución le asigna tanto al Poder Ejecutivo como al Poder Legislativo locales, en el ámbito de sus respectivas competencias, para implementar los programas o alternativas destinadas a hacer operativo el derecho a la vivienda y al hábitat adecuado. Es incuestionable que no es función de la jurisdicción determinar qué planes concretos debe desarrollar el gobierno»).

¹⁰⁹ J. Gavara de Cara y F. de Carreras. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de

El problema es entonces el perfilamiento de los estados de cosas que pueden ser pretendidas legítimamente en función de un derecho fundamental enunciado. La solución de este problema, desde el punto de vista del sistema jurídico positivo, sigue la misma dinámica que en cualquier otro caso en el que se establecen fines positivados. La única diferencia está en la «priorización de objetivos», pues, cualquier otro objetivo previsto en el sistema jurídico positivo es siempre un medio hacia el reconocimiento, protección y promoción de los derechos fundamentales.

Segundo. En lo que respecta a la fundamentalidad, los enfoques empleados en la literatura son el idealista y el realista. Aquí se asume que los debates sobre la fundamentalidad de un derecho se producen en el entorno del sistema jurídico, pero su determinación y concreción se realiza positivamente en el sistema.

El enfoque idealista presupone el carácter pre normativo de la fundamentalidad del derecho. En la Declaración de Independencia de los Estados Unidos se dijo: «Sostenemos como evidentes por sí mismas dichas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la Vida, la Libertad y la búsqueda de la Felicidad». En la Declaración Universal de los Derechos Humanos se lee: «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros».

El origen metajurídico de los derechos fundamentales también se puede extraer de los textos constitucionales en los países hispanoamericanos. Por ejemplo, en Argentina se establece que las declaraciones, derechos y garantías que son reconocidos en el texto constitucional no se entiende como una limitación para el reconocimiento de otros derechos y garantías no enumerados «pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno».¹¹⁰ Debe notarse sin embargo, que, conforme se lo ha anotado, el art. 14 de la Constitución argentina establece que la regulación de tales derechos le corresponde al legislador. En Costa Rica, con respecto a los derechos sociales, se hace una remisión explícita al «principio cristiano de justicia social», vinculando el reconocimiento de los derechos sociales no enumerados en el texto constitucional a su identificación a través de la ley.¹¹¹

Desde la perspectiva realista, por otra parte, el reconocimiento de un derecho como fundamental o no, es una opción para las decisiones a ser adoptadas por los órganos competentes, dentro de los procedimientos previstos y con las justificaciones requeridas en los sistemas jurídicos positivos. Esto es así con independencia de que la justificación tenga origen en alguna razón moral o técnica-científica o una preferencia extraída del entorno del sistema positivo. Esta afirmación no es pacífica. Considérese, por ejemplo, las razones de la discrepancia sobre el carácter fundamental de la propiedad entre Alexy¹¹² y Peces-Barba¹¹³ que, en primer término, parten del hecho de

Estudios Constitucionales, 1994; C. Bernal Pulido. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003; E. Figueroa Gutarra. «Contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental: reglas para su determinación», en Gaceta Constitucional, núm. 78, 2014, pp. 21 - 26;

¹¹⁰ [Argentina] Constitución argentina, art. 33.

¹¹¹ [Costa Rica] Constitución costarricense, art. 74.

¹¹² Garzón Valdés, además, acusó que Alexy hace en su teoría una deferencia particular al legislador en materia de los derechos sociales, cuando su intervención es idéntica con respecto de cualquier otro

que las normas constitucionales que toman como referencia (la alemana y la española) dan un tratamiento distinto a este derecho. Como Bastida lo señala,¹¹⁴ el carácter fundamental de un derecho no dependería de ninguna ponderación metajurídica. Esta determinación —señala— le corresponde al legislador por expresa habilitación constitucional, del mismo modo que su configuración y la articulación de los medios para su satisfacción. Bastida observa en el caso español que, aunque aparezcan como principios rectores de la actividad pública y no como derechos fundamentales, es posible que, en la práctica, por vía jurisprudencial,¹¹⁵ adquieran el mismo carácter fundamental, justificados en los arts. 1 y 10.1 de la CE.

(ii) *Derechos fundamentales como instituciones jurídicas en el marco de complejidad del sistema jurídico*

Sin que dejen de ser subsistemas, hay elementos de un sistema jurídico que pueden ser calificados como instituciones por la estabilidad que han alcanzado dentro de la dinámica del sistema que los incluye. Pueden estimarse como factores constantes en las interacciones que se producen en el interior del sistema.

De las muchas definiciones que se emplean sobre institución, en estas líneas me refiero a estructuras bien establecidas que son aceptadas como un elemento fundamental de la vida cultural. Decimos desde este punto de vista que los derechos fundamentales son instituciones en el mismo sentido que la familia o el matrimonio desde el punto de vista social, pero también desde la perspectiva del sistema jurídico positivo.

Su condición institucional no modifica el hecho de que cada derecho fundamental es, en sí mismo, un subsistema, con su composición, estructura y función.

Es muy difícil negar que la configuración de los derechos fundamentales pueda encontrar un rasgo homogéneo distinto al de su titularidad (ser humano) y de la necesidad de que sean configurados en los sistemas jurídicos positivos de acuerdo con ciertas (meta)reglas como la igualdad, que tienen efectos transversales en todo el sistema.

Esto nos coloca necesariamente en la línea de considerar que el concepto de «derechos» y «derechos fundamentales», en concreto, no puede ser asimilado en la tradición de las teorías de la voluntad o¹¹⁶ del interés,¹¹⁷ y de las más novedosas de la

derecho y, en todo caso, reducida. Esta restricción en la intervención del legislador se la plantea bajo el entendido de que la justificación de la «fundamentabilidad» del derecho está fuera del sistema jurídico positivo y, a partir de ello, esta cualidad representa un límite a la libertad de configuración jurídica. Cfr. E. Garzón Valdés. «Cinco consideraciones acerca de la concepción de los derechos sociales de Robert Alexy», en R. Alexy. *Derechos sociales y ponderación*. 2.^a ed. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 151 - 162.

¹¹³ Cfr. G. Peces-Barba. «Reflexiones sobre derechos sociales», en R. Alexy. *Derechos sociales y ponderación*. 2.^a ed. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 85 - 102.

¹¹⁴ Cfr. F. Bastida. «¿Son los derechos sociales derechos fundamentales?», en R. Alexy. *Derechos sociales y ponderación*. 2.^a ed. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 85 - 102.

¹¹⁵ El ejemplo que usa Bastida es el derecho a la autodeterminación informativa, según la STC 31/1994. Cfr. F. Bastida. «¿Son los derechos sociales derechos fundamentales?», en R. Alexy. *Derechos sociales y ponderación*. 2.^a ed. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 85 - 102.

¹¹⁶ De acuerdo con la teoría de la voluntad, los derechos se justifican en la libertad de los individuos y, en este contexto, corresponden al ámbito en el que la voluntad de uno está habilitada para determinar la conducta del otro; de modo que, un derecho genera una relación entre dos sujetos (A y B), tal que A es libre para hacer o no hacer algo y B tiene (i) determinadas obligaciones respecto de A —que controla el

restricción justificada,¹¹⁸ de la diversidad de funciones¹¹⁹ o la «teoría híbrida»,¹²⁰ entre otras. Bajo todas estas concepciones, es muy usual que inmediatamente al enunciar un derecho fundamental se dirija la vista hacia el Estado como obligado a satisfacer lo que se considera una pretensión de altísimo valor moral y jurídico.¹²¹ Es que, según la definición clásica, el derecho fundamental es un derecho subjetivo, que es una pretensión cuyo cumplimiento efectivo puede ser exigido por un individuo ante un juez, según se lo haya previsto en el Derecho objetivo. Cualquier formulación que matice esta idea básica es considerada sospechosa.

deber correlativo— o (ii) el deber de no interferir en la acción de A. Cfr. N. MacCormick. «Rights in Legislation», en A. Kavanagh y J. Oberdiek. *Arguing About Law*. Londres: Routledge, 2008, p. 305 y ss.

¹¹⁷ Según la teoría del interés, los derechos se describen como la situación de un sujeto A con respecto al deber de B de realizar un acto en interés de A. No hay una voluntad relevante, sino el beneficio del titular del derecho en función del cumplimiento de la obligación a cargo del otro. En este sentido, los derechos de alguien son el fundamento de los deberes de otros. Cfr. J. Raz. *The Morality of Freedom*. Oxford: Clarendon Press, 1986, p. 16.

¹¹⁸ De acuerdo con la «teoría de la restricción justificada», el derecho se caracteriza, no en función de la situación del titular, sino a la que corresponde a sujetos distintos a él, en situación pasiva. Lo que se observa para caracterizar los derechos son las constricciones a las que están sujetos quienes se encuentran en una posición correlativa al titular del derecho. En este sentido, siguiendo las posiciones fundamentales de las relaciones jurídicas de Hohfeld, son derechos los que le corresponde al titular en las relaciones de «derecho-deber» e «inmunidad-incompetencia». Esta teoría es una reelaboración de la teoría del interés en el sentido de que aparece como la reformulación de la justificación de la imposición de un deber a B en un interés a ser protegido de A. Ver al respecto G. Rainbolt. *The Concepts of Rights*. Dordrecht: Kluwer, 2006; «Rights Theory», en *Philosophy Compass*, vol. 1, núm. 1, 2006, pp. 11 – 21; «New Essays on the Nature of Rights», en *Philosophical Quarterly*, vol. 69, núm. 277, 2019, pp. 877 – 879; M. La Torre. «Teorías institucionalizadas del derecho (esbozo de una voz de enciclopedia)», en *Derechos y Libertades*, núm. 14, 2006, pp. 103 - 112. En la mayor parte de los casos, especialmente en el mundo angloamericano, la explicación de los derechos gira en torno a las categorías de relaciones jurídicas fundamentales expuestas por Hohfeld: (i) derecho - deber, (ii) libertad - no-derecho, (iii) potestad - sujeción, (iv) inmunidad - incompetencia. Estas categorías han tenido calado en las investigaciones sobre derechos fundamentales por su ubicación inicial en el ámbito internacional. Ver W. Hohfeld. *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and other Legal Essays*. New Haven: Yale University Press, 1920, pp. 23 y ss.

¹¹⁹ De acuerdo con la teoría de la diversidad de funciones, los derechos se explican por las seis funciones que tienen atribuidos los casos a los que se designan como derechos en la práctica: exención, discrecionalidad, autoridad, protección, provisión y ejecución. Se tiene un derecho cuando se puede decidir la conducta, sin ninguna compulsión en alguna determinada dirección. Ver L. Wenar. «The Nature of Rights», en *Philosophy and Public Affairs*, vol. 33, núm. 3, 2005, pp. 223 - 252.

¹²⁰ De acuerdo con la teoría híbrida, asumiendo que B tiene un deber, A tiene un derecho frente a B, si (i) A puede renunciar a que B cumpla su deber o (ii) A es incompetente para renunciar a que B cumpla su deber, en razón de su propio interés. Ver G. Sreenivasan. «A Hybrid Theory of Claim-Rights», en *Social, Political & Legal Philosophy*, t. 2, 2007, pp. 263 - 287.

¹²¹ Aunque la postura asumida en esta investigación se ajusta de mejor manera a las teorías que explican el fenómeno en razón de su función, considero que todas estas teorías adolecen del problema de reducción del derecho fundamental a un «derecho subjetivo», a uno de los vínculos que pueden tener relevancia jurídica dentro de un sistema parcial mucho más complejo. Considérese, por ejemplo, el tipo de explicaciones que se requerirían para justificar el hecho de que las prestaciones que, en razón de un derecho fundamental, deben ser provistas bajo demanda del titular del derecho por la Administración pública, por efecto de la celebración de un contrato de concesión bajo el régimen español; ahora deben ser cubiertas por un tercero no obligado originalmente: (i) en régimen de mercado regulado; (ii) a cambio de un precio; (iii) abonando los tributos causados por el consumo; (iv) con posibilidad de ser excluido por oferta o la falta de satisfacción de la contraprestación; entre otros elementos del régimen jurídico que resulta modificado.

La configuración de los derechos fundamentales se ajusta a la idea de la complejidad del sistema jurídico positivo y, en ese sentido, cada derecho es un sistema parcial con su composición, estructura y función específica que interactúan con su entorno, con respecto al mismo sistema jurídico positivo al que se integra como componente o con respecto al entorno del sistema jurídico positivo considerado en conjunto.

El modo de caracterizar las funciones de los derechos fundamentales puede hacerse por medio de su específica configuración jurídica y, con esta metodología, es valiosa la aproximación realizada según el tipo de prestaciones que implican conforme a su propia configuración; no obstante, las relaciones jurídicas y las modalidades (interacciones), las posiciones activas y pasivas de los agentes y, en general, la composición, estructura y función de los sistemas parciales que perfilan las funciones de los casos a los que denominamos derechos fundamentales no es homogénea.

He afirmado, sin perder de vista el sentido dinámico del sistema, que en los sistemas jurídicos positivos hay elementos cuya composición, estructura y funcionamiento son más o menos permanentes. Tales elementos de los que no dependen los cambios del sistema jurídico, considerado en su conjunto, pueden ser calificados como «instituciones», adoptando parcialmente la teoría del institucionalismo jurídico, en su versión clásica y «legítima»,¹²² en lo que respecta a la representación de los aspectos permanentes de la acción colectiva institucionalizada.¹²³

Los derechos y deberes fundamentales, cuando se los explica con enfoque sistémico, muestran aquello que de constante tiene el sistema jurídico en su conjunto, pues, reflejan la «idea directriz»¹²⁴ como referentes de salida de la acción colectiva institucionalizada, a través del sistema jurídico positivo.

Ahora bien, como se ha señalado, «el proceso de institucionalización no es simple tarea reflexivamente creada, sino que hay que tener en cuenta la espontánea anticipación social, tantas veces más oportuna, certera y justa que la artificialmente impuesta desde el poder».¹²⁵ Los sistemas jurídicos positivos, en materia de derechos fundamentales, toman para sí desde el entorno expectativas sobre la satisfacción de necesidades en el ámbito de la comunidad, en forma de pretensiones, que son elevadas al rango de derechos. Pero tales derechos son, en realidad, reivindicaciones «de todos y cada uno frente a todos y cada uno», en el sentido de que no hay un obligado específico, sino actividades que la organización debe ejecutar para satisfacer tales requerimientos, empezando por la configuración del sistema jurídico a través de normas de desarrollo que hagan posible la satisfacción de las necesidades subyacentes al derecho, mediante la

¹²² Cfr. M. La Torre. «Teorías institucionalizas del derecho (esbozo de una voz de enciclopedia), en *Derechos y Libertades*, núm. 14, 2006, pp. 103 - 112. Califica de legítimas las posturas del institucionalismo jurídico francés e italiano, en contraste con el germano.

¹²³ Hauriou definió una institución como la «idea de obrar o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social». Al rededor de la idea se producen «manifestaciones de comunión dirigidas por órganos de poder y reglamentadas por procedimientos». Cfr. M. Hauriou. *Principios de Derecho público y constitucional*. Granada: Comares, 2003, pp. 75 y ss.

¹²⁴ Cfr. M. La Torre. «Teorías institucionalizas del derecho (esbozo de una voz de enciclopedia), en *Derechos y Libertades*, núm. 14, 2006, pp. 105.

¹²⁵ P. Lucas Verdú. *Sobre el concepto de institución política*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1960, pp. 25 - 44.

determinación de posiciones activas o pasivas en un subsistema complejo referido a cada derecho.

Al configurar el sistema jurídico positivo, manteniendo como referente de salida los derechos fundamentales, se perfila, cuando corresponde, el contenido prestacional de tales derechos y se distribuyen las cargas entre los participantes. Los mismos titulares de los derechos fundamentales, por ejemplo, son responsables de autosatisfacer tales necesidades, en cumplimiento del deber correlativo de procurarse los medios financieros para estos propósitos y para participar en la contribución de los gastos públicos. Por otra parte, en razón de que las circunstancias no son iguales para todos los integrantes de la comunidad, el Estado, a través de los agentes señalados en el sistema parcial del derecho implicado, está a cargo de allegarse los medios financieros, especialmente a través de la exigencia del cumplimiento del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, para emprender las actividades de redistribución de la riqueza entre quienes están impedidos de atender tales necesidades por sus propios medios.

(b) Deberes constitucionales y deberes fundamentales de las personas

(i) Aproximación: dos prejuicios a superar

Aunque ha primado el tratamiento de los derechos constitucionales de las personas, poco se habla de los deberes,¹²⁶ con la salvedad del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos.

La poca atención dispensada a los deberes como correlativos y complementarios a los derechos fundamentales quizás está vinculada con el hecho de la preeminencia del punto de vista liberal por sobre las implicaciones de la solidaridad que, vale apuntarlo, surge formalmente en los textos declarativos del siglo XVIII del mismo modo que la libertad y la igualdad.

Hay, al menos, dos prejuicios que requieren ser combatidos. Primero, los deberes no son siempre el contrario (o correlativo) de los derechos. Aunque se reconoce que los deberes son autónomos, a cada derecho fundamental le corresponde un deber implícito de reciprocidad, por eso se dice que hay un deber correlativo para cada derecho fundamental: si tengo derecho a que se respete mi privacidad, tengo el deber de respetar la del otro.¹²⁷ Pero los deberes previstos en las normas constitucionales no se limitan a esta descripción. Representan intereses de la comunidad, igual que los derechos fundamentales, por lo que su interacción puede suponer mutuas limitaciones, interdependencias o complementos.

¹²⁶ Son excepciones, por ejemplo, A. Sant'Ana Pedra. «Los deberes de las personas y la realización de los derechos fundamentales», en *Estudios Constitucionales*, núm. 2, 2014, pp. 13 - 28; E. Garzón Valdés. «Los deberes positivos generales y su fundamentación», en *Doxa*, núm. 3, 1986, pp. 17 - 33; F. Rubio Llorente. «Los deberes constitucionales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 62, 2001; G. Peces-Barba. «Los deberes fundamentales», en *Doxa*, núm. 4, 1987, pp. 329 - 341; S. Holmes y C. Sunstein. *El coste de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011.

¹²⁷ Peces-Barba considera, en contra, que «el deber jurídico tiene que estar reconocido por una norma perteneciente al ordenamiento». G. Peces-Barba. «Los deberes fundamentales», en *Doxa*, núm. 4, 1987, p. 335.

Segundo, el estudio de los deberes de rango constitucional muestra que la posición pasiva de los derechos fundamentales no la ocupa exclusivamente el Estado. Aunque se ha señalado que la posición pasiva de los demás integrantes es puramente negativa,¹²⁸ lo cierto es que los deberes correlativos y complementarios dan muestra de que tal afirmación no es conceptualmente correcta.

El término «deber» lleva casi intuitivamente a concebir la idea de que se está frente al opuesto de «derecho». El significado del término, así tomado, nos predispone negativamente. Los deberes limitan derechos, del mismo modo que los derechos representan límites a los deberes.

Correlativos, complementarios e interdependientes, los derechos y los deberes objetivan, a través del sistema jurídico positivo, los principales valores de la comunidad, esto es, permiten fijar objetos de estimación común. El mecanismo hace posible que las necesidades individuales y colectivas puedan ser satisfechas, dirigiendo la acción colectiva institucionalizada hacia un fin específico.

El reconocimiento, protección y promoción de los derechos fundamentales se produce, entonces, con la satisfacción de los deberes de manera directa —*v. gr.*, el deber de procurarse los medios para autosatisfacer las necesidades individuales y familiares— o de manera indirecta —*v. gr.*, el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos—. La satisfacción de los deberes, en contrapartida, es posible en el contexto de que los derechos fundamentales son reconocidos, protegidos y promovidos: no sería posible contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, si el derecho al trabajo o el de libertad de empresa no es real y efectivo.

Otro error frecuente es confundir los derechos fundamentales con prestaciones a cargo del Estado. La acción pública estatal no es capaz de satisfacer todo lo que significan los derechos fundamentales, como pauta de configuración del sistema jurídico positivo en conjunto.

Es del todo evidente que, para la realización de los derechos fundamentales, junto al Estado, la participación del titular del derecho y de cada uno de los otros integrantes de la comunidad tiene un propósito específico dentro del sistema parcial conformado por el régimen correspondiente a la multiplicidad de derechos y deberes.

Considérense los siguientes ejemplos. El fin social subyacente en el reconocimiento del derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación, depende enteramente de la conducta de cada integrante de la comunidad, cuya disciplina en el sistema jurídico positivo es finalmente limitada.¹²⁹ En el caso del derecho a la educación,¹³⁰ no basta con que el Estado edifique la infraestructura, provea el equipamiento y asuma los costes y gastos operativos del sistema de educación pública; solo quedará satisfecho el derecho, si los padres cumplen sus deberes paterno-filiales y prestan la asistencia exigida a sus hijos.¹³¹ Algo similar ocurre en el caso del derecho a la salud, respecto del que, últimamente, se ha hecho

¹²⁸ [España] Tribunal Constitucional. STC 101/1983.

¹²⁹ Sobre el mismo aspecto, ni el libertario más extremo, podría estimar que una externalidad ambiental no altera su esquema de mercado como regulador y distribuidor de la riqueza, a costa de sacrificar el principio de propiedad que defiende: solo cabe el intercambio entre quienes están en la posibilidad de disponer libremente de los bienes sobre los que recae algún tipo de propiedad individual.

¹³⁰ [España] Constitución Española, art. 27.1.

¹³¹ [España] Constitución Española, art. 39.3.

evidente las responsabilidades compartidas de cada integrante de la comunidad y la Administración pública para contener y superar los efectos de la pandemia de 2020.

(ii) *Fundamentalidad de ciertos deberes: criterio teórico*

Nos interesa en estas líneas caracterizar los deberes, con la misma idea de «fundamentalidad» que se predica de los derechos. Igual que en el caso de los derechos entiendo que la fundamentalidad de un deber se recoge en el sistema jurídico positivo a partir de debates metajurídicos que se producen en el entorno.

Con el enfoque sistémico que empleo, no es posible considerar los derechos fundamentales, sin tener en mente que su reconocimiento, protección y promoción están ligados indisolublemente a la existencia de deberes que, con el mismo carácter de especialidad, hacen posible en la comunidad y delimitan las prerrogativas que tales derechos representan. Derechos y deberes son, entonces, interdependientes. Esta interdependencia hace que ciertos deberes, en la medida que son necesarios para alcanzar los fines establecidos para satisfacer derechos que se califican en los sistemas jurídicos como fundamentales, adquieran el mismo carácter. Si la fundamentalidad que se predica de un derecho tiene relación con la naturaleza y dignidad del ser humano y sus necesidades básicas, el mismo predicado le corresponde al deber que hace posible el goce y ejercicio de los derechos fundamentales.

De modo que, en la medida en que los valores constitucionales reflejan un interés colectivo acerca de algún aspecto de la vida en común, es impensable el funcionamiento de un sistema destinado a regular las conductas de los integrantes de una comunidad, sin atribuirles posiciones activas y pasivas dentro de la complejidad de las interacciones de los múltiples elementos del sistema.

En cualquier caso, el concepto de deber fundamental, igual que en el caso de un derecho con el mismo carácter, no se refiere exclusivamente al enunciado con el que se introduce el fin de regulación. Es un sistema parcial integrado al sistema jurídico positivo a través de decisiones normativas de fin (el enunciado más general del sistema) y de medios (los mecanismos concretos).

Su concepto no corresponde al de obligación ni describe una relación bilateral. Se trata de un sistema de enunciados normativos que perfilan un vínculo jurídico que adquiere múltiples formas dentro del contexto de las decisiones normativas de medio agregadas a un sistema: prestaciones (de dar, hacer o no hacer) o cargas, acciones u omisiones dispuestas, obligaciones modales, etc.

La posición pasiva de quien está obligado a satisfacer el deber, según los requerimientos *ex lege*, se concibe con respecto al conjunto de las pretensiones que la comunidad ha legitimado en forma de derechos (o prerrogativas) a favor de sí mismo y de los otros integrantes de la misma comunidad, según su desarrollo en el sistema jurídico positivo.

El enunciado normativo del deber fundamental, igual que en el caso de los enunciados normativos de derechos fundamentales, define un fin en la configuración y aplicación del sistema jurídico y, por ello, requiere ser desarrollado. A partir del enunciado más general (fin), la posición pasiva (también más general) muestra al individuo titular del deber en una relación con la comunidad en conjunto, de modo impersonal.

En este espacio general adquiere sentido el principio de solidaridad, donde el beneficiario de la acción requerida por el sistema jurídico positivo no se presenta a los ojos del sujeto pasivo. Es una especie de «solidaridad ciega», donde la acción a cargo del sujeto pasivo se ejecuta sin que exista un destinatario identificado.

La posición pasiva de cada individuo, en función del deber fundamental, se concreta progresivamente en obligaciones específicas a través del modo en que normalmente se incorporan decisiones normativas de medio en el sistema jurídico. Lo que equivale a señalar que la solidaridad de la que tratamos es de construcción jurídica.

En razón de la dependencia mutua entre derechos y deberes, no hay entre ellos ninguna subordinación. Un asunto absolutamente distinto es que las decisiones normativas de medio o de desarrollo incorporadas en el sistema jurídico para atender los fines determinados para las posiciones activas (derechos) y pasivas (deberes) puedan estar instrumentalizadas para atender objetivos mediatos y, en tal contexto, se organicen, prioricen, perfilen, etc. las posiciones activas y pasivas.

Un claro ejemplo de ello es precisamente el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos que le corresponde convivir con el derecho de propiedad sin anularlo y, al mismo tiempo, hacer posible la equidad en el sistema tributario.

El modo en que se alinean los intereses representados en el deber y el derecho se construye a través de las decisiones de desarrollo aplicables para cada uno de ellos; en esta dinámica, según la corriente que se asuma, se ponderan derechos y deberes o se articulan mediante el método tradicional de interpretación jurídica. Cualquiera sea el órgano del Estado (legislador o juez constitucional) su actividad decisional permite el desarrollo del sistema jurídico en lo que respecta a los sistemas parciales de derechos y deberes fundamentales.

(iii) *Distintas configuraciones de los deberes en los sistemas jurídicos*

Los derechos fundamentales siempre estuvieron acompañados de deberes, desde las primeras declaraciones e instrumentos internacionales.

El deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, junto con la idea de equidad y la capacidad contributiva, constaba ya establecido en la Declaración del Hombre y del Ciudadano francesa de 1789,¹³² del siguiente modo: «Para el mantenimiento de la fuerza pública y para los gastos de administración, resulta indispensable una contribución común, la cual debe repartirse equitativamente entre los ciudadanos, de acuerdo con sus capacidades».¹³³

Como lo hemos referido ya, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre,¹³⁴ es el primer instrumento general sobre derechos humanos a escala regional. En él se puso énfasis —luego inusual— en los deberes como correlativos a tales derechos. En efecto, en el preámbulo se afirma que «[e]l cumplimiento del deber de

¹³² Aunque hay quien señala que «Los tributos ponen en evidencia la idea posliberal de «función social» y derechos individuales: la satisfacción de las necesidades de la comunidad y la propiedad individual». J. Damarco. *El Principio de Capacidad Contributiva como fundamento y medida de los impuestos*, p. 4. Damarco señala: «El único modo en que racional y éticamente puede establecerse ese vínculo en el moderno estado de derecho es a través de la aptitud del individuo, expresada en sus posibilidades económicas, de concurrir al mantenimiento del estado. Y esa aptitud se transforma en un puente (vínculo) entre aquella necesidad del estado y el derecho de propiedad del individuo. Es la capacidad contributiva considerada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como requisito de validez de los impuestos».

¹³³ [Francia] Declaración del Hombre y del Ciudadano [en línea], [consulta: 22/01/2017], art. 13. Disponible: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf

¹³⁴ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, de 1948.

cada uno es exigencia del derecho de todos». Se sostiene que toda actividad social y política participa de los derechos y deberes correlativamente y cierra esta ponderación de la indisoluble vinculación de los dos aspectos inherentes a la dignidad humana afirmando que «[s]i los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad».¹³⁵ Desde la perspectiva adoptada en este instrumento internacional, tanto los derechos como los deberes positivados tienen un origen extrasistémico, específicamente moral. Así se lo reconoce cuando se afirma que «[l]os deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan».

En este contexto, en el preámbulo de este instrumento se vincula de manera progresiva —tratándolas unas como expresión de otras— las categorías del espíritu, la cultura (como expresión social e histórica del espíritu) y la moral y buenas maneras (como producto cultural), como referentes de la acción humana. Todos estos son criterios metafísicos que se presentan como justificación de cuanto se declara en el instrumento internacional, y que evidencian la multiplicidad de fuentes y el proceso de positivización de contenidos en los sistemas jurídicos contemporáneos.

En la DADH se fijan diez deberes fundamentales (arts. XXIX a XXXVIII) entre los que se encuentra el «el deber de pagar los impuestos establecidos por la Ley para el sostenimiento de los servicios públicos» y el trabajar «a fin de obtener los recursos para su subsistencia o en beneficio de la comunidad».

Por otra parte, en el art. 32 de la CADH se establece que toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad y que los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática.

En cualquier caso, de todos estos deberes, para propósitos de los que se plantea en esta investigación, debo subrayar la idea de corresponsabilidad en la satisfacción de los derechos fundamentales a través del deber de trabajo, como medio para generar los medios financieros para atender directamente nuestras propias necesidades y las de la comunidad, en este último caso, mediante el cumplimiento del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos. El deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos depende, enteramente, de aquel sobre procurar un oficio productivo.

Por otra parte, en una aproximación de tipo positivista y normativista, al considerar las calificaciones otorgadas por el constituyente a los deberes introducidos en los textos constitucionales es posible percatarse que no se atribuye un carácter «fundamental» específico a tales deberes o no se les asigna una consecuencia jurídica relevante derivada de esta calificación que los diferencie de los restantes deberes constitucionales.¹³⁶

De modo contrario a lo que ocurre en algunos de los países hispanoamericanos, el caso de la Constitución española es una buena muestra de la situación descrita y el

¹³⁵ Organización de los Estados Americanos (OEA). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, de 2 de mayo de 1948.

¹³⁶ El profesor Pérez Royo manifiesta que en el Constitución española, por ejemplo, no se pone «mayor énfasis» en los deberes ahí señalados. Cfr. J. Pérez Royo. *Curso de derecho constitucional*, 11.^a ed. Madrid: Marcial Pons, 2007.

debate que en la doctrina se ha planteado sobre el tema.¹³⁷ El art. 31.1 de la Constitución Española, que establece el deber de contribuir al sostenimiento del gasto público, se ubica en el Título I, «De los derechos y deberes fundamentales», Capítulo II, «Derechos y libertades», Sección 2.^a, «De los derechos y deberes de los ciudadanos». El título del epígrafe en el que se incluye la calificación de fundamental a los deberes ahí regulados, únicamente se reitera en los arts. 94.1.(c) de la Constitución¹³⁸ para establecer el requisito de intervención de las Cortes Generales para que España se obligue a través de instrumentos internacionales referidos a los deberes «fundamentales», señalados en el Título I.

La vinculación indisoluble entre los derechos y los deberes, que se califican explícitamente como fundamentales, ha quedado adecuadamente expresada en el art. 75 de la Constitución Dominicana, en el que se lee: «Los derechos fundamentales reconocidos en esta Constitución determinan la existencia de un orden de responsabilidad jurídica y moral, que obliga la conducta del hombre y la mujer en sociedad». A partir de la correlación explícita entre derechos y deberes, estos son listados de modo tal que, en primer lugar, se hace constar la sujeción al sistema jurídico positivo y el deber de obediencia a la autoridad legítima.

Conviene resaltar el modo en que del texto constitucional dominicano es posible obtener evidencia del sistema de balance iusfundamental y técnico al que hacemos referencia en esta investigación. En efecto, en primer lugar, que la responsabilidad jurídica y moral que se atribuye a los titulares de derechos fundamentales implica, entre otras cosas «[d]edicarse a un trabajo digno,¹³⁹ de su elección, a fin de proveer el sustento propio y el de su familia para alcanzar el perfeccionamiento de su personalidad y contribuir al bienestar y progreso de su familia». ¹⁴⁰ Luego, los integrantes de la comunidad están llamados a «[a]ctuar conforme al principio de solidaridad social»¹⁴¹ y, finalmente, en este contexto, deben «[t]ributar, de acuerdo con la ley y en proporción a

¹³⁷ Ver al respecto, por ejemplo, F. J. Díaz Revorio. «Derechos humanos y deberes fundamentales. Sobre el concepto de deber constitucional y los deberes en la Constitución Española de 1978», en *Ius. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, núm. 28, 2011, pp. 278-310; J. M. Goig Martínez. «La constitucionalización de deberes», en *Revista de Derecho UNED*, núm. 9, 2011, p. 111-148; V. Moret Millás. «Los deberes constitucionales en el ordenamiento jurídico español: el inestable binomio derechos-responsabilidades», en *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, núm. 30, 2018, pp. 205-272; F. Ost y S. van Drooghenbroeck. «La responsabilidad como cara oculta de los derechos humanos», en *Anuario de Derechos Humanos (Nueva Época)*, núm. 5, 2004, pp. 785-844; E. Bea Pérez. «Derechos y Deberes: El horizonte de la responsabilidad», en *Derechos y Libertades: Revista de Filosofía del Derecho y Derechos humanos*, junio de 2013, núm. 29, p. 72 [pp. 53-92]; T. Greco. «Il ritorno dei doveri», en *Cultura e diritti*, núm. 1, 2012, pp. 91-105; J. Pardos (trad.). «Norberto Bobbio-Maurizio Viroli: Dialogo sobre la República», en *Revista de Libros* [en línea], núm. 48, 2000 [consulta: 12/01/2021]. Disponible en: https://www.revistadelibros.com/articulo_imprimible.php?art=4015&t=articulos;

¹³⁸ [España] Constitución española, art. 94.1.(c) («La prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales, en los siguientes casos: [...] c) Tratados o convenios que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I»).

¹³⁹ La expresión «trabajo digno» no hace referencia a una específica actividad, de modo que el concepto incluye cualquier actividad, en dependencia o no, que le permita al individuo allegarse los medios para autosatisfacer sus necesidades.

¹⁴⁰ [República Dominicana] Constitución Dominicana, art. 75.8.

¹⁴¹ [República Dominicana] Constitución Dominicana, art. 75.7.

su capacidad contributiva, para financiar los gastos e inversiones públicas».¹⁴² En correspondencia al deber individual de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, junto a la especificación de este vínculo fundamental, en el texto constitucional dominicano se declara que «[e]s deber fundamental del Estado garantizar la racionalidad del gasto público y la promoción de una administración eficiente».

La reorganización de los enunciados normativos en la Constitución dominicana sobre los deberes individuales y sociales con relación al modo de financiar la satisfacción de los derechos fundamentales me es útil para mostrar el hecho de que los sistemas jurídicos no requieren ser configurados de modo tal que sea la comunidad la responsable de todos los aspectos, especialmente financieros, para proteger y promover los derechos reconocidos como fundamentales.

El deber de contribuir a la financiación de los gastos públicos, en un modelo que incluya un balance fundamental de los valores jurídicos (o positivados) entra a formar parte del catálogo de los deberes de solidaridad¹⁴³ en los textos de los instrumentos internacionales a los que están sujetos los países de referencia y a sus propias normas constitucionales. Su carácter de fundamental y las consecuencias de tal calificación es lo que se discute, pero para propósitos de este planteamiento, el debate que ello suscita resulta irrelevante en la medida en que el deber se integra al texto constitucional y requiere ser desarrollado con la intervención del legislador.

C. CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL DEBER DE CONTRIBUIR AL SOSTENIMIENTO DE LOS GASTOS PÚBLICOS

1. El sentido funcional del sistema tributario con respecto a los fines previstos en el sistema jurídico

Si se parte del conjunto de valores constitucionales en el que se inserta el deber de contribuir al sostenimiento del gasto público, puede ser entendido sistemáticamente como un correlativo necesario para la realización efectiva de los derechos constitucionales y la concreción práctica de los valores que fundamentan el orden político y la paz social,¹⁴⁴ o bien, como uno de los referentes fundamentales para

¹⁴² [República Dominicana] Constitución Dominicana, art. 75.6.

¹⁴³ En este sentido, los estudios ya clásicos de G. Orón, «Notas sobre el concepto de tributo y el deber de contribuir», en *El sistema económico en la Constitución Española*, v. II. Madrid: Ministerio de Justicia, 1994, p. 1.600; F. Escribano, *La configuración jurídica del deber de contribuir. Perfiles constitucionales*. Madrid: Civitas, Madrid, 1988, p. 30 y ss; I. Manzoni, *Il principio di capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano*. Turín: Giappichelli, 1965, pp. 89 y ss.; F. Moschetti, *Il principio di capacità contributiva*. Padua: CEDAM, 1973, pp. 59 y ss.; y, «Profili generali», en *La capacità contributiva*, obra dirigida por F. Moschetti. Padua: CEDAM, 1993, pp. 5 y ss, publicado también en *Trattato di diritto tributario*, obra dirigida por A. Amatucci, t. I. Padua: CEDAM, 1991; E. De Mita. *Interesse fiscale e tutela del contribuente*. Milán: Giuffrè, 2000, p. 15; A. Fantozzi. *Diritto Tributario*, 2.^a ed. Turín: UTET, 1998, p. 31, F. Tesauero. *Istituzioni di diritto tributario. Parte generale*, v. I. Turín: UTET, 1992, pp. 56 y ss; P. Russo, *Manuale di diritto tributario*, 3era. ed. Milán: Giuffrè, 1999, p. 60. Se puede consultar en la jurisprudencia italiana SCCI 51/1992. En sentido diverso se manifiesta G. Gaffuri. *Lezioni di diritto tributario. Parte generale*, 3era. ed. Padua: CEDAM, 1999, p. 24.

¹⁴⁴ [España] Constitución Española, art.10.1

explicar el régimen financiero que se configura unitariamente en el proyecto de justicia previsto en las constituciones.

Según las premisas de las que hemos partido, este deber asume en las constituciones el papel de puente entre la conducta activa exigida al poder público (la gestión) y a los integrantes de la comunidad (la contribución), y la realización de los derechos constitucionales encomendados institucionalmente al Estado en beneficio del mismo individuo y de la comunidad.¹⁴⁵

Una de las maneras de integrar los mecanismos de actuación pública y colectiva con el objeto de «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos [...] sean reales y efectivas», removiendo «los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud»,¹⁴⁶ está en la configuración del subsistema tributario y la programación y ejecución del gasto dentro del plano de valores objetivos diseñado en la misma Constitución.

Así, la formulación constitucional del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos liga indisolublemente los dos componentes del fenómeno financiero público.

Mientras que con relación a los ingresos, la norma prescribe, asumiendo la relevancia del tributo dentro del conjunto de los ingresos públicos, que la contribución a la que son llamados los individuos en cumplimiento de su deber constitucional ha de realizarse «de acuerdo a la capacidad económica» y a través de un «sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad», cuyos efectos no tendrán «alcance confiscatorio»; en materia del gasto público, los recursos obtenidos —todos ellos y no solamente los tributarios— deberán ser asignados de manera «equitativa» a través de una «programación y ejecución» eficiente del presupuesto.¹⁴⁷

La misma formulación del deber constitucional como un deber de «contribuir» al sostenimiento de los «gastos públicos» muestra la imposibilidad de separar, en el ámbito constitucional, el carácter funcional del deber en cuestión en relación con la concreción de los derechos fundamentales, carácter que se verifica en la concepción del fenómeno financiero de manera unitaria.¹⁴⁸ El proyecto de justicia trazado objetivamente por la norma constitucional involucra necesariamente la coordinación de un sistema tributario justo y la asignación del gasto de manera equitativa, aspecto este último que, en la práctica, no significa otra cosa que un mandato para que la actuación pública (y social), que luce discrecional y como cualquier opción de política pública, corresponde a la consecución «efectiva» de los derechos y libertades de los individuos.

¹⁴⁵ Sobre la relación entre derechos económicos y el deber tributario, Cfr. M. Ferrera. *Modelli di solidarietà. Politica e riforme sociali nelle democrazie*. Bolonia: Il Mulino, 1993, pp. 49 y ss.

¹⁴⁶ [España] Constitución Española, art. 9.2

¹⁴⁷ Compartimos la idea de que los conceptos de «eficiencia y economía» que prevé la norma constitucional (art. 31.2 Const.) como criterios que califican la actuación dirigida a la realización de la justicia a través del gasto tienen similar contenido. «Lo que el constituyente ha querido decir es que, fijados los fines de la actividad financiera del gasto público, su consecución ha de realizarse con el empleo del menor número de recursos económicos y que la realización entre el objetivo propuesto y el conseguido ha de ser la óptima posible». A. Rodríguez Bereijo. «Los principios de la imposición en la jurisprudencia constitucional española», en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 100, 1998, p. 624.

¹⁴⁸ Cfr. A. Rodríguez Bereijo. «Los principios de la imposición en la jurisprudencia constitucional española», en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 100, 1998, p. 623

Los valores constitucionales no crean directamente situaciones jurídicas concretas en sentido operativo.¹⁴⁹ Estos valores, por otra parte, sirven para individualizar específicos intereses de la comunidad que en las constituciones se reconocen (positivan), protegen y promueven. Estos intereses deben ser realizados, entre otros medios, a través de decisiones normativas, generales y particulares, que se integran al sistema jurídico positivo.

A la diversidad de posturas que teóricamente se han asumido respecto al contenido específico del deber de contribuir y el de los principios dentro de cuyo margen deben actuar los órganos institucionales del Estado, corresponden las variadas conclusiones con las que la doctrina explica la legitimidad del tributo («cómo debe ser») y, en ocasiones incluso, su aspecto ontológico («qué es»). Todas ellas se desarrollan con respecto al sistema tributario, en el sentido de que en cada ocasión en que el legislador introduce al sistema jurídico una nueva figura de prestación se activa el debate sobre su naturaleza tributaria.

Del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos es posible extraer un interés central y otros dos derivados, a los que debe responder el sistema jurídico positivo:¹⁵⁰

Primero, se encuentra el interés de la colectividad —beneficiario directo de la realización de los fines públicos— de que se establezca y se aplique efectivamente un sistema tributario «justo». Para su construcción aparecen explícitamente formulados criterios explícitos o implícitos en las mismas constituciones. En España, por ejemplo, constan explícitamente señalados los principios de capacidad económica, igualdad, progresividad y no confiscatoriedad. En una buena parte de los países hispanoamericanos, el criterio de control en la configuración del sistema tributario es el de igualdad (formal o material).

El conjunto normativo con el que se distribuye las cargas económicas entre los integrantes de la comunidad para la financiación de la actividad pública ha de desarrollarse en un sistema «tributario» según el marco cualitativo predispuesto en la norma constitucional. Se ha sostenido, sin embargo, que las constituciones enuncian valores o principios que tienden únicamente a constituir mandatos de resultados,¹⁵¹ referentes de programación en el plano de lo político, social o económico o simples tópicos.¹⁵² En estas posturas, se niega sustancia jurídica a este tipo de normas, reduciendo su verificación a datos de la estadística (los resultados alcanzados) o elementos retóricos que solo pueden ser útiles para calificar la conveniencia de la decisión o la elocuencia de su presentación, pero no su legitimidad constitucional.

¹⁴⁹ Salvo la situación que se deriva del control constitucional dentro del ámbito aplicable, en la que el juez constitucional determina el contenido y alcance de la norma de referencia para adoptar una decisión sobre el caso que juzga.

¹⁵⁰ Cfr. L. Antonini. *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionale*. Milán: Giuffrè, 1996, pp. 254 y ss.

¹⁵¹ Parece que el profesor Lozano justifica una posible función no recaudatoria del tributo, integrando en el deber de contribuir intereses derivables de otros valores constitucionales y calificando los principios en cuyo marco se debe desarrollar en el ámbito legislativo tal principio como mandatos de resultado. Cfr. *Exenciones tributarias y Derechos Adquiridos*. Madrid: Tecnos, 1988, pp. 46 y ss.

¹⁵² Cfr. C. Palao Toboada. «La imposición sobre las Ganancias de Capital y la Justicia Tributaria», en *Hacienda Pública Española*, núm. 9, 1971, p. 37.

Segundo, la construcción de un sistema tributario justo, sujeto a determinados criterios que determinan o limitan los medios o definen los resultados prescritos, expresa también el interés del contribuyente de ser protegido, en su condición de sujeto pasivo individual de cada tributo incluido en el sistema tributario. La idea es que los límites determinados en el sistema jurídico son garantías frente al ejercicio de la autoridad que ejerce potestades de creación e imposición de cargas económicas que afectan los derechos de las personas.

Finalmente, hay el interés puramente operativo y mediato, el interés financiero, que refleja la relación entre la actividad pública encomendada al Estado y la necesidad inmediata configurar los medios, directos o indirectos, para obtener los medios que financien la actividad pública.¹⁵³ En atención a este interés, por ejemplo, el sistema tributario ha de ser construido bajo criterios de suficiencia, conducido para simplificar y agilizar el procedimiento administrativo de gestión, diseñado para evitar la elusión fiscal o, en general, construido en función del resultado próximo de la recaudación.¹⁵⁴

Los intereses expuestos son generalizaciones de cuanto se puede observar en los sistemas tributarios, por lo que caben, por supuesto, otros intereses en el ámbito del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos. El punto central de cuanto se comenta es que la determinación del alcance del deber de contribuir al sostenimiento del gasto público y los criterios de nivel constitucional que orientan su desarrollo, corresponde al momento mismo de las decisiones normativas, sean estas del legislador, del órgano de control o de cualquier otro competente del sistema.

Partiendo del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos como referente constitucional para el desarrollo del sistema jurídico positivo, es posible concebir un conjunto de normas que directamente son aplicación y derivación del deber constitucional, pero que, adicionalmente, intervienen en el proceso de realización de la libertad jurídica y social de los individuos.

La intervención del legislador, a la hora de determinar las situaciones jurídicas en las que se concretará este deber constitucional, a través del sistema jurídico, es una necesidad de la que depende, según lo señala el Tribunal Constitucional español:¹⁵⁵

[La] preservación de la paridad básica de posición de todos los ciudadanos, con relevancia no menor, de la unidad misma del ordenamiento (art. 2 de la CE), unidad que —en lo que se refiere a la ordenación de los tributos y, de modo muy especial, de los impuestos— entraña la común prosecución, a través de las determinaciones que la Ley contenga, de objetivos de política social y económica en el marco del sistema tributario justo (art. 31.1 de la CE) y de la solidaridad (art. 138.1) que la Constitución propugna.

Este conjunto de normas, el sistema tributario, constituye el nivel de desarrollo subsiguiente al de un deber que, en el plano constitucional, aparece como otro de los

¹⁵³ De Mita, basándose en la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana, señaló que el interés fiscal no se identifica con la comodidad de la administración, sino con el interés de la comunidad a la recaudación de los tributos para el regular el funcionamiento de los servicios públicos. Precisamente tal interés ha permitido legitimar las excepciones en el Derecho tributario en relación con el derecho común; excepciones que, de otra parte, permiten identificar las particulares características particulares de esta rama del Derecho público. Cfr. E. de Mita. *Interesse fiscale e tutela del contribuente*. Milán: Giuffrè, 2000, pp. 39 y ss.

¹⁵⁴ [España] Tribunal Constitucional. SSTC 110/1984, FJ 3; 76/1990, FJ 3; 111/1990, FJ 3.

¹⁵⁵ [España] Tribunal Constitucional. STC 19/1987, FJ 4.

valores objetivos¹⁵⁶ a los que el legislador y los demás órganos competentes del Estado debe someter sus decisiones al momento de determinar, en ejercicio de una competencia, situaciones jurídicas cada vez más concretas. Este conjunto de normas, en definitiva, aparece típica y funcionalmente ligado a la realización de este deber constitucional que, por su parte, es correlativo y complementario de cualquier derecho fundamental previsto en el sistema jurídico.

La constatación de esta relación funcional llevó a cierto sector de la doctrina a considerar que el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos se concreta en un conjunto de relaciones que «no tienen sentido propio» sino que constituyen el mecanismo técnico-jurídico para que el Estado se provea de los recursos económicos necesarios para la realización de los fines a él asignados.¹⁵⁷ De lo que se deriva que el tributo, para ser legítima concreción del deber constitucional en análisis, ha de identificarse con un interés jurídico específico «de naturaleza financiera».¹⁵⁸ Todo tributo tiene, en primer término, una función financiera en el contexto de la ejecución de las actividades a cargo del Estado.

La consecuencia necesaria de una tesis como esta es una calificación negativa de aquellas medidas que dentro del sistema tributario tiendan a provocar el desvío absoluto de este interés hacia el cumplimiento de funciones distintas a las puramente financieras. Cuando el instituto —señala González García¹⁵⁹— pierda su fin primordial como instrumento jurídico dirigido a proporcionar ingresos al Estado, afectándose su estructura, este dejará de ser un tributo.

Desde otra perspectiva, en contrario, la calificación del deber tributario como un valor que integra variados intereses constitucionales e instrumento para la realización de la justicia ha permitido a otro sector de la doctrina, la justificación del tributo como un instrumento polifuncional.¹⁶⁰ En este caso, la eficacia de normas como las que enuncian principios o determinan valores de rango constitucional, operan como habilitaciones competenciales.¹⁶¹ A través del sistema tributario se pueden alcanzar fines distintos al de

¹⁵⁶ El carácter de la defensa de los intereses que implica el deber de contribuir fue advertido por Escribano, para quien este deber constitucional en el proceso de normalización jurídica, «tras alcanzar la condición de “ordinaria juridicidad”, pasa ahora a convertirse en deber jurídico digno de especial protección». Cfr. F. Escribano. *La configuración jurídica del deber de contribuir. Perfiles constitucionales*. Madrid: Civitas, 1988, p. 266.

¹⁵⁷ Cfr. E. Simón Acosta. *El derecho financiero y la ciencia jurídica*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1985, pp. 145 y ss.

¹⁵⁸ Cfr. M. Soler Roch. *Incentivos a la inversión y justicia tributaria*. Madrid: Civitas, 1983, pp. 36 y ss.

¹⁵⁹ Cfr. E. González García. *Concepto Actual de Tributo: Análisis de Jurisprudencia*. Pamplona: Aranzadi, 1996, pp. 18 y ss.

¹⁶⁰ Cfr. C. Lozano Serrano. *Exenciones tributarias y Derechos Adquiridos*. Madrid: Tecnos, 1988, pp. 45 y ss. En igual sentido ver del mismo autor, *Consecuencias de la jurisprudencia constitucional sobre el Derecho financiero y tributario*. Madrid: Civitas, 1990.

¹⁶¹ Del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos es posible extraer un interés central y otros dos derivados, a los que debe responder el ordenamiento jurídico: en primer lugar, se encuentra el *interés de la colectividad* —como beneficiario directo de la realización de los fines públicos— de que se establezca y se aplique efectivamente un sistema tributario justo; para cuya construcción aparecen explícitamente formulados los principios de capacidad económica, igualdad, progresividad y no confiscatoriedad. Estos principios reflejan, por otra parte, una protección al *interés del contribuyente*, en cuanto sujeto pasivo e individual del tributo. Finalmente, se encuentra el *interés fiscal o recaudatorio* —del sujeto activo del tributo y por ello *mediato a escala axiológica*— que habilita al legislador a simplificar y agilizar el procedimiento impositivo, con el establecimiento de mecanismos para evitar la elusión fiscal o,

allegar recursos financieros al Estado. Esta concepción vale tanto para justificar tributos con función de ordenamiento, como imposiciones coactivas que no se incluyen en el ciclo presupuestario, pero satisfacen una finalidad para la que el sistema jurídico otorga una potestad de creación o imposición de cargas económicas en cabeza de los integrantes de la comunidad.

En síntesis, en todos estos planteamientos¹⁶² la nota constante se encuentra en la búsqueda de la relación funcional entre la norma constitucional que fija un deber de contribuir en el financiamiento de la actividad pública y el régimen desarrollado a partir de ella, sea con las figuras clásicas de tributos, sea a través de innovaciones legislativas que se alejan de las instituciones tradicionales. Las actividades encomendadas al Estado, particularmente las que corresponden a la protección y promoción de los derechos fundamentales, no podrían realizarse sin el concurso de los mismos integrantes de la comunidad en su financiación. Por esta razón, el sistema tributario se conecta funcionalmente, no solo a la norma que fija el deber de contribución, sino también a la realización los derechos fundamentales a través de las actividades encomendadas al Estado para su protección y promoción.

(a) La redistribución de la riqueza a través del sistema tributario y el problema de las prestaciones conmutativas y paraconmutativas

El sistema tributario reviste un carácter redistributivo¹⁶³ bajo una doble perspectiva: por una parte, permite que se hagan efectivos los derechos fundamentales para quienes, según el modelo constitucional, no podrían contribuir a su financiación y, por otra, en aplicación del principio de progresividad, provoca que quienes mayor capacidad económica tienen intervengan en mayor medida en la financiación de las

en general, normas de excepción al derecho común, o, dentro de un límite razonable y atendiendo determinadas circunstancias de hecho, establecer procedimientos de determinación no rigurosa de la materia gravada como tipificaciones, cualificaciones y valoraciones legales del hecho imponible. Se trata de un interés vinculado al momento dinámico o aplicativo del sistema tributario (SSTC 110/1984, FJ 3; 76/1990, FJ 3; 111/1990, FJ 3). La tutela de todos estos intereses en el seno del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos exige su adecuado balance al interior del mismo valor que les da cabida a nivel constitucional, en el momento de su concreción en el ordenamiento derivado y en aquel del control constitucional en sede jurisdiccional. Cfr. L. Antonini, *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionale*. Milán: Giuffrè, 1996, p. 254 y ss. De Mita, basándose en la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana, señala que el interés fiscal no se identifica con la comodidad de la administración, sino con el interés de la comunidad a la recaudación de los tributos para regular el funcionamiento de los servicios públicos. Precisamente tal interés ha permitido legitimar las excepciones en el Derecho tributario en relación con el derecho común; excepciones que, de otra parte, permiten identificar las características particulares de esta rama del Derecho público. Cfr. E. de Mita, *Interesse fiscale e tutela del contribuente*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 39.

¹⁶² Las alternativas que se nos presentan son, en resumen, la exclusividad de la función fiscal, recaudatoria o contributiva, una polifuncionalidad donde el fin fiscal prevalezca, o una polifuncionalidad donde el fin fiscal no se excluya aunque aparezca como algo secundario, o la irrelevancia absoluta de la función fiscal.

¹⁶³ En la Constitución italiana el carácter redistributivo del deber de contribuir, dentro de la lógica del régimen financiero previsto en la Constitución, permite la calificación de este deber como deber solidario, y posicionarlo en el ordenamiento como un deber inderogable en situación paralela a la que les corresponde a los derechos inviolables del art. 2. Cfr. L. Antonini, *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionale*. Milán: Giuffrè, 1996, p. 200 y ss.

actividades necesarias para la realización de tales derechos fundamentales. Los límites de contribución están dados por la idea de que la protección de la propiedad privada implica que no se afecte en tal grado que con ella el titular no pueda atender sus propias necesidades básicas o pierda su función privada por un objeto social. Un sistema tributario diseñado dentro de este marco sería uno equitativo, pues, permite distribuir de manera igualitaria las cargas económicas públicas, pero atendiendo las diferencias entre los sujetos llamados a cumplirlo empleando como criterio de comparación su capacidad económica.

Se puede afirmar, entonces, que el carácter solidario del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos permite superar las concepciones economicistas que justifican cualquier imposición pública de carácter patrimonial solo cuando hay correspondencia entre la prestación pecuniaria y los servicios obtenidos.

Con relación a la financiación del gasto público, la solidaridad en la asunción de las cargas económicas parece constituir la cualidad de mayor relevancia en el deber de contribuir. Este carácter del sistema tributario como concreción paradigmática del deber de contribuir al financiamiento de la actividad pública corresponde a la superación de un modelo simplificado de puro intercambio entre prestaciones entre el Estado y la persona, de corte utilitarista-liberal.¹⁶⁴

Por ello, se llegó a señalar que la única categoría tributaria que, en atención a su estructura, hace posible una efectiva contribución¹⁶⁵ al sostenimiento de los gastos públicos es el impuesto, debido a que la tasa y la contribución especial se configuran atendiendo algún tipo de relación conmutativa entre la actividad pública y el sujeto pasivo de la prestación. Si esto es así, los límites materiales —particularmente los que se desprenden del principio de capacidad económica— no son una exigencia para aquellas prestaciones tributarias con estructura retributiva.¹⁶⁶ Una conclusión de este tipo está alimentada por la necesidad de justificar un espacio limitado de aplicación del principio de capacidad económica en tasas y contribuciones especiales,¹⁶⁷ aspecto sobre el que tendré oportunidad de reflexionar más adelante. Sin embargo, el hecho de que para las tasas —en lo que ahora nos interesa— no se pueda afirmar el mismo alcance de ciertos principios de justicia tributaria que para los impuestos, no justifica la desvinculación funcional de una especie tributaria —o de la norma que establece la prestación— con

¹⁶⁴ Incluso, en otro extremo inadmisible, se ha llegado a proponer que el tributo puede ser considerado como «la prestación patrimonial coactiva a favor de un Ente público, derivada de un presupuesto de hecho, establecido por Ley y fundada en el principio de solidaridad, medido por la capacidad económica para contribuir al sostenimiento del gasto público». G. Orón. «Notas sobre el concepto de tributo y el deber de contribuir», en *El sistema económico en la Constitución española*, v. II. Madrid: Ministerio de Justicia, 1994 p. 1602.

¹⁶⁵ El profesor Vicente-Arche parte de la idea de que la contribución al sostenimiento de los gastos públicos implica la tutela del interés recaudatorio y no, en cambio, el de evitar la asunción del coste de la actividad pública en beneficio de sujetos individualizables. Cfr. F. Vicente-Arche. «Apuntes sobre el instituto del tributo, con especial referencia al Derecho español», en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 7, 1975, pp. 460 y ss.

¹⁶⁶ Cfr. F. Vicente-Arche, «Apuntes sobre el instituto del tributo, con especial referencia al Derecho español», en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 7, 1975, pp. 465 y ss.; G. Casado Ollero. «El principio de capacidad y el control constitucional de la imposición indirecta (II). El contenido constitucional de la capacidad económica», en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 34, 1982, pp. 227 y ss.

¹⁶⁷ Sobre el debate doctrinal en la materia, ver F. Martín Fernández. *Tasas y Precios Públicos en el Derecho Español*. Madrid: Marcial Pons, 1995, pp. 127 y ss.

respecto a la fuente que justifica su existencia en la realidad jurídica: la financiación de la actividad pública. Lo que se requiere encontrar es el marco jurídico de protección de las personas frente a decisiones normativas que imponen este tipo de prestaciones.

Lo que me interesa resaltar es que, en los procesos de reforma de las finanzas públicas, el problema que inicialmente se planteó respecto del carácter contributivo de una tasa, ahora se reproduce con respecto a otras prestaciones impuestas que también sirven al objetivo de procurar medios financieros a la actividad pública, aunque no necesariamente son gestionados por el sector público. Hay cierto paralelismo en los debates antiguos y actuales.

Del mismo modo en que, en su momento, las tasas no podían ser excluidas del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos,¹⁶⁸ hoy tampoco parece razonable hacerlo con otras prestaciones coactivas con función financiera. Conviene recordar que en su momento, también se sostuvo que las tasas tenían como fuente constitucional, en el contexto español, exclusivamente en el género de las prestaciones patrimoniales de carácter público.¹⁶⁹ En muchos aspectos —generalmente formales o de competencia— es posible insertar a la tasa, como a cualquier otro tributo, en el conjunto mayor e indeterminado de las prestaciones patrimoniales de carácter público, precisamente, en atención a la relación de especie-género que vincula a estas instituciones jurídicas.

Una norma tributaria que establece una tasa se deriva directamente y constituye una manifestación más del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos por su finalidad financiera,¹⁷⁰ pero también por el hecho de que en su estructura es posible individualizar un índice de reparto del que se hace depender la participación de cada individuo en un determinado gasto público. El índice de reparto del gasto público que se emplea en la tasa está calificado por el vínculo de conmutatividad (beneficio o mera afectación) entre la actividad pública y el sujeto pasivo de la prestación. Solo a partir de la estructura de la norma que establece la tasa se puede colegir una correspondencia funcional entre ella y los intereses que se incluyen dentro del deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos.¹⁷¹ Evidentemente, esa relación funcional desvela el hecho de que la finalidad ordinaria en la tasa es la de

¹⁶⁸ «La tasa —anota Martín Fernández— como obligación tributaria, es una manifestación del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos», F. Martín Fernández. *Tasas y Precios Públicos en el Derecho Español*. Madrid: Marcial Pons, 1995, pp. 75.

¹⁶⁹ Agrega el profesor Vicente-Arche que el fundamento constitucional de la tasa puede ser encontrado en las «normas que facultan para imponer, en general, prestaciones patrimoniales a través de la Ley, pero no en la norma que establece el deber cívico de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos». F. Vicente-Arche. «Apuntes sobre el instituto del tributo, con especial referencia al Derecho español», en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 7, 1975, pp. 468.

¹⁷⁰ En este sentido Cfr. F. Sainz de Bujanda, «Reflexiones sobre un sistema de Derecho tributario español», en *Hacienda y Derecho*, v. III, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963, pp. 261 y ss.; J. Bayona de Perogordo y M. Soler Roch. *Derecho Financiero*, v. I, Alicante: Compás, 1989, pp. 693; F. Martín Fernández, *Tasas y Precios Públicos en el Derecho Español*. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 61; A. Agualló Avilés. *Tasas y precios públicos*. Lex Nova: Valladolid, 1992, p. 359.

¹⁷¹ El profesor Agualló Avilés considera también que la tasa es «uno de los medios de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, recaudado con ocasión de un servicio o actividad que se refiere, afecta o beneficia al sujeto pasivo». A. Agualló Avilés. *Tasas y precios públicos*. Lex Nova: Valladolid, 1992, p. 359.

allegar recursos financieros al Estado, fin que, por otra parte, es compatible con la promoción de otros intereses públicos.

De modo que las fórmulas de tipo retributivo para el financiamiento de la actividad prestacional pública corresponden a un momento que precede a la organización solidaria de la comunidad y que, por tanto, parecería que su empleo debiera resultar marginal, el rezago de una etapa superada. No es así. En su lugar se alienta y defiende su empleo dentro de lo que diríamos un modelo de gestión de la solidaridad: la comunidad no debería —se dice— asumir los costes de las actividades divisibles que tienen beneficiarios identificables. Una tesis de este tipo es sostenible si aquello que debe realizar el Estado como prestación no corresponde a la satisfacción de necesidades básicas para la realización de la persona. Si esto fuera así, no haría falta que sea el Estado el que asuma esta actividad o, por el contrario, si esto es así, le corresponde a la comunidad arbitrar los medios para que en la configuración del modelo de financiamiento de la actividad pública, la ausencia de capacidad económica del individuo no opere como un obstáculo que se impida que el acceso a una prestación básica y el goce y ejercicio de derechos fundamentales dependa de la condición económica del beneficiario de prestaciones encomendadas al Estado.

2. ¿El deber de contribuir a la financiación del gasto público se desarrolla únicamente a través del sistema tributario?

Hasta ahora nos hemos referido al deber de contribuir al sostenimiento del gasto público desde la perspectiva del sistema tributario, del modo en que siempre ha sido analizado. El abordaje del tema en el ámbito hispanoamericano de manera similar tiene explicación por la relevancia de la doctrina española en esos países, pero que, naturalmente, se refiere al asunto desde el enunciado del art. 31.1 de su Constitución.

En España, el sostenimiento de los gastos públicos como deber constitucional a cargo de los integrantes de la comunidad está vinculado explícitamente en el texto constitucional al sistema tributario, a través del que se concreta dicho deber. No obstante, las actividades encomendadas al Estado español, de hecho, están también financiadas a través de otras prestaciones que recaen sobre los integrantes de la comunidad que, sea por intervención del Tribunal Constitucional español o del mismo legislador, tienen una calificación de prestaciones no tributarias.¹⁷² He expuesto su

¹⁷² Ver, entre otros, R. Gómez-Ferrer Rincón. «Las prestaciones patrimoniales de carácter público y naturaleza no tributaria», en F. López Ramón [coord.], *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos*. Madrid: INAP, 2015, p. 63 y ss. [Asociación Española de Derecho Administrativo, X Congreso]; M. Alías Cantón. «Constitucionalidad de las nuevas prestaciones patrimoniales de carácter no tributario», en *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, núm. 5, 2018, pp. 40-53; E. Ortiz Calle. «Las prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario y el servicio público local de suministro domiciliario de agua», en *Tributos locales*, núm. 139, 2019, pp. 13-39; V. Alberto García Moreno. «Prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias. La importancia de la coactividad y del régimen de prestación del servicio público como determinante de la naturaleza de la contraprestación percibida: Contestación a consulta vinculante de la Dirección General de Tributos de 26 de diciembre (V3265-18)», en *Carta tributaria*, núm. 49, 2019; D. Ortiz Espejo. «Algunas reflexiones sobre la nueva categoría "prestaciones patrimoniales públicas no tributarios" introducida por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público», en *Tributos locales*, núm. 146, 2020, pp. 103-121; J. I. Gomar

evolución y tratamiento en el capítulo IV precedente con ocasión de la determinación de la naturaleza de las contraprestaciones que pagan los usuarios por servicios prestados en el contexto de un proyecto de APP.

Un primer grupo de prestaciones patrimoniales coactivas no tributarias son ingresos públicos y se administran a través del presupuesto público, este es el caso de los precios públicos por bienes o servicios en los que el beneficiario está sujeto a coacción formal o material.

Un segundo grupo de prestaciones, que tienen mayor interés para esta investigación, no tienen naturaleza tributaria y tampoco son gestionadas directamente por la Administración a través del presupuesto público. En este último rubro se encuentran, por ejemplo, las tarifas que paga un usuario al concesionario en España por expresa calificación legislativa, las cargas impuestas a ciertos sujetos en beneficio de otros sin aplicación del régimen presupuestario y, en general, lo que se ha dado en llamar «fondos extrapresupuestarios» sujetos a regímenes específicos de gestión.¹⁷³

Las tarifas que se pagan a un concesionario para acceder a un servicio público son la técnica a través de la cual los usuarios proveen los medios financieros necesarios como fuente de repago de las inversiones desarrolladas por un gestor privado en virtud del encargo realizado por Administración, y de los costes de operación y mantenimiento de la infraestructura asociada a la provisión de un servicio que es de titularidad pública. En otros términos, los ingresos del proyecto originados en los usuarios —cuando se trata de proyectos autofinanciados— financian una actividad pública gestionada de manera indirecta.

Los elementos comunes que son relevantes en estos dos grupos de prestaciones son: (i) las prestaciones están destinadas al financiamiento directo (precios públicos) o indirecto (tarifas del concesionario) de actividades que son de competencia pública y, fundamentalmente, (i) son prestaciones patrimoniales coactivas de carácter público, por calificación legislativa, en todos los casos cuando se trata de las tarifas que se pagan al

Sánchez. «¿Tasas flexibles en la gestión indirecta de los servicios públicos y/o potestad tarifaria materialmente tributaria?», en *Crónica tributaria*, núm. 103, 2002, pp. 59-76; D. González Ortiz. «La atribución legal de naturaleza jurídica a las contraprestaciones satisfechas coactivamente a empresas públicas y privadas», en *Quincena fiscal*, núm. 21, 2020, pp. 63-91; F. Velayos Jiménez. «¿Tributos o Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público?», en *Palau 14: Revista valenciana de hacienda pública*, núm. 31, 1998, pp. 199-216; M. Iglesias Caridad. «Las prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias», en *Nueva fiscalidad*, núm. 4, 2019, pp. 169-217; Ó. del Amo Galán. «Prestaciones patrimoniales de carácter público y jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Carta tributaria*, núm. 69, 2020; J. J. Pérez-Fadón Martínez. «Prestaciones patrimoniales de carácter público: definición y clases», en *Carta tributaria*, núm. 8, 2015, pp. 75-78; Ó. del Amo Galán. «Las prestaciones patrimoniales de carácter público. Aspectos prácticos», en *Carta tributaria*. Núm. 46, 2019; M. Alías Cantón. «De las exacciones parafiscales a las prestaciones patrimoniales de carácter público», en *Quincena fiscal*, núm. 5, 2018, pp. 149-164; A. González Pino. «La reordenación de las prestaciones patrimoniales de carácter público en las Haciendas Locales», en *Revista de estudios locales*. Cunal, núm. 23, 1998, pp. 30-35; J. Martín Fernández. «Modificaciones en tasas y otras prestaciones patrimoniales de carácter público», en *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación*, núm. 180, 1998, pp. 73-90.

¹⁷³ Ver al respecto, por ejemplo, R. Allen y D. Radev. *Fondos extrapresupuestarios*. Washington: FMI, 2010 [Notas técnicas y manuales 10/09]; R. Allen y D. Radev. «Managing and Controlling Extrabudgetary Funds», en *Journal on Budgeting*, vol. 6, núm. 4, 2006, pp. 7-36; International Budget Partnership (IBP). *Guía para la transparencia en las finanzas públicas. Buscar más allá del presupuesto central* [en línea]. Washington: IBP, 2011 [consulta: 23/01/2021]. Disponible: www.internationalbudget.org.

concesionario y, en el caso de los precios públicos, cuando la persona esta sujeta a coacción frente al prestación que debe retribuir.

Los dos supuestos que importan son aquellos que dentro del género de prestaciones señaladas la situación material de los individuos es idéntica a la que se encontrarían las personas ante una prestación de carácter tributario, es decir, se trata de prestaciones patrimoniales coactivas destinadas a financiar una actividad de titularidad del Estado, incluso en el caso de que los ingresos derivados no sean gestionados directamente a través del presupuesto público. En el caso de las prestaciones patrimoniales coactivas que no constituyen ingresos públicos se sustituye un gasto gestionado a través del presupuesto público, liberando temporalmente recursos públicos disponibles. Cualquiera sea el gestor de la actividad vinculada a la contraprestación que se excluye del flujo financiero público, los individuos que deben soportar las cargas autorizadas por un acto normativo, se encuentran en una situación similar a la que se encuentran los individuos frente al sistema tributario, pero sin las garantías formales y materiales que se han desarrollado con mayor grado de detalle para los tributos.

Se suscitan entonces la siguiente pregunta desde la perspectiva constitucional española: ¿El deber de contribuir al sostenimiento del gasto público se realiza únicamente a través del sistema tributario? La cuestión se puede extender al ámbito hispanoamericano en todos los casos en que el deber de contribuir al financiamiento del gasto público se encuentre ligado al sistema tributario. Nótese, no obstante, que este no siempre es el caso en el ámbito hispanoamericano. Por ejemplo, la Constitución colombiana, en el art. 95.9, fija el deber de «[c]ontribuir al financiación de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad» sin relación con el sistema tributario.

A la pregunta planteada caben dos respuestas posibles, con efectos distintos:

Primero, si el deber de contribuir al sostenimiento se realiza a través de prestaciones como las descritas, tales prestaciones estarían sujetas al criterio de evaluación y control de la capacidad económica conectado directamente —en el art. 31.1 de la Constitución española— al deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos,¹⁷⁴ cualquiera sea el alcance que se le dé al principio para su aplicación a esta categoría de prestaciones contributivas.

Una tesis en este sentido se sostendría en la idea de que este tipo de prestaciones también cumplen una función financiera pública de modo principal y, además, cuando se trata de prestaciones patrimoniales coactivas de carácter público, el caso también se describe como una imposición practicada en ejercicio de una potestad pública con arreglo a la ley. Estas dos características son idénticas a las que corresponden a todo tributo y, en este sentido, integran el sistema tributario de manera diferenciada por mantener una regulación específica. La diferencia entre estas figuras y las instituciones tributarias tradicionales estaría precisamente en un tipo de regulación descodificada, pero no en los límites que deben satisfacer desde la perspectiva constitucional. El legislador, de hecho, no tiene límite alguno para reorganizar el sistema tributario en la medida en que no afecte los límites constitucionales.

¹⁷⁴ Ver D. González Ortiz. «El concepto constitucional de tributo como determinante de la extensión del ámbito de aplicación del principio de capacidad económica», en *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 180, 2018, pp. 53-95.

Segundo, por el contrario, si se considera que no hay contribución al sostenimiento de los gastos públicos a través de prestaciones como las descritas, fundados en el hecho de que el art. 31.1 de la Constitución es explícito en señalar que el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos se realiza «mediante un sistema tributario justo» y entendemos que por tal sistema nos referimos a las instituciones tributarias tradicionales, existen, a su vez, dos escenarios:

El fundamento constitucional para la imposición de prestaciones de carácter financiero tendría que encontrarse en un régimen distinto al previsto en el art. 31.1 de la Constitución española y determinarse como límites aquellos que resultan generales para la intervención pública en virtud de la igualdad y la propiedad privada. En este sentido, la regla conforme a la cual es posible imponer prestaciones patrimoniales de carácter público siempre que sea con arreglo a ley del art. 31.3 de la Constitución española, ha sido en la práctica el criterio empleado por el Tribunal Constitucional español,¹⁷⁵ como lo hemos explicado ya en el capítulo IV precedente. En cuanto a los límites constitucionales, además de una reserva de ley muy relativa, en lo material la búsqueda del marco constitucional ha estado ligada a la función de la igualdad y los restantes derechos constitucionales como límites a las imposiciones de carácter no tributario.¹⁷⁶

Igual criterio es aplicable para el caso en la mayor parte de los países hispanoamericanos,¹⁷⁷ en los que el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos se suele conectar también con el sistema tributario y la configuración del sistema a través de las figuras clásicas de su codificación inicial.

Por otra parte, en un segundo escenario, también es posible pensar que la extracción desde el ámbito del sistema tributario de estas prestaciones impuestas de naturaleza financiera no es más que otro caso de huida a las exigencias del sistema

¹⁷⁵ He referido ya el tratamiento de las prestaciones patrimoniales de carácter público que el Tribunal Constitucional en las SSTC 185/1995; 182/1997; 233/1999; 63/2003; 150/2003; 245/2004; 102/2005; 121/2005; 122/2005; 101/2009; 116/2009; 146/2009; 161/2009; 74/2010; 83/2014; 44/2015; 62/2015; 139/2016; 196/2016; 197/2016; 198/2016; y 63/2019.

¹⁷⁶ Cfr. R. Gómez-Ferrer Rincón. «Las prestaciones patrimoniales de carácter público y naturaleza no tributaria», en F. López Ramón [coord.]. *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos*. Madrid: INAP, 2015, p. 63 y ss. [Asociación Española de Derecho Administrativo, X Congreso].

¹⁷⁷ [Chile] Constitución, art. 19.20 («La Constitución asegura a todas las personas: [...] 20º.- La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas.- En ningún caso la ley podrá establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos.- Los tributos que se recauden, cualquiera que sea su naturaleza, ingresarán al patrimonio de la Nación y no podrán estar afectos a un destino determinado. Sin embargo, la ley podrá autorizar que determinados tributos puedan estar afectados a fines propios de la defensa nacional. Asimismo, podrá autorizar que los que gravan actividades o bienes que tengan una clara identificación regional o local puedan ser aplicados, dentro de los marcos que la misma ley señale, por las autoridades regionales o comunales para la financiación de obras de desarrollo»)

tributario,¹⁷⁸ con la misma estrategia que en su momento fue denunciaba en el caso de la contratación pública y las exigencias del Derecho administrativo.¹⁷⁹

Materialmente parece que es indiscutible que las imposiciones que se han ido incorporando a los sistemas jurídicos con naturaleza no tributaria (tarifas a favor del gestor privado, por ejemplo) y las que se han extraído del sistema tributario (precios públicos, por ejemplo), en función de las necesidades coyunturales de gestión y con la venia del juez constitucional, son medios directos o indirectos para el financiamiento de la actividad pública, con independencia de que no estén sujetos al régimen tributario codificado y común.

Este proceso ha ido debilitando las garantías originalmente previstas en el sistema jurídico tanto en lo que respecta al carácter de la ley como garantía de autoimposición,¹⁸⁰ como en los desarrollos alcanzados en principios materiales como el de capacidad económica. La descodificación del régimen de imposiciones compulsivas sobre las personas para atender las necesidades de financiación de la actividad pública obliga a reconsiderar el concepto mismo de tributo para restablecer el régimen de protección de las personas,¹⁸¹ pero también en un esfuerzo de actualización sistemática como se lo hizo en los albores de la disciplina.

Más allá de los problemas específicos en España, lo cierto es que las relaciones de naturaleza económica de los individuos con el Estado parecen estar sometidas a la

¹⁷⁸ Ver F. Aguayo Serrano y E. De Linares Galindo. «Tarifas de tasas y tarifas de precios públicos por presentación de servicios de competencia local. Huída del Derecho público (tributario). Un supuesto consentido», en *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, núm. 13, 2004, pp. 2235-2240; E. Ortiz Calle. «Huída del derecho tributario y derechos de los ciudadanos: naturaleza jurídica de la prestación patrimonial por el servicio público de abastecimiento domiciliario de agua», en *Tributos locales*, núm. 111, 2013, pp. 143-172.

¹⁷⁹ Ver M. Barrio Andrés. «La huída del Derecho Administrativo y sus nefastas consecuencias para las Administraciones Públicas», en *Diario La Ley*, núm. 7664, 2011.

¹⁸⁰ Ver C. Checa González. «La crisis del principio de reserva de ley en materia tributaria», en *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 145, 2010, pp. 5-40.

¹⁸¹ Ver los trabajos en relación con el asunto de R. Coello Cetina. «El concepto constitucional de tributo», en *Memorias de los Seminarios de Derecho Constitucional Tributario 2005-2006*, vol. 2, t. 2, 2007, pp. 1291-1371; C. García Novoa. «La problemática del concepto constitucional de tributo», en *Dereito: Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 13, núm. 1, 2004, pp. 41-53; P. Yebra Martul-Ortega. «Concepto constitucional de tributo», en *Dereito: Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 13, núm. 1, 2004, pp. 311-357; P. M. Herrera Molina. «La irrelevancia jurídica del "Concepto constitucional de tributo"», en *Quincena fiscal*, núm. 21-22, 2003, pp. 38-45; C. Romero Molina, L. Bernal Sánchez y E. Soto Contreras. «El concepto de tributo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia», en *DIXI*, núm. 15, 2012, pp. 118-133; A. J. Martín Jiménez. «Notas sobre el concepto constitucional de tributo en la jurisprudencia reciente del TC», en *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 106, 2000, pp. 181-212; G. Orón Moratal. «Notas sobre el concepto de tributo y el deber constitucional de contribuir», en *El sistema económico en la Constitución española*, vol. 2, 1994, pp. 1587-1602; C. García Novoa. *El concepto de tributo*. Madrid: Marcial Pons, 2012; F. Zuzunaga del Pino y S. Vega León Cabrera. «"No tiene color y tampoco es rojo". Aciertos y desaciertos del tribunal Constitucional en torno al concepto del tributo», en *THEMIS: Revista de Derecho*, núm. 55, 2008, pp. 225-242; J. Lay Lozano. «El aspecto constitucional del tributo», en *Lex*, vol. 13, núm. 16, 2015; R. Falcón y Tella. «El concepto de tributo "desde la perspectiva constitucional" y la supresión del párrafo segundo del art. 2.2.a) LGT», en *Quincena fiscal*, núm. 11, 2011, pp. 7-12; J. Ramallo Massanet. «Tasas, precios públicos y precios privados (hacia un concepto constitucional de tributo)», en *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 90, 1996, pp. 237-274.

prohibición de confiscación vinculada con el derecho de propiedad¹⁸² y, en lo que nos interesa discutir, a las exigencias del principio de igualdad —no solo formal, sino también material—, como un estándar internacional y más allá de las peculiaridades de cada sistema constitucional. Al desarrollo de estas ideas dedicamos los siguientes apartados.

3. La igualdad como límite en el ejercicio de la libertad de configuración jurídica del legislador y los criterios de comparación entre las personas llamadas a contribuir al sostenimiento de los gastos públicos

El Tribunal Constitucional español ha señalado que el legislador, a la hora de configurar las diversas figuras tributarias, actuación reclamada por los arts. 31.3, 132, apartados 1 y 2 de la CE, es inicialmente libre,¹⁸³ con el límite de la «subsistencia equilibrada» de los «imperativos constitucionales, que no podrán abolirse entre sí en su respectivo despliegue».¹⁸⁴

Con esta consideración, la manera de estructurar una prestación patrimonial coactiva en función del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos es una atribución que el legislador debe ejercerla en un marco constitucional que fija determinados límites. Luego, la legitimidad de la actuación del legislador, en uso de su libertad de configuración jurídica, está condicionada por la posibilidad de que la opción escogida contraría o no los imperativos constitucionales de los que depende la configuración de un sistema tributario justo.

En el caso español, de acuerdo con el art. 31.1 de la Constitución, todos deben contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica y lo hacen a través de un sistema tributario ajustado a los principios de igualdad y progresividad y a la prohibición de confiscación.¹⁸⁵ En la formulación constitucional española el deber de contribuir al sostenimiento del gasto público, por una parte, tiene como límite material explícitamente señalado el de la capacidad económica de quien está llamado a satisfacerlo y, por otra, queda determinado que el deber referido se concreta a través de un sistema tributario desarrollado por el legislador a cuya tarea se aplican como límites, entre otros, el impuesto por el principio de igualdad. Como se sabe, además, la igualdad en el sistema jurídico español aparece como un valor superior del ordenamiento jurídico,¹⁸⁶ un principio¹⁸⁷ y un derecho.¹⁸⁸

¹⁸² Ver, por ejemplo, [Unión Europea] Tribunal Europeo de Derechos Humanos. M.A. y otros 34 contra Finlandia (dec.), núm. 27793/95, 10 de junio de 2003; Imbert de Trémiolles contra Francia (dec.), 25834/05 y 27815/05 (acumuladas), 4 de enero de 2008; Spampinato contra Italia (dec.), núm. 69872/01, 29 de marzo de 2007; y Wasa Liv Ömsesidigt, Försäkringsbolaget Valands Pensionsstiftelse contra Suecia, núm. 13013/87, decisión de la Comisión de 14 de diciembre de 1988, decisiones e informes 58, pág. 186.

¹⁸³ [España] Tribunal Constitucional. STC 11/1981, FJ 7. Ahí señala que «la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo» por lo que no le corresponde al Tribunal imponer una de ellas.

¹⁸⁴ [España] Tribunal Constitucional. STC 19/1987, FJ 5.

¹⁸⁵ [España] Constitución española, art. 31.1.

¹⁸⁶ [España] Constitución española, art. 1.1.

La igualdad es la primera norma que debe ser respetada por el legislador en la configuración del sistema tributario y, en general, en cualquier decisión normativa que implique la distribución de las cargas públicas de naturaleza económica o no. Pero, como se ha señalado en las premisas compartidas al iniciar este capítulo, la igualdad puede ser concebida como igualdad en la regulación y aplicación del sistema jurídico, esto es, la igualdad formal; y, como fin o función del sistema jurídico, o igualdad material.

En España, son pertinentes para la configuración del sistema tributario dos normas que incluyen la igualdad. Por una parte, está la regla general de la igualdad formal contenida en el art. 14 de la Constitución y, por otra, la que, calificada la igualdad como principio, caracteriza un sistema tributario justo y se encuentra incluida el art. 31.1 *ibidem*. En el sistema español, más allá de su conexión,¹⁸⁹ la diferencia es relevante por el tipo de garantía jurisdiccional que se aplica, asunto que no es común en los sistemas jurídicos hispanoamericanos. Mientras la igualdad formal del art. 14 de la Constitución española habilita el uso del recurso de amparo,¹⁹⁰ las vulneraciones al principio de igualdad —específicamente tributario— únicamente habilitarían la interposición de un recurso de inconstitucionalidad o una cuestión de inconstitucionalidad.

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español el criterio de diferenciación más relevante entre estas dos normas constitucionales está, precisamente, en que el art. 14 de la Constitución proscribe diferencias en la ley o en su aplicación basadas en razones subjetivas o cualidades personales de los sujetos; mientras que el principio de igualdad tributaria del art. 31.1 de la Constitución, conectado a los principios de capacidad económica y progresividad, habilitaría diferencias basadas en razones objetivas atinentes a la renta, el patrimonio o el consumo como manifestaciones de la capacidad económica susceptible de imposición.¹⁹¹

Como se observa, el principio de igualdad tributaria estaría vinculado con la idea de equidad en cuyo ámbito está la necesidad de buscar los criterios relevantes para diferenciar las situaciones que permitan alcanzar la igualación de los sujetos en la distribución de las cargas y beneficios públicos, en este caso, en razón de la capacidad económica. En este sentido, el Tribunal Constitucional español ha desvinculado la

¹⁸⁷ [España] Constitución española, art. 31.1. Cuando se refiere, por ejemplo, al sistema tributario.

¹⁸⁸ [España] Constitución española, art. 14. Ver el trabajo clásico de A. Pérez Luño. «Sobre la igualdad en la Constitución española», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 4, 1987, pp. 133-152; y, los más recientes de, M. J. Añón Roig. «Los principios y valores que guían los derechos: igualdad», en F. J. de Lucas Martín y J. M. Rodríguez Uribe (coord.). *Derechos humanos y constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 103-123; R. Aguilera Portales. «El principio de igualdad como valor normativo del estado social y democrático de derecho», en *Isotimia*, núm. 1, 2009, pp. 103-131; o, en el ámbito específicamente tributario, ver E. M. Sánchez Sánchez. *El principio de igualdad en materia tributaria*. Cizur Menor: Thomson-Reuters Aranzadi, 2016; Á. Rodríguez Bereijo. Igualdad tributaria y tutela constitucional: Un estudio de jurisprudencia (Igualdad tributaria del art. 31.1 CE e igualdad ante la ley del art. 14 CE: el problema del recurso de amparo en materia tributaria). Madrid: Marcial Pons, 2011; o M. T. Mata Sierra. *El principio de igualdad tributaria*. Cizur Menor: Aranzadi, 2009.

¹⁸⁹ [España] Tribunal Constitucional. SSTC 209/1988 y 45/1989.

¹⁹⁰ [España] Constitución española, art. 53.2, en relación con los arts. 14 a 30.

¹⁹¹ Cfr. A. Rodríguez Bereijo. Igualdad tributaria y tutela constitucional. Un estudio de jurisprudencia (Igualdad tributaria del art. 31.1 CE e igualdad ante la ley del art. 14 CE: el problema del recurso de amparo en materia tributaria). Madrid: Marcial Pons, 2011, pp. 167 y ss.

igualdad formal¹⁹² con el art. 9.2 de la Constitución¹⁹³ referido a la promoción de la igualdad real y efectiva.

Ahora bien, el art. 14 de la CE posibilita al legislador configurar el sistema jurídico con las siguientes limitaciones:¹⁹⁴

- No podrán diferenciarse en la ley las situaciones que puedan considerarse iguales, si no media una justificación objetiva y razonable.
- Las consecuencias derivadas de la norma no podrán diferenciarse, si los supuestos que les dan origen son iguales. De tal manera que no hay discriminación si las consecuencias son diversas en razón de supuestos disímiles, en atención a la consecución de fines constitucionalmente lícitos.¹⁹⁵
- Toda diferenciación, en los supuestos y en las consecuencias, no podrá ser artificiosa o injustificada, y, al contrario, deberá ser fundada en «criterios objetivos y suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados»
- Solo las diferenciaciones realizadas de manera adecuada y proporcionada al fin constitucional son legítimas, por lo que la legitimidad del fin constitucional no basta para afirmar que la diferenciación realizada pueda serlo. La medida, sus efectos y el fin han de guardar una relación de equilibrio y proporcionalidad.

Desde esta perspectiva, la igualdad formal no exige un determinado criterio de comparación entre los sujetos llamados a contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, únicamente proscribe la discriminación y diferencias de tratamiento o aplicación del sistema jurídico que resulten arbitrarias.¹⁹⁶ La igualdad formal se suele presentar como límite al ejercicio de la competencia del legislador y no precisamente como el fundamento de los criterios que se emplean en la configuración de la figuras con las que el legislador estructura el sistema con el que se concreta el deber de contribuir en la financiación pública.

Por esta razón, es posible que la igualdad formal opere a través de criterios como el de equivalencia que se emplea en tasas y contribuciones especiales.

¹⁹² [España] Tribunal Constitucional. STC 49/1982, FJ 2. Ahí se señala: «La igualdad a que el art. 14 se refiere que es la igualdad jurídica o igualdad ante la ley, no comporta necesariamente una igualdad material o igualdad económica real y efectiva. Significa que a los supuestos de hecho iguales deben serle aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados».

¹⁹³ [España] Constitución española, art. 9.2 («2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social»).

¹⁹⁴ [España] Tribunal Constitucional. STC111/1990, FJ 9.

¹⁹⁵ [España] Tribunal Constitucional. STC19/1987, FJ 3.

¹⁹⁶ Cfr. C. Palao Toboada. «Los límites del control de constitucionalidad de la legislación fiscal», *El reparto de la carga fiscal*, v. II, Madrid, Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, 1975, p. 717. La manera de definir la función en sentido negativo del control constitucional, la hemos tomado de A. Rodríguez Bereijo. «Los principios de la imposición en la jurisprudencia constitucional española», en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 100, 1998, p. 594.

Por supuesto, la igualdad formal autoriza el uso del principio de capacidad económica en los términos del art. 31.1 de la Constitución española como criterio de diferenciación razonable entre los sujetos llamados a contribuir, por lo que no habría afectación en la igualdad jurídica si la diferencia se basa en tal criterio.

No obstante, a diferencia de la igualdad formal, el criterio de equidad exige el diseño de las cargas públicas en función de un específico de distribución, la capacidad económica. De modo que, cualquiera sea la figura que el legislador incorpore al sistema jurídico para financiar la actividad pública a través de la participación de los integrantes de la comunidad, cuando esta no se configura atendiendo las exigencias de la capacidad económica, puede ser respetuosa de la igualdad formal, pero tendencialmente inequitativa.

En los siguientes apartados hacemos una revisión panorámica de los criterios de distribución de las cargas tributarias, para luego concentrarnos en la extensión del criterio de capacidad económica, como aptitud subjetiva y criterio de comparación entre los individuos en la distribución de las cargas públicas de naturaleza económica para la financiación de la actividad pública, conceptos en los que estimo incorporadas todas las prestaciones patrimoniales coactivas con carácter financiero, estén o no gestionadas directamente por la Administración.

D. LA IGUALDAD Y EL PRINCIPIO DE CAPACIDAD ECONÓMICA EN MATERIA TRIBUTARIA

1. Las aplicaciones del principio de capacidad económica

(a) Desvalorización inicial del principio de capacidad económica

Dentro de una concepción estatista y autoritaria de la obligación tributaria, el establecimiento de límites materiales a la soberanía del Estado en uno de los ámbitos en los que ejercita sus derechos públicos subjetivos, el principio de capacidad económica no podía tener relevancia alguna.

En relación con el art. 53 de la Constitución italiana se había señalado, por ejemplo, que el principio de capacidad económica «[...] tiene un sentido en cuanto orienta a hacer ciertas valoraciones [...] entre las muchas posibles [...]. Pero si en base a una norma se pudiera quitar eficacia a una ley, el Parlamento sería prácticamente sometido por la primera a ejercitar en un modo dado su poder legislativo en materia tributaria. Esto es inadmisibile. Fuente constitucional del direccionamiento político del Parlamento es el pueblo».¹⁹⁷

Esta idea, superada en referencia al régimen que limita la potestad de imposición, para estar presente todavía en el estudio del presupuesto como instrumento básico de ordenamiento del gasto público.

En la misma sistematización inicial del Derecho tributario es posible, precisamente por su base estatista y autoritaria, encontrar una clara desvalorización del principio en análisis. El mismo A. D. Giannini señaló que «la simple expresión

¹⁹⁷ S. Bartholini. Il principio di legalità dei tributi in materia di imposta. Padua: CEDAM, 1957, p. 99.

“capacidad contributiva” no es idónea, en su indeterminación, a constituir un precepto jurídico y tampoco uno de sus elementos». ¹⁹⁸

La idea de que el principio de capacidad económica constituía una «caja vacía» que podría ser llenada de cualquier contenido o bien una simple tautología — «concurrir sobre la base de la capacidad de concurrir» ¹⁹⁹— fue superada por el uso práctico que le dieron los tribunales al principio, partiendo de la afirmación de que en la Constitución no existen normas con un carácter meramente programático, ²⁰⁰ entre las cuales se incluía el principio de capacidad económica.

(b) Capacidad económica como criterio autónomo de control de la validez de los tributos: índice de riqueza y criterio de imposición

(i) Evolución las tesis en torno al principio de capacidad económica

La investigación dirigida a encontrar un contenido específico para del principio de capacidad económica la inició E. Giardina, ²⁰¹ quien evidenció que éste se identifica con la titularidad de una riqueza disponible, por lo que el legislador no podría de modo alguno escoger como presupuesto de la norma que fija el tributo un supuesto no calificable como índice de «fuerza económica», aunque sea de manera indirecta, predicable en «la normalidad de los casos» previstos en la norma constitucional.

En esta concepción, el legislador ordinario no puede sobrepasar el límite impuesto en la elección de los hechos a los cuales vincular el nacimiento de la obligación tributaria, aun cuando sus valoraciones sean inspiradas en elementos de naturaleza política, social, económica o técnica.

La referencia a la riqueza disponible como límite en la potestad de ordenamiento en materia tributaria se restringe al *an* del tributo. La doctrina, luego del planteamiento de Giardina, ha intentado buscar en el principio, aún vago e impreciso, parámetros idóneos para juzgar la legitimidad de la exacción tributaria también en su *quantum*.

Gaffuri ²⁰² en el orden de desarrollo del contenido del principio de capacidad económica dedicó sus esfuerzos a establecer un criterio de medida derivado de la vinculación del principio con el régimen económico previsto en la Constitución. Sostuvo que el contenido del principio de capacidad no se puede agotar en la exigencia de mera fuerza económica en la elección del presupuesto para el nacimiento de la obligación tributaria, pues, de lo contrario, se efectuaría una interpretación «involutiva», en el sentido de que la norma constitucional no agregaría nada distinto a lo que ya se

¹⁹⁸ A. D. Giannini. *I concetti fondamentali del diritto tributario*. Turín: UTET, 1956, p. 74

¹⁹⁹ Cfr. E. Giardina, *Le basi teoriche del principio di capacità contributiva*, Milano, A. Giuffrè, 1961, p. 3; E. De Mita, «Il principio di capacità contributiva», en *Interesse fiscale e tutela del contribuente*, A. Giuffrè, Milano, 2000, p. 80 y también en *Nuevo Digesto*, 4ta. ed., voz correspondiente.

²⁰⁰ En Italia, véase la SCCI 1/1956; y, en España las SSTC 16/1982 y 80/1982.

²⁰¹ Ver E. Giardina, *Le basi teoriche...*, op. cit. Giardina sostiene la aplicación generalizada del principio de capacidad contributiva, inclusive en las tasas, aunque entienda que en los modernos ordenamientos tributarios el principio base sobre el que se asientan sea el de capacidad económica, se posible la aplicación marginal del principio del beneficio que incluye los elementos más razonables y modernos de la teoría del intercambio. Cfr. E. Giardina, *Le basi teoriche...*, op. cit., pp. 457 ss.

²⁰² Ver G. Gaffuri. *L'attitudine alla contribuzione*. Milano: Giuffrè, 1969.

encontraba previsto en el ordenamiento constitucional.²⁰³ Es necesario —señala el autor— una calificación de la fuerza económica, derivada sistemáticamente de los principios constitucionales que garantizan la organización privada de los medios productivos; por lo que, la aptitud a la contribución está dada por la fuerza económica que resulta de actividad productiva, siendo ilegítima toda imposición que recaiga sobre el patrimonio, en la medida en que tal gravamen implicaría una expropiación oculta de la riqueza privada. La imposición, en razón de su entidad y naturaleza, no puede contrariar el sistema de economía mixta previsto en la Constitución, por lo que el legislador no podría suprimir la fuente productiva del individuo, ni gravar en tal magnitud (60%, decía) la renta que haga imposible la participación del individuo en la economía.

Manzoni²⁰⁴ introdujo la idea de que el principio de capacidad económica constituye al mismo tiempo «presupuesto, límite y parámetro de la imposición», partiendo de la calificación del deber tributario como un deber de solidaridad y de la interpretación del principio dentro de las mismas coordenadas conceptuales. El contenido del principio está dado por la situación del sujeto llamado al concurso del gasto público que se revela como una realidad concreta y objetivamente valorable que obliga al legislador a adecuar el entero sistema tributario, así como cada figura a esa única aptitud subjetiva.

F. Moschetti²⁰⁵ representa el otro extremo de las tesis que desvalorizan el principio tratado. Entiende que el principio de capacidad económica expresa una exigencia de justicia en materia fiscal y que, por ello, debe ser armonizada con los restantes valores constitucionales. De esta manera es posible extender su contenido hasta el punto en que sea posible describir el principio a través de la síntesis de todos los valores vinculados:

[S]i la capacidad económica [índice de riqueza] constituye la condición necesaria, mas no suficiente, de la capacidad contributiva (es capacidad contributiva solo en cuanto sea cualificada en los fines sociales) [...] es por ello requerido que iguales capacidades económicas que demuestren diversas aptitudes para satisfacer los fines colectivos sean tratadas en correspondencia a estos últimos.²⁰⁶

En lo que respecta al ámbito objetivo del principio, entiende que no toda entrada pública es apta para realizar el concurso al gasto público, sino solamente aquellas a las que se puede calificar como solidarias;²⁰⁷ desde esta perspectiva, excluye como objeto del principio a las tasas. De otra parte, el principio exige la referencia a una aptitud

²⁰³ En el Estatuto Albertino, como en la Constitución de Weimar y las francesas se incluía como referencia para el establecimiento de los tributos, la «riqueza».

²⁰⁴ Ver I. Manzoni. *Il principio di capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano*. Turín: Giappichelli, 1965

²⁰⁵ Ver F. Moschetti. *Il principio di capacità contributiva*. Padua: CEDAM, 1973; y, F. Moschetti. «Profili generali», en F. Moschetti (dir.). *La capacità contributiva*. Padua: CEDAM, 1993

²⁰⁶ F. Moschetti. *Il principio di capacità contributiva* Padua: CEDAM, 1973, p. 240.

²⁰⁷ No se incluyen dentro del ámbito objetivo del principio de capacidad económica, las entradas pecuniarias cuyo presupuesto consiste en la violación de un deber jurídico, las que constituyen una específica contraprestación a la prestación de un servicio público o el gozo de bienes y servicios públicos, las entradas tributarias con carácter conmutativo, entre las que se encuentran las tasas. Cfr. F. Moschetti. *Il principio di capacità contributiva*. Padua: CEDAM, 1973, pp. 98 ss.

efectiva, cierta y actual en la elección del presupuesto de hecho y los métodos de aplicación del tributo.

(ii) *La capacidad económica en España: índice de riqueza y criterio de imposición*

En el ámbito de la doctrina y jurisprudencia españolas, estas ideas fuerza de la capacidad económica, como criterio autónomo de control de la validez de los tributos, también han sido planteadas, aunque desde diversas perspectivas.

El Tribunal Constitucional español, muy temprano, en la STC 27/1981,²⁰⁸ señaló que «[c]apacidad económica a efectos de contribuir a los gastos públicos, tanto significa como la incorporación de una exigencia lógica que obliga a buscar la riqueza allí donde la riqueza se encuentra», pero, al mismo tiempo, se aclara que el mero respeto a esta lógica no implica la realización de un sistema tributario justo. Lo que podría exigir «la estimación individualizada de cada caso, con respecto a cada uno de los tributos que integran el sistema tributario y en cualquier supuesto en orden al sistema tributario mismo, como conjunto, atendidas las variantes circunstancias sociales y económicas».

En otra ocasión, señaló «[b]asta que dicha capacidad económica exista como riqueza o renta real o potencial en la generalidad de los supuestos contemplados por el legislador al crear el impuesto, para que aquel principio constitucional quede a salvo»,²⁰⁹ y, en sentido contrario, se vulneraría el principio «en aquellos supuestos en los que la capacidad económica gravada por el tributo sea, no ya potencial, sino inexistente, virtual o ficticia».²¹⁰

Aunque la determinación del contenido del principio de capacidad económica realizada no es categórica, dos son las ideas que el Tribunal Constitucional español introdujo en el análisis:

- La necesidad de encontrar un «contenido mínimo» del principio: la búsqueda de la riqueza donde ella se encuentre en la determinación de un principio con referencia subjetiva, implica la calificación del objeto —riqueza— sobre el que recae el gravamen en correspondencia con su titular.
- La delimitación del «alcance» de un principio que, sin agotar la justicia del sistema tributario, ha de ser aplicado a cada tributo y al sistema tributario considerado en conjunto. El principio de capacidad económica puede ser estudiado en referencia a cada tributo —y sus categorías— y en función del sistema tributario considerado globalmente.

El contenido mínimo de la capacidad económica, esto es, la existencia de riqueza gravable atribuida al sujeto se ha mantenido en el tiempo. En efecto, el Tribunal

²⁰⁸ Se resuelve un recurso de inconstitucionalidad propuesto con relación a los arts. 36, 37, 38 y 43 de la Ley 74/1980, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1981. El primero de estos artículos introduce modificaciones a la modalidad del beneficio que ya se venía concediendo en el régimen anterior (Ley 44/1978) al contribuyente que obtiene un incremento del patrimonio por enajenación de su vivienda habitual. Esta alteración implica que el contribuyente, en las mismas circunstancias, obtiene un incentivo fiscal cuyo tratamiento técnico es distinto, pero no así su naturaleza y finalidad. La norma es impugnada por vulneración del art. 31.1 de la CE.

²⁰⁹ SSTC 37/1987, FJ 13 y STC 186/1993, FJ 4.

²¹⁰ [España] Tribunal Constitucional. SSTC 26/2017, FJ 3; 37/2017, FJ 3; 59/2017, FJ 3; y 72/2017, FJ 3.

Constitucional español, en la STC 126/2019,²¹¹ con ocasión de la revisión de la constitucionalidad del régimen del impuesto de plusvalía que estaba previsto en los arts. 107.4 (base imponible) y 108.1 (tipo) de la LHL, encontró que el cálculo de la cuota tributaria según las prescripciones analizadas resultaba superior al valor de la ganancia patrimonial neta obtenida. En este contexto, manifestó que la parte de la cuota que excede a la plusvalía obtenida es una renta inexistente que vulnera el principio de capacidad económica, calificado como «instrumento legitimador del gravamen».

El profesor Casado Ollero considera necesaria la diferenciación entre capacidad económica, concebida como fuente o sustrato de la imposición, y la capacidad como criterio para la contribución al sostenimiento de los gastos públicos:²¹² «[s]olo poseen aptitud para ser gravadas por impuestos las situaciones económicas que ponen de manifiesto la existencia de unos recursos útiles y escasos que están disponibles a título definitivo para alguien».²¹³ Si la función del tributo es hacer efectivo el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, su estructuración exige²¹⁴ la búsqueda de una fuente de riqueza de donde obtener un flujo dirigido a ese propósito.²¹⁵ La capacidad económica actúa como criterio en la imposición cuando constituye la «razón determinante y justificativa de la sujeción del tributo y del quantum de contribución fiscal».²¹⁶

El principio, así entendido, se refiere a los elementos objetivos del tributo; exige que tanto el hecho imponible como el medio de cuantificación de la obligación derivada de aquel, se adecuen a la capacidad económica. Desde la perspectiva del objeto, el principio implica exigencias que constituyen límites a la potestad de imposición: «no es posible un tributo cuyo hecho imponible y sus demás elementos no reflejen un índice de riqueza». Pero, además, el legislador no solo debía configurar la norma tributaria de tal manera que sus hechos imponibles fueran manifestación de un índice de riqueza que se produzca generalmente en los casos contemplados, sino que, los casos concretos que se adecuen al supuesto normativo, pero en los que no exista efectivamente la capacidad económica proclamada por la norma para la normalidad de los supuestos, debían ser

²¹¹ [España] Tribunal Constitucional. STC126/2019, de 31 de octubre

²¹² Cfr. G. Casado Ollero, «El principio de capacidad y el control constitucional de la imposición indirecta (II). El contenido constitucional de la capacidad económica», en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 34, 1982, p. 190.

²¹³ J. Pérez de Ayala y E. González. *Derecho Tributario*, v. I. Salamanca: Plaza Universitaria Ediciones, 1994, p. 158. Esas situaciones —dicen los autores— son: a) la existencia de una renta neta, a lo largo de un período de tiempo; b) La existencia de un patrimonio neto en una determinada fecha; y c) El gasto por el que se dispone de parte de una renta o de parte del patrimonio neto, en un determinado instante.

²¹⁴ Se trata de uno de los elementos ontológicos del tributo o lo que se ha denominado «estructuras lógico-objetivas». Cfr. C. Palao Toboada, «Apogeo y crisis del principio de capacidad contributiva», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, v. II, Madrid: Tecnos, 1976, p. 423.

²¹⁵ «[S]i el tributo es por definición una detracción coactiva de riqueza, mal puede devengarse un tributo allí donde riqueza no hay aunque ello suponga, claro está, una concepción extremadamente vaga y contenido demasiado pobre del principio de capacidad (...) Ello supone que la tributación según la riqueza constituye en la actualidad un requisito antes requerido por las leyes de la lógica que por los imperativos de la Justicia». G. Casado Ollero, «El principio de capacidad y el control constitucional de la imposición indirecta (II). El contenido constitucional de la capacidad económica», en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 34, 1982, pp. 191 y 192.

²¹⁶ G. Casado Ollero, «El principio de capacidad y el control constitucional de la imposición indirecta (II). El contenido constitucional de la capacidad económica», en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 34, 1982, p. 226.

tratados por vía de exención o bonificación. Desde esta visión, el principio de capacidad económica es también el fundamento de actos de desgravamen.

Por otra parte, los profesores Pérez de Ayala y González García señalaban que la capacidad económica, considerada como la «aptitud de los individuos» para ser contribuyentes (o contribuir a las cargas públicas), puede ser definida como causa justa o como medida de los impuestos.²¹⁷

La capacidad económica como «medida» exige que el impuesto en concreto, para que sea justo, se deba adecuar en su cuantía a la aptitud económica de los contribuyentes a los que se le aplica y exige;²¹⁸ lo que enfatiza el carácter garantista del principio en relación con el sujeto pasivo de la imposición.

Desde la perspectiva del sujeto, entonces, el principio de capacidad económica implica que quien no posee tal «aptitud», no puede ser llamado a concurrir al sostenimiento de los gastos públicos, pero también la imposición debe hacerse según la medida de tal aptitud.

En este sentido cada una de las figuras tributarias, como el sistema considerado en conjunto, primero, no podrían incidir en sujetos no dotados de tal aptitud. No poseen aptitud quienes son titulares de una riqueza que no puede ser calificada cualitativa o cuantitativamente adecuada para ser dirigida a la contribución al sostenimiento del gasto público.

En el universo de las exclusiones (los mínimos exentos), derivadas de esta exigencia constitucional, habrá que considerar el conjunto de recursos que el individuo requiere para satisfacer sus necesidades.

En segundo lugar, quienes manifiestan mayor aptitud, están llamados a contribuir al sostenimiento de los gastos públicos en mayor medida. Aspecto que nos coloca en el ámbito de la equidad en el sistema tributario.

(c) Capacidad económica como diferencia específica de los impuestos entre el conjunto de prestaciones tributarias: el defecto del argumento ontológico a partir del criterio axiológico

Otro perfil del problema de la capacidad económica y el hecho imponible del tributo constituye su consideración como un elemento que caracteriza a la categoría tributaria.

Así es posible estimar que el índice de riqueza inserto en el hecho imponible de la norma que fija el impuesto no es un criterio de corrección del tributo,²¹⁹ sino un dato normativo que permite identificar uno de los elementos del impuesto como categoría de tributo.

²¹⁷ Cfr. J. Pérez de Ayala y E. González. *Derecho Tributario*, v. I. Salamanca: Plaza Universitaria Ediciones, 1994, pp. 155 y ss.

²¹⁸ J. Pérez de Ayala y E. González. *Derecho Tributario*, v. I. Salamanca: Plaza Universitaria Ediciones, 1994, pp. 158 ss.

²¹⁹ Se trata de uno de los elementos ontológicos del tributo o lo que se ha denominado «estructuras lógico-objetivas». Cfr. C. Palao Toboada, «Apogeo y crisis del principio de capacidad contributiva», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, v. II, Madrid, Tecnos, 1976, p. 423.

En tal sentido se considera que el elemento diferenciador del impuesto, respecto de otras formas de imposición, es la naturaleza del presupuesto que le da origen y su adecuación cuantitativa a tal índice, directo o indirecto, de riqueza.²²⁰

Desde esta postura metodológica, si el presupuesto de la norma que establece la prestación no incorpora un índice de riqueza, habrá que determinar cuál es su naturaleza jurídica, pues, no se trataría de un impuesto.

Nótese que la definición de impuesto que se realiza en la legislación española (26.1.c de la LGT) incorpora la capacidad económica como uno de los elementos que caracterizan al impuesto,²²¹ y no como un límite en su legitimidad constitucional.²²²

Pese a postular la aplicación generalizada del principio de capacidad económica —inclusive en las tasas—, el mismo Giardina sostuvo que, aunque en los modernos sistemas jurídicos tributarios el principio sobre el que se asientan sea el de capacidad económica, es posible la aplicación del principio del beneficio, que incluye los elementos más razonables y modernos de la teoría del intercambio.²²³

Moschetti, al tiempo de excluir a las tasas como ingreso público apto para realizar el concurso al gasto público, afirmó categóricamente la inaplicabilidad del principio de capacidad económica en la tasa, una vez que constató que en la estructura de esta categoría no aparecía un índice de riqueza por cuya mera titularidad se haga depender una prestación tributaria.²²⁴

La irrupción de las tesis que trasladan el énfasis hacia la aptitud subjetiva del contribuyente —en algún caso prescindiendo de la influencia que pueda tener el principio en la configuración del hecho imponible²²⁵— y hacia el conjunto del sistema tributario como referente de aplicación del principio de capacidad económica, revalida²²⁶ un tratamiento del principio en el sentido expuesto, exclusivamente en aplicación a la categoría de los impuestos.

²²⁰ G. Gaffuri, *Lezioni di Diritto... op. cit.*, p. 6 y ss.

²²¹ El art. 26.1.c de la LGT establece que «son impuestos los tributos exigidos sin contraprestación, cuyo hecho imponible está constituido por negocios, actos o hechos de naturaleza jurídica o económica que ponen de manifiesto la capacidad contributiva del sujeto pasivo, como consecuencia de la posesión de un patrimonio, la circulación de los bienes o la adquisición o gastos de la renta».

²²² Del Federico considera que la inadecuada utilización del principio de capacidad económica como referente diferenciador entre impuesto y tasa no solo se deriva de la utilización de categorías metajurídicas, sino, fundamentalmente, de su valor como parámetro de juzgamiento de su legitimidad en la Constitución. Así, el tributo debe cumplir el requisito de la capacidad económica para considerarse constitucionalmente legítimo, pero en el caso de que falte, el tributo siempre será tal a pesar de ser ilegítimo, Cfr. L. Del Federico, «Le tasse», *op. cit.*, p. 326.

²²³ Cfr. E. Giardina, *Le basi teoriche...*, *op. cit.*, p. 457 y ss.

²²⁴ No se incluyen dentro del ámbito objetivo del principio de capacidad económica, las entradas pecuniarias cuyo presupuesto consiste en la violación de un deber jurídico, las que constituyen una específica contraprestación a la prestación de un servicio público o el gozo de bienes y servicios públicos, las entradas tributarias con carácter conmutativo, entre las que se encuentran las tasas. Cfr. F. Moschetti, *Il principio...*, *op. cit.*, p. 98 y ss.

²²⁵ Cfr. J. Martín Delgado, «Los principios de capacidad económica e igualdad en la Constitución Española de 1978», *HPE*, 60, 1979, p. 63 y ss.

²²⁶ Ya se había reconocido que las construcciones realizadas siempre habían fijado su atención en esta categoría de tributo, excediendo la generalidad de sus conclusiones.

Ya con este planteamiento se sostiene que «solo poseen aptitud para ser gravadas por impuestos las situaciones económicas que ponen de manifiesto la existencia de unos recursos útiles y escasos que están disponibles a título definitivo para alguien».²²⁷

En este marco, junto a las exigencias de este principio que aparecen como límites negativos, en sentido positivo, la capacidad económica como medida de la contribución sería un mandato que debe aplicarse a los tipos de figuras tributarias en las que razonablemente sea posible su incorporación. En tal caso, se excluiría todo otro criterio de medida por irracional, considerando que los factores de distribución del gasto público no se reducen al de la capacidad económica y que lo que se busca es un sistema tributario justo e inspirado en los principios de igualdad y progresividad.

(d) Importancia de la capacidad económica en las prestaciones tributaria de tipo conmutativo

El mismo Tribunal Constitucional español ha señalado que el principio de capacidad económica «no opera como elemento configurador en las tasas o, si lo hace, es de manera muy indirecta o remota».²²⁸

Ahora bien, como queda anotado, al estudiar la configuración de las tasas se hace evidente que estas responden a criterios de justicia conmutativa en el reparto del gasto público, por lo que parecería que el principio de capacidad económica, como medida, no podría sino aplicarse limitadamente.²²⁹

De allí que para la LTTP se establezca que «en la fijación de las tasas se tendrá en cuenta, cuando lo permitan las características del tributo, la capacidad económica de las personas que deben satisfacerlas»; y, en igual sentido, la LOFCA y la LHL prescriban que «para la fijación de las tarifas de las tasas podrán tenerse en cuenta criterios genéricos de capacidad económica, siempre que la naturaleza de aquella se lo permita».

En este sentido el principio de capacidad económica como criterio de medida de la tasa es una posibilidad y, en tal caso, el principio de equivalencia entre la prestación pública y la carga tributaria sería desviado por la actuación del principio de capacidad económica.²³⁰ Paradójicamente, tal desvío a favor del principio de capacidad económica ha de justificarse en su razonabilidad si es que, por esta vía, no se quiere afectar la igualdad formal.²³¹

²²⁷ J. Pérez de Ayala y E. González. *Derecho Tributario*, v. I. Salamanca: Plaza Universitaria Ediciones, 1994, p. 158. Esas situaciones —dicen los autores— son: a) la existencia de una renta neta, a lo largo de un período de tiempo; b) la existencia de un patrimonio neto en una determinada fecha, y c) el gasto por el que se dispone de parte de una renta o de parte del patrimonio neto, en un determinado instante.

²²⁸ [España] STC296/1994, FJ 4.

²²⁹ Con diversos matices admiten la aplicación del principio de capacidad económica en las tasas, entre otros, E. García de Enterría, «Sobre la naturaleza de la tasa y la tarifa de los servicios públicos», en *RAP*, 12, 1953, p. 139 y ss.; F. Sainz de Bujanda, «Reflexiones sobre un sistema de Derecho tributario español», en *Hacienda y Derecho*, v. III, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963, p. 260 y ss.; J. Martín Delgado, «Comentario general de jurisprudencia», en *REDF*, 20, 1978, p. 758 y ss.; M. A. Caamaño Anido, «Concurrencia de tasas y capacidad contributiva», en *Tasas y precios públicos en el ordenamiento jurídico español*, Madrid, Marcial Pons, 1991, p. 233 y ss.

²³⁰ Ver STC 233/1999, FJ 19, y las SSTs de 20 de febrero de 1998 y 21 de marzo de 1998.

²³¹ [España] STC111/1990.

Se ha señalado adicionalmente que ya que los arts. 31.1 de la CE y la LGT son aplicables al sistema tributario, puede concluirse que los tributos, que no son impuestos, pueden establecerse con equidad y generalidad con base en el principio de equivalencia, y no podrían cobrarse a quien, o en cantidad que, no pueda soportarlos tomando como base el principio de capacidad económica.²³² Se trata de la aplicación de las exigencias mínimas del principio de capacidad económica desde la perspectiva subjetiva a las que he hecho alusión.

El principio de capacidad económica, como aptitud del sujeto llamado a contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, obliga al legislador a reducir o eliminar la carga fiscal de la tasa generada según criterios distintos de reparto a quienes no poseen tal aptitud.²³³

La operatividad del principio de capacidad económica como límite externo a aquellos principios que justifican el criterio de reparto de un gasto público específico se produce, en principio, usando como referente determinaciones de la aptitud para contribuir al gasto público derivadas de otras fuentes y no de un índice que, incorporado en la estructura de la norma, aparece como criterio en la determinación de la magnitud de la prestación.

Por efecto del principio de capacidad económica, la porción de riqueza dirigida al sostenimiento de las necesidades de su titular,²³⁴ no podrá ser gravada de manera general.

Adicionalmente existe el límite máximo, que la función privada de la propiedad determina, al asumir, por principio, que esta tiene una función social. Lo que se pretende es evitar que el tributo —o el conjunto de ellos— tenga un efecto confiscatorio²³⁵.

(e) Capacidad económica y sistema tributario en su conjunto: problemas operativos

La capacidad económica no es el único medio previsto en la Constitución para la realización de la justicia, por lo que un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad, permite concebir al principio de capacidad económica como un instrumento adicional dirigido a tal propósito que, en cualquier

²³² Cfr. J. Pérez de Ayala y E. González. *Derecho Tributario*, v. I. Salamanca: Plaza Universitaria Ediciones, 1994, p. 163.

²³³ De tal manera que la prohibición general de exenciones o bonificaciones prevista en el art. 18 de la LTPP no es absoluta «ya que en función de la capacidad económica puede reducirse o incluso eliminarse la obligación tributaria» Cfr. E. Simón Acosta, «Las tasas y precios públicos de las entidades locales», en *La reforma de las Haciendas Locales*, v. I, Valladolid, Lex Nova, 1991, p. 156.

²³⁴ Cfr. J. Martín Queralt *et al.*, *Curso de Derecho...*, op. cit., p. 117 y 118.

²³⁵ O como lo señala el profesor Casado, «[e]stamos frente a una limitación que viene de alguna manera impuesta por la tutela que la propiedad privada recibe en el texto constitucional (...), [s]e trata de un límite cuyo alcance no puede definirse con carácter general dado que el constituyente quiso establecerlo con referencia al resultado de la imposición, prohibiendo no la confiscación, sino que aquella tenga alcance confiscatorio». G. Casado Ollero, «El principio de capacidad y el control constitucional de la imposición indirecta (II). El contenido constitucional de la capacidad económica», en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 34, 1982, p. 193.

caso, prohíbe al legislador la estructuración del sistema tributario con criterios que le sean contrarios.²³⁶

En sentido similar, Pérez Royo²³⁷ entiende que la capacidad económica establece un límite negativo, en el sentido de que ningún tributo podría incidir sobre una circunstancia que no revele un índice de capacidad económica y, en sentido positivo, el principio exigiría que el sistema tributario, entendido como un todo, se adecue a la capacidad efectiva de los individuos.

Al ser la capacidad económica un atributo subjetivo y al tener que efectuarse la contribución al gasto público a través de una pluralidad de tributos, el límite impuesto por el principio constitucional sería el de que el sistema, en su conjunto, se adecue a la aptitud individual de cada sujeto llamado a contribuir.

Manteniendo las líneas esenciales clásicas, se postula que este principio debe ser entendido poniéndolo en relación con otros principios del sistema jurídico tributario²³⁸ y con los principios de justicia en el gasto público, de tal manera que, «[...] la exigencia de capacidad económica aparece referida y concebida como una exigencia predicable de todo el ordenamiento tributario. Será ese ordenamiento, globalmente considerado, el que deberá ser indicativo de capacidad económica».²³⁹ En la configuración de las singulares figuras tributarias el principio operaría desde esta perspectiva de diverso modo: positivamente, autorizando el gravamen de manifestaciones de riqueza efectiva, y negativamente, proscribiendo la configuración de hechos impositivos que sean contrarios al principio de capacidad económica.²⁴⁰

La cuestión que queda pendiente sería entonces determinar qué tipo de evaluación es posible y cómo hacerla teniendo como referencias el principio de capacidad económica (criterio de evaluación) y el sistema tributario en su conjunto (el objeto evaluado). Si esto no es posible, un planteamiento de este tipo no tiene relevancia jurídica.

Cuando se pone énfasis en la aplicación del principio de capacidad económica al sistema tributario como un todo y en consideración al subsistema en conjunto, lo que finalmente se revela es que la carga fiscal total no debe afectar la riqueza que los individuos deben destinar a satisfacer las necesidades que colectivamente no son satisfechas.

Una actuación positiva del principio en cuestión, como criterio de medida para todo el sistema tributario, no se puede postular de manera general y abstracta, sin atender el peso de los principales tributos sobre los contribuyentes y el modo en que las prestaciones conmutativas o paraconmutativas son un criterio de exclusión en el acceso a determinados bienes y servicios.

De allí que, el empleo del principio de capacidad económica en referencia al sistema tributario en su conjunto, sea únicamente constatable a través de un juicio sobre

²³⁶ Cfr. J. Martín Delgado, «Los principios de capacidad económica e igualdad en la Constitución Española de 1978», *HPE*, 60, 1979, pp. 63 y ss.

²³⁷ Cfr. F. Pérez Royo, «Principio de legalidad, deber de contribuir y decretos-leyes en materia tributaria», *REDC*, 15, 1985, pp. 68 y ss.

²³⁸ Ver en este sentido SSTC 46/2000, 134/1996 y 27/1981.

²³⁹ J. Martín Queralt *et al.*, *Curso de Derecho financiero y tributario*, 11a. ed., Madrid, Tecnos, 2000, p. 119. Ver en esta materia SSTC 37/1987, 150/1990, 221/1992, 134/1996 y 182/1997.

²⁴⁰ Cfr. J. Martín Queralt *et al.*, *Curso de Derecho...*, op. cit., p. 116 y ss.

la razonabilidad de medidas específicas que el legislador introduce en el sistema, *i. e.*, su justificación.

El juicio de razonabilidad opera en virtud de la vinculación del principio de capacidad económica con los otros principios de justicia. Así, por ejemplo, si el principio de capacidad económica no agota la justicia en materia tributaria, este, en cualquier caso, constituye uno de los criterios de medida de la igualdad.²⁴¹

A partir de ello, en teoría, sería posible calificar la adecuación del sistema al principio en cuestión. Esta evaluación, sin embargo, es inútil para realizar un juicio de validez, de modo que la «valoración discrecional del legislador [...] escapa a la censura de inconstitucionalidad a menos que sea arbitraria o irracional».²⁴²

(f) **Desvío del principio de capacidad económica en función de otros valores**

En la actualidad, la función de ordenamiento del tributo, en lo que a la legitimidad constitucional se refiere, parece haber sido pacíficamente admitida en la jurisprudencia constitucional²⁴³ y la doctrina,²⁴⁴ aunque con los más diversos planteamientos.

²⁴¹ P. Herrera Molina, *Capacidad económica y sistema fiscal. Análisis del ordenamiento español a la luz del Derecho alemán*, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 43 y ss.

²⁴² De Mita, «El principio...», *op. cit.*, p. 80.

²⁴³ A esta conclusión se puede arribar del estudio en conjunto de las siguientes sentencias: [España] Tribunal Constitucional. SSTC 27/1981; 37/1987; 45/1989; 150/1990; 221/1992; 146/1994; 214/1994; 46/2000; 194/2000 y 289/2000.

²⁴⁴ A la diversidad de posturas que teóricamente se han asumido respecto al contenido específico del deber de contribuir y el de los principios dentro de cuyo margen deben actuar los órganos institucionales del Estado, corresponden las múltiples conclusiones sobre la admisibilidad y los límites a los que se encuentra sometido el tributo como instrumento para la realización de los fines públicos. Ver, entre otros, los siguientes trabajos: L. Berliri. *El impuesto justo*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1986; G. Casado Ollero. *El sistema impositivo de las Comunidades Autónomas*. Granada, Instituto de Desarrollo Regional, 1981; G. Casado Ollero. «El principio de capacidad contributiva y el control de constitucionalidad de la imposición indirecta (II)», en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 34, 1982; G. Casado Ollero, «Los fines no fiscales de los tributos», en *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núm. 213, 1991; C. Checa González. «Los impuestos con fines no fiscales: Notas sobre las causas que los justifican y sobre su admisibilidad constitucional», en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 40, 1983; E. de Mita, «El principio di capacità contributiva», en *Interesse fiscale e tutela del contribuente*. Milán: Giuffrè, 2000; F. Escribano. *La configuración jurídica del deber de contribuir: Perfiles constitucionales*. Madrid: Civitas, 1988; E. González García. *Concepto Actual de Tributo: Análisis de Jurisprudencia*. Pamplona: Aranzadi, 1996; P. Herrera Molina. *Capacidad económica y sistema fiscal: Análisis del ordenamiento español a la luz del Derecho alemán*. Madrid: Marcial Pons, 1998; J. Lasarte Álvarez. «La formulazione della legge tributaria ed il principio della capacità contributiva», en *DPT*, núm. I, 1965; J. Lasarte Álvarez. «Sobre los principios del ordenamiento tributario y la política fiscal seguida en relación con el desarrollo del sector industrial», en *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núm. 78, 1968; J. Lasarte Álvarez, «Funcionalidad del sistema fiscal y exigencia de cambio», en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 37, 1983; E. Lejeune Valcárcel. «Aproximación al principio constitucional de igualdad tributaria», en *Seis estudios sobre Derecho Constitucional e Internacional Tributario*. Madrid: EDESA, 1980; C. Lozano Serrano. *Exenciones tributarias y Derechos Adquiridos*. Madrid: Tecnos, 1988; C. Lozano Serrano. *Consecuencias de la jurisprudencia constitucional sobre el Derecho financiero y tributario*. Madrid: Civitas, 1990; I. Manzoni. *Il principio di capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano*. Turín: Giappichelli, 1965; J. Martín Delgado, «Los principios de capacidad económica e igualdad en la Constitución Española de 1978», en *Hacienda Pública Española*, núm.

El Tribunal Constitucional español ha señalado que es posible «el uso ponderado del sistema tributario mediante la adecuación de lo que sea preciso para [...] realizar la política económica que reclame cada momento» sin que se pueda «omitir, en tal supuesto y menos cuando se tratara de una verdadera modificación, los imperativos del artículo 31.1 de la Constitución».²⁴⁵ Por lo que en la realización de los fines e intereses públicos tutelados constitucionalmente es «admisible que el Estado y las CCAA establezcan impuestos, que sin desconocer o contradecir el principio de capacidad económica o de pago, respondan principalmente a criterios económicos o sociales orientados al cumplimiento [...]» de tales fines e intereses.²⁴⁶

De estas líneas, que evidencian la postura asumida por el Tribunal Constitucional español, es fácil arribar a la conclusión de que el tributo puede ser dirigido a la consecución de fines diversos a los meramente recaudatorios, sin que por tal razón se pueda pasar por alto las exigencias que imponen los principios de justicia a los que se encuentra sometida la específica categoría jurídica específica de ingreso público.

Precisamente, la tacha del uso del tributo con finalidades de ordenamiento estuvo fundamentada inicialmente por la idea de que la justicia en el ámbito tributario se centraba en la aplicación del principio de capacidad económica,²⁴⁷ y cuyo contenido ha sido, de otra parte, objeto de un intenso debate teórico.²⁴⁸

60, 1979; M. Martínez Lago. «Función motivadora de la norma tributaria y prohibición de confiscatoriedad», en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 60, 1988; F. Moschetti. *Il principio di capacità contributiva*. Padua: CEDAM, 1973; F. Moschetti, «Profili generali», en F. Moschetti (dir.). *La capacità contributiva*. Padua: CEDAM, 1993, publicado también en A. Amatucci (dir.). *Trattato di diritto tributario*, v. I. Padua: CEDAM, 1991, t. I; C. Palao Toboada. «La imposición sobre las Ganancias de Capital y la Justicia Tributaria», en *Hacienda Pública Española*, núm. 9, 1971; C. Palao Toboada. «Los límites del control de constitucionalidad de la legislación fiscal», en *El reparto de la carga fiscal*, v. II. Madrid: Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, 1975; C. Palao Toboada. «Apogeo y crisis del principio de capacidad contributiva», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, v. II. Madrid: Tecnos, 1976; F. Vicente-Arche. «Notas sobre gasto público y contribución a su sostenimiento en la Hacienda Pública», en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 3, 1974.

²⁴⁵ [España] Tribunal Constitucional. STC 27/1981, FJ 4.

²⁴⁶ [España] Tribunal Constitucional. STC 37/1987, FJ 13. «[D]ado que —afirma el TC— tanto el sistema tributario en su conjunto como cada figura tributaria concreta forman parte de los instrumentos de que dispone el Estado para la consecución de los fines económicos y sociales constitucionalmente ordenados».

²⁴⁷ Los profesores Saínz de Bujanda y Soler Roch exaltaron la realización del interés fiscal, como función primordial del tributo, y el principio de capacidad económica, como referente central de la justicia tributaria. Lo hacen con el objeto de establecer los límites al uso de las exenciones dirigidas a promover sectores económico-sociales, desde el convencimiento de que su abuso influye en la fuente de provisión de recursos económicos para el Estado y en la distribución de la carga fiscal. Se busca evitar que se concluya gravando con mayor intensidad a quienes menor capacidad tienen. Cfr. F. Saínz de Bujanda. «Teoría jurídica de la exención tributaria», en *Hacienda y Derecho*, v. III. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1963, pp. 418 y ss.; y, M. Soler Roch, Incentivos. op. cit, p., p. 36 y ss.

²⁴⁸ El término *capacidad económica* del art. 31.1 de la CE ha sido calificado como «un concepto jurídico indeterminado». Cfr. J. Pérez de Ayala y E. González. *Derecho Tributario*, v. I. Salamanca: Plaza Universitaria Ediciones, 1994, pp. 156. Más que merecer un calificativo como este, propio de observaciones críticas a la técnica legislativa empleada en la construcción de una regla jurídica, la norma del art. 31.1 de la CE introduce un principio jurídico que, en cuantotanto tal, permite una aplicación dentro de términos no absolutos. Ver sobre el problema de la aplicación de los valores, principios y reglas, combinándolos y balanceándolos, R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza*

Sin embargo, el Tribunal Constitucional español resaltó que la alusión expresa que en la CE se efectúa del principio de capacidad económica, se realiza «sin agotar en ella —como lo hiciera cierta doctrina—²⁴⁹ el principio de justicia en materia contributiva»²⁵⁰ lo que ha permitido, con un enfoque práctico, buscar la fuente de legitimación de normas tributarias insertas en un sistema jurídico que, siendo unitario, resulta de la actuación, mutuamente limitada, de una serie de valores y principios constitucionalmente tutelados y previstos que admiten, según la corriente principalista, su ponderación pero no su exclusión,²⁵¹ o según las posturas tradicionales, su interpretación conjunta en el caso concreto.

La admisión de la legitimidad constitucional de cierta polivalencia²⁵² del tributo no es ilimitada.

Aunque, a excepción de la financiera y redistributiva, las diversas finalidades para las que se puede instrumentalizar el tributo no se encuentran explícitamente catalogadas para esta categoría jurídica en el ámbito constitucional,²⁵³ no cualquier fin público puede ser realizado a través de una norma tributaria: tan solo, aquellos previstos en la misma Constitución.

Según ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional español, serían legítimos constitucionalmente los tributos dirigidos a la consecución de un objetivo que, por ejemplo, pueda «derivarse directamente de aquellos preceptos constitucionales en los que se establecen principios rectores de política social y económica».²⁵⁴

2. Capacidad económica como criterio de comparación en el juicio de igualdad formal en el ámbito tributario

La capacidad económica puede ser considerada como un *tertium comparationis* en el ámbito del juicio de igualdad formal: se dice que a igual capacidad económica igual imposición.²⁵⁵

della Corte costituzionale, Milano, Giuffrè, 1991; M. Luciani, ««Corte costituzionale e unità nel nome dei valori»», en R. Ramboli (dir.), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino, UTET, 1991.

²⁴⁹ Sobre la importancia de esta sentencia en la superación de la doctrina que comentamos, ver C. Palao Toboada, «Los principios de capacidad económica e igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», en *REDF*, núm. 88, 1995, pp. 631; L. Alonso González, *Jurisprudencia constitucional tributaria*, Madrid, Marcial Pons, 1993, pp. 37 y ss.

²⁵⁰ [España] Tribunal Constitucional. STC 27/1981, FJ 4.

²⁵¹ [España] Tribunal Constitucional. STC 19/1987, FJ 5.

²⁵² Casado Ollero con tono crítico califica al «tributo» con que se busca acometer cualquier tarea promocional, como «prestación coactiva polivalente». Cfr. G. Casado Ollero, ««Los fines...», *op. cit.*, p. 473.

²⁵³ Una referencia explícita a funciones diversas a la financiera se encuentra en el art. 4 de la LGT, según el cual «los tributos, además de ser medios para recaudar ingresos públicos, han de servir como instrumentos de la política económica general, atender a las exigencias de estabilidad y progreso sociales y procurar una mejor distribución de la renta nacional».

²⁵⁴ [España] STC 37/1987, FJ 13.

²⁵⁵ La igualdad en el texto constitucional español se encuentra prevista como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 de la CE), como derecho (art. 14 de la CE) y como principio informador del sistema tributario (art. 31.1 de la CE). Los dos últimos constituyen una derivación y aplicación específica del primero, pero no tienen el mismo alcance. [España] Tribunal Constitucional. STC 19/1987, FJ 13.

No obstante, la igualdad y el principio de capacidad económica en algunos textos constitucionales —como lo he expuesto— aparecen por separado y, por ello, aunque exista cierta interdependencia entre estos principios, se ha procurado tratarlos como normas independientes con efectos distintos.

Me parece que la autonomía del principio de capacidad económica únicamente puede estar basada en una aproximación que prescinda de su conceptualización como aptitud subjetiva para soportar la distribución de las cargas públicas de naturaleza económica. En todos los demás casos, la capacidad económica es siempre un criterio de comparación en el juicio de igualdad, formal o material, de las decisiones de carácter normativo.²⁵⁶ El problema está en que, en referencia a la igualdad, se ha llegado a plantearla únicamente como criterio de comparación en el ámbito del test de igualdad formal. De lo que se desprende un uso limitado frente a situaciones abiertamente arbitrarias en la configuración del sistema tributario.

De Mita,²⁵⁷ por ejemplo, señala que el único presupuesto común a todos los tributos es la renta y respecto a ella existe una disciplina general. El mismo De Mita considera que de la noción de capacidad económica no se puede colegir un tributo preferido u otro prohibido, pues tal principio «[...] vincula al legislador solo en el sentido de restringirle el campo de discrecionalidad, impidiéndole tipificar como presupuestos del impuesto ciertos comportamientos sociales que de por sí no son manifestaciones de riqueza, de fuerza económica. Pero tal restricción es mínima [...]». Explica que «[s]iendo el tributo una exacción de la riqueza privada operada por los poderes públicos, no se agrega mucho cuando, interpretando la norma constitucional sobre la “capacidad contributiva”, se concibe aquella capacidad en términos de fuerza económica, con la cual hacer frente a la exacción fiscal, de consistencia económica del contribuyente, de disponibilidad monetaria actual». Y, finalmente, añade que «[s]e da ciertamente un paso adelante cuando se precisa que la capacidad contributiva debe ser

²⁵⁶ F. Moschetti señala que «el principio de capacidad contributiva es un principio constitucional de Justicia fiscal, válido para cada particular “concurso a los gastos públicos” en sí y por sí considerados [...], la capacidad contributiva es el presupuesto, el límite máximo, el parámetro de la exacción», por lo que «llegar a la mismas conclusiones de la doctrina de otro ordenamiento donde el principio de capacidad económica no tiene autónomo rango constitucional, parece confirmar un evidente vicio de interpretación abrogante». F. Moschetti. «Profilì generali», en F. Moschetti (dir.). *La capacità contributiva*. Padua: CEDAM, 1993, pp. 7 y ss. En lo que respecta a la jurisprudencia italiana y su posible influencia en España, ver E. González García, «Aportaciones que cabe esperar del Tribunal Constitucional en materia tributaria a la vista del Derecho comparado», en *El Tribunal Constitucional*, v. II, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, p. 1.203. L. Antonini muestra como hasta 1980 la Corte Constitucional italiana había producido 14 sentencias, precisando las implicaciones del principio de capacidad contributiva en materias tales como la retroactividad de la ley tributaria, las presunciones fiscales, el responsable y el sustituto, la relación entre el presupuesto económico y la prestación impuesta (Ver SCCI No. 155/63, 44/66, 103/67, 120/72, 200/72, 131/73, 167/76, 168/76, 179/76, 200/76); hasta 1996 había expedido doce sentencias dirigidas a corregir situaciones que el legislador no había contemplado, reconduciendo la aplicación del principio de capacidad económica al interno del principio de igualdad (Ver SCCI No. 142/82, 245/82, 104/85, 285/85, 178/86, 400/87, 877/88, 387/89, 513/90, 103/91, 176/92, 233/93). De este hecho el autor revela las razones por las que ha resurgido doctrinalmente un juicio negativo del principio en cuestión, que entiende al principio de capacidad contributiva como una especificación del principio de igualdad. Cfr. L. Antonini. *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionale*. Milán: Giuffrè, 1996, pp. 325-326.

²⁵⁷ E. De Mita, «Parità di trattamento e ricerca di principi generali del diritto tributario», en *Interesse fiscale e tutela del contribuente*. Milán: Giuffrè, 2000, p. 52; también en *RDFSF*, 1976, II, pp. 161 ss.

algo de objetivo, ligado a la estructura del impuesto, en el sentido de que la base imponible debe ser incorporada en el hecho imponible como valoración del elemento de riqueza. Pero con tales precisiones se invoca una exigencia de racionalidad de la imposición más que determinar los impuestos preferidos o aquellos prohibidos por la Constitución».²⁵⁸

La idea de que el principio de capacidad económica solo constriñe al legislador a producir institutos jurídicos razonables bajo la perspectiva de su coherencia interna, ha sido también postulada en España. En lo que al principio de igualdad en el ámbito tributario se refiere, el Tribunal Constitucional español ha afirmado que por su vinculación con el principio de progresividad²⁵⁹ «no puede ser entendido en términos tales que impidan al legislador, al establecer el sistema fiscal que estima justo, introducir diferenciaciones entre los contribuyentes, bien sea atendiendo a la cuantía de sus rentas, al origen de estas, o cualesquiera otra condición social que considere relevante para atender al fin de la justicia».²⁶⁰ De lo que se deriva que el legislador, en uso de su libertad de configuración jurídica en el ámbito tributario, puede introducir diferencias entre los sujetos llamados al sostenimiento del gasto público por razones justificadas.

La disparidad de tratamiento es pues legítima si se justifica racionalmente en el adecuado balance de los intereses que el sistema jurídico tutela o por el particular presupuesto que se incorpora en la norma: «[n]o puede haber identidad de disciplina entre las diversas fórmulas del derecho si no allí donde son idénticas las necesidades y las funciones que inspiran al legislador, lo que vale también entre los sectores del derecho tributario».²⁶¹

Para el profesor Palao Toboada²⁶² el método usado por la doctrina en el análisis del principio de capacidad económica exacerba un formalismo positivista que termina por provocar resultados insatisfactorios para explicar la realidad y para someter a un límite flexible, pero adecuado, a la labor del legislador. Propone concebir el principio en cuestión como una concreción del principio de igualdad en el campo tributario, de tal manera que, como referente o criterio orientador²⁶³, no requeriría un contenido cerrado del que se deban deducir sus consecuencias. De esta manera solo se exigiría del legislador razonabilidad en sus decisiones políticas y al juez constitucional la exclusión de valores contrapuestos y de las normas que se arreglen a ellos.²⁶⁴

²⁵⁸ De Mita, «Il principio...», *op. cit.*, p. 81. Además de De Mita con mayor o menor intensidad desvaloriza la función del principio de capacidad económica en Italia. S. La Rosa, *Eguaglianza tributaria ed esenzioni fiscali*. Milán: A. Giuffrè, 1968.

²⁵⁹ [España] Tribunal Constitucional. STC 27/1981.

²⁶⁰ [España] Tribunal Constitucional. ATC 230/1994, FJ 1.

²⁶¹ *Ibid.* Ver también E. Vanoni, «L'unità del diritto e il valore per il diritto tributario degli istituti giuridici di altri campi», en *Opere giuridiche*, v. I, Milano, A. Giuffrè, 1961, p. 451

²⁶² Cfr. C. Palao Toboada. «La imposición sobre las Ganancias de Capital y la Justicia Tributaria», en *Hacienda Pública Española*, núm. 9, 1971; C. Palao Toboada. «Los límites del control de constitucionalidad de la legislación fiscal», *El reparto de la carga fiscal*, v. II, Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, Madrid, 1975; y C. Palao Toboada. «Apogeo y crisis...», *op. cit.* Ver en sentido similar, también, E. Lejeune Valcárcel, «Aproximación al principio constitucional de igualdad tributaria», en *Seis estudios sobre Derecho Constitucional e Internacional Tributario*. Madrid: EDESA, 1980.

²⁶³ Cfr. C. Palao Toboada, «La imposición...», *op. cit.*, pp. 36 ss

²⁶⁴ Cfr. C. Palao Toboada, «Los límites...», *op. cit.*, p. 717. La manera de definir la función en sentido negativo del control constitucional la hemos tomado de A. Rodríguez Bereijo. «Los principios de la

Aunque este aporte es fundamental para contrastar la situación a la que se había llegado en la elaboración conceptual del principio de capacidad económica, es extremo reducirlo a criterio para el juicio de igualdad formal.

La igualdad jurídica impone una estructura formal para la regulación y aplicación del sistema jurídico que busca colocar en la misma situación jurídica o diferenciar las cosas en función de alguna característica relevante. Pero la conceptualización del criterio de comparación es tan importante como el juicio de igualdad. En este sentido, eliminar el contenido normativo de un enunciado de rango constitucional, remitiendo en todo aspecto, sin límite, a la competencia del legislador el contenido material de las normas tributarias, o a la del juez constitucional a quien se le pide su intervención en los casos de «arbitrariedad manifiesta», es algo que también resulta insatisfactorio, aunque posible en el marco de la remoción de la duda por vía autoritaria.

Aunque no comparta el alcance dado por Moschetti al principio de capacidad económica, sí lo hago con respecto a su conclusión: «el legislador tributario tiene amplios espacios, pero dentro de los límites en los cuales le sea consentido por el art. 53 [en España el art. 31 CE] [...]. No existe entonces el solo límite generalísimo de la prohibición de arbitrariedad, de incoherencia, de arbitrio. Aun antes, existe el límite del principio de capacidad económica, esto es no un límite implícito, obvio, interno a cada norma, sino un límite externo, de sujeción a una norma superior»;²⁶⁵ o mejor dicho, la potestad de configuración jurídica en materia tributaria se encuentra sometida a un límite externo, que impone la adecuación del ejercicio de la competencia que le es atribuida a la autoridad para la concreción del deber constitucional, al marco cualitativo del que forma parte el principio de capacidad económica.²⁶⁶ Estas mismas consideraciones serían perfectamente aplicables en el ejercicio de las potestades aplicativas.²⁶⁷

En este sentido, el juicio de igualdad es útil respecto de la revisión constitucional sobre la validez de cada figura que ingresa al sistema jurídico positivo y, cuando el criterio de imposición es la capacidad económica, la comparación es posible realizarla empleándola en el contexto de los criterio de igualación o diferenciación que se hagan con ella. El mismo juicio de validez corresponde realizarlo en el caso de figuras

imposición en la jurisprudencia constitucional española», en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 100, 1998, p. 594

²⁶⁵ F. Moschetti. «Profili generali», en F. Moschetti (dir.). *La capacità contributiva*. Padua: CEDAM, 1993, p. 9.

²⁶⁶ Parece que la crítica que realiza L. Antonini se relaciona con el hecho de que admitir la postura que identifica el principio de capacidad contributiva con la concreción del principio de igualdad en el campo tributario, implicaría la aceptación de que no es posible determinar tampoco un contenido objetivo de los valores tutelados por la Constitución, allí donde señala que «[...] esta consideración exterioriza solo un aspecto del art. 53, que conserva su propia autónoma relevancia no solo en el determinar una particular tutela al interés fiscal sino también, en relación específica al principio de capacidad económica, al vincular al legislador en el respecto del coligamiento entre impuesto y presupuesto y en la coherencia interna del tributo», a lo que agrega su particular importancia en materia del mínimo exento y en los beneficios fiscales. L. Antonini. *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionale*. Milán: Giuffrè, 1996, p. 337.

²⁶⁷ Sobre este aspecto ver A. Fantozzi. *Diritto Tributario*, 2.^a ed. Turín: UTET, 1998, p. 37; G. Casado Ollero, «Los fines no fiscales de los tributos», *RDFHP*, núm. 213, 1991, pp. 489 y ss; J. Escribano, *La configuración...*, op. cit., p. 325; STC 110/1984.

tributarias o no tributarias que importan como ingresos públicos, cuando el criterio de regulación es distinto al de la capacidad económica.

Pero en ningún caso, la capacidad económica pierde su valor como criterio de ordenación cuando hacemos referencia a la aptitud subjetiva para participar en el sostenimiento del gasto público. Esta aptitud, tiene una línea de base insoslayable que está representada por el mínimo esencial en el marco de los balances fundamental y técnico.

A partir de la línea de base, la capacidad económica ya no es útil como criterio de comparación en un juicio de igualdad formal, sino que la igualdad material entra en juego y, con ella, el principio de progresividad que marca la diferencia objetiva entre quienes detentan mayor aptitud para contribuir al sostenimiento de los gastos públicos y quienes no tienen capacidad económica alguna para acceder a los beneficios de la vida en común.

Para ello se puede atender situaciones sobre las que objetivamente cabe una distinción en función de la capacidad económica, en aras de la justicia en la distribución del gasto público, de tal manera que se vulneraría el art. 14 de la CE, solo si para la discriminación subjetiva, realizada en aplicación del art. 31.1 de la CE, no media una razón objetiva de diferenciación basada en la capacidad económica.²⁶⁸

(a) La equidad en el sistema tributario y el principio de progresividad

Cuando se defiende la igualdad como criterio de imposición, se esta persiguiendo la paridad de tratamiento en lo material²⁶⁹ y no exclusivamente en lo formal.²⁷⁰

El Tribunal Constitucional español ha señalado que el principio de capacidad económica no agota el principio de justicia en materia contributiva. El sistema tributario —nos dice— para que sea justo, no puede separarse del principio de progresividad y del principio de igualdad. Dado que la igualdad material está íntimamente ligada al concepto de capacidad económica y al principio de progresividad, cierta desigualdad cualitativa —como la progresividad global del sistema tributario— es indispensable.²⁷¹

El sentido de la proporcionalidad que parece exigir la igualdad formal en relación con la capacidad económica como criterio o medida de la contribución de los sujetos a la financiación del gasto público, se rompe desde el interior del subsistema tributario en razón de la asignación de una función estructural al sistema tributario dirigida hacia el fin de alcanzar equidad. En efecto, en la medida en que el orden financiero exige que la redistribución de la riqueza dependa tanto de ingresos como de gastos, la progresividad en el sistema tributario y en tributos como el de la renta, muestran una función económico-social adicional a la de proveer de recursos económicos para la financiación del gasto público. La progresividad global del sistema tributario se dirige a la «aspiración» de redistribución de la renta.²⁷²

²⁶⁸ [España] Tribunal Constitucional. ATC 230/1994, FJ 2.

²⁶⁹ [España] Tribunal Constitucional. STC 27/1981.

²⁷⁰ Que se produciría solo eventualmente «cuando arbitrariamente se establezcan discriminaciones entre contribuyentes respecto de los cuales no media ninguna razón objetiva de diferenciación». ATC 230/1984.

²⁷¹ [España] Tribunal Constitucional. STC 27/1981.

²⁷² [España] Tribunal Constitucional. STC 27/1981.

Es preciso recalcar que la variación del concepto de capacidad económica que opera por la vinculación de este con otros principios en el subsistema tributario resulta del hecho de un balance al interior de un mismo régimen constitucional, en donde la función redistributiva se coordina indisolublemente con aquella asignada al gasto público,²⁷³ pero aplicada con técnicas y en ámbitos diversos.

3. La influencia de la doctrina clásica sobre el principio de capacidad económica en Hispanoamérica

La aproximación tradicional en la mayor parte de Hispanoamérica, en lo que corresponde a los límites en la configuración de los ingresos que financian la actividad pública, ha sido usualmente desde las exigencias del principio de igualdad. No obstante, por esta vía se ha introducido como criterio de comparación de los sujetos llamados a satisfacer el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, el principio de capacidad económica,²⁷⁴ aunque no aparezca de modo explícito en los textos constitucionales. En este marco, el principio de capacidad económica se lo concibe como un principio implícito²⁷⁵ que se justifica en otros principios explícitamente señalados en las Constituciones.

Así, por ejemplo, en Argentina «[e]l Gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro nacional formado [...] de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General [...]»,²⁷⁶ de modo que, «[l]a igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas».²⁷⁷ La Corte Suprema argentina, en aplicación de tales normas, ha manifestado que «[p]ara juzgar si el impuesto territorial es o no violatorio de la igualdad que establece el art. 16 de la Constitución Nacional debe tomarse en cuenta la condición de las personas que lo soportan en orden al carácter y a la magnitud de la riqueza tenida en vista por el gravamen», de modo que el impuesto sujeto a examen esta sujeto al principio conforme al cual «a igual capacidad tributaria con respecto a una misma especie de riqueza el impuesto debe ser, en las mismas circunstancias, igual para todos los contribuyentes».²⁷⁸ Así, en el ámbito tributario, en Argentina se ha dejado

²⁷³ [España] Tribunal Constitucional. STC 27/1981, FJ 4.

²⁷⁴ No obstante, también se discute la autonomía del principio de capacidad económica respecto del de igualdad. En Uruguay, ver en defensa de la autonomía, J. Rosetto. «Algunas reflexiones sobre el principio de capacidad contributiva», en *Revista Tributaria*, núm. 168, 2002, pp. 375-383.

²⁷⁵ Sobre los principios constitucionales implícitos, esto es, aquellos que pueden ser derivados de otros textos constitucionales, consultar R. Piza Escalante, R. Piza Rocafort y R. Navarro Fallas. *Principios Constitucionales*. San José: Investigaciones Jurídicas, 2008, pp. 267 y ss.

²⁷⁶ [Argentina] Constitución argentina, art. 4.

²⁷⁷ [Argentina] Constitución argentina, art. 16.

²⁷⁸ [Argentina] Corte Suprema de Justicia de la Nación. CSJN Fallos: 207:270 [causa s/n «Ana Masotti de Busso y otros c/ Provincia de Buenos Aires», sent. 07/04/1947]. A esta inicial sentencia, le siguen casos resueltos con el mismo criterio, tales como CSJN Fallos: 312:2467 [causa N. 81. XXI. «Navarro Viola de Herrera Vegas, Marta c/ Estado Nacional (DGI) s/ repetición», sent. 19/12/1989]; causa M.1328, L.XLVII, «Mera, Miguel Ángel (TF 27.870-I) c/ DGI», sent. 19/03/2014; o, recientemente, con remisión al dictamen del Procurador Fiscal, Fallos: 344:431 [causa FLP 22100095/2011/CS1 «Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires c/ P.E.N. s/ amparo ley 16.986», sent. 08/04/2021]. En la doctrina argentina, ver la relación del principio de igualdad con el de capacidad

señalado que la igualdad reconocida constitucionalmente, como base de los impuestos y las cargas públicas, implica el principio de capacidad económica.²⁷⁹

La Constitución colombiana, en el art. 95.9, fija como deber de «[c]ontribuir al financiación de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad» sin relación con el sistema tributario. Al mismo tiempo, en lo que corresponde al sistema tributario, el art. 363 *ibidem*, determina que se funda en los principios de equidad, eficiencia y progresividad.

En Perú, se ha dispuesto que, al ejercer la potestad tributaria, el Estado debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona.²⁸⁰

La Constitución ecuatoriana somete al sistema tributario a los principios de generalidad, progresividad, eficiencia, simplicidad administrativa, irretroactividad, equidad, transparencia y suficiencia recaudatoria; dispone que se prioricen los impuestos directos y progresivos; y orienta la política tributaria hacia la redistribución y promoción del empleo, la producción de bienes y servicios, y conductas ecológicas, sociales y económicas responsables.²⁸¹

La misma pauta de regulación y desarrollo del principio de igualdad y la capacidad económica se puede observar en Chile,²⁸² Colombia,²⁸³ Costa Rica,²⁸⁴ México,²⁸⁵ Nicaragua²⁸⁶ y Uruguay,²⁸⁷ donde no existe una explícita previsión

económica (referido como «capacidad contributiva») las referencias clásicas a D. Jarach. *Curso Superior de derecho tributario*, 2.^a ed. Buenos Aires: Cima, 1969, pp. 115 y ss.; V. Uckmar. *Principios comunes del Derecho constitucional tributario*. Bogotá: Temis, 2002; R. Spisso. *Derecho constitucional tributario*. Buenos Aires: Depalma, 1991, pp. 284 y ss.; o, M. García Etchegoyen. *El principio de capacidad contributiva. Evolución dogmática y proyección en el derecho argentino*. Buenos Aires: Abaco, 1998, p. 208.

²⁷⁹ [Argentina] Suprema Corte de Justicia de la Nación. SCJN Fallos 16:118; 101:401; 123:106, 134:425.

²⁸⁰ [Perú] Constitución peruana, art. 74, inc. 2.º

²⁸¹ [Ecuador] Constitución ecuatoriana, art. 83.15 y 300. Sobre el principio de capacidad económica en el contexto de la referencia constitucional a los límites materiales previstos en el art. 300 de la Constitución ecuatoriana, ver [Ecuador] Corte Constitucional. Sentencia núm. 65-17-IN/21, de 19 de mayo de 2021; 40-16-IN/21, de 2 de junio de 2021; 27-16-IN/21, de 19 de mayo de 2021; entre las 47 sentencias similares referidas a las tasas por utilización u ocupación del espacio público o la vía pública y el espacio aéreo municipal, suelo y subsuelo, por la colocación de estructuras, postes y tendido de redes pertenecientes a personas naturales o jurídicas privadas en varias circunscripciones cantonales; y, además, 65-17-IN/21, de 19 de mayo de 2021, sobre la constitucionalidad del art. 17 del Código Tributario que se refiere a la calificación del hecho generador de los tributos (acto jurídico y hecho económico).

²⁸² [Chile] Constitución chilena, art. 19.20. En el caso chileno, la igualdad como criterio de reparto se aplica explícitamente no solo a los tributos, sino también a toda carga pública.

²⁸³ Ver también, como ejemplos representativos de la doctrina judicial colombiana, [Colombia] Corte Constitucional. Sentencias C-293 de 2020; C-010 de 2018; C-060 de 2018; C-120 de 2018; C-015 de 2016; C-388 de 2016; C-426 de 2005; C-459 de 2004; C-155 de 2003; C-250 de 2003; C-776 de 2003; C-643 de 2002; C-183 de 1998; y C-537 de 1995.

²⁸⁴ [Costa Rica] Constitución costarricense, arts. 18 (deber de contribuir) y 33 (igualdad). Ver la aplicación del principio de igualdad, desde las exigencias de la razonabilidad justificada en la capacidad económica, [Costa Rica] Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Resoluciones núm. 03262-2017; 2017-017952; 01226-2014; 12611-11; 06259-2010; 08496-2006; 09754-2004; 13093-2003; 633-94; 2197-92.

²⁸⁵ [México] Constitución mexicana, art. 31.

²⁸⁶ [Nicaragua] Constitución nicaragüense, art. 48.

constitucional del principio de capacidad económica como límite material en el deber de contribuir.

Por otro lado, en Bolivia,²⁸⁸ Guatemala,²⁸⁹ Honduras,²⁹⁰ Panamá,²⁹¹ Paraguay,²⁹² República Dominicana²⁹³ y Venezuela²⁹⁴ el principio de capacidad económica se encuentra señalado explícitamente en los textos constitucionales y también se le ha dado uso de manera autónoma. En República Dominicana, el Tribunal Constitucional encontró que «el establecimiento de una sanción bajo el velo de un tributo [...] violenta el principio de capacidad económica»²⁹⁵ y lo hace invocando directamente la jurisprudencia de su homólogo español. Recoge para sí tres ideas (i) el principio de capacidad económica es el elemento determinante del deber de contribuir y de la proporción en que se lo debe hacer;²⁹⁶ (ii) se define por la aptitud para contribuir;²⁹⁷ y, (iii) es fundamento (causa que lo legitima) y medida de la obligación tributaria.²⁹⁸

El elemento común en los sistemas jurídicos hispanoamericanos es la aproximación a la capacidad económica como criterio de comparación en el juicio de igualdad. Por ejemplo, en el caso *Masotti de Busso*,²⁹⁹ la Corte Suprema argentina, a partir del criterio de igualdad con respecto a las cargas públicas, introdujo en el sistema jurídico positivo el principio de capacidad económica: la igualdad de tratamiento a quienes detentan igual capacidad tributaria.

No obstante, como principio con contenido normativo autónomo, también se ha seguido los planteamientos tradicionales sobre él han quedado expuestos. Así:

- El principio de capacidad económica implica la exigencia de que se grave un índice de riqueza y, en este sentido, se lo emplea como criterio objetivo para la imposición; y,

²⁸⁷ [Uruguay] Constitución uruguaya, art. 8. Esta norma establece el principio general de igualdad en los siguientes términos: «Todas las personas son iguales ante la ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes».

²⁸⁸ [Bolivia] Constitución boliviana, art. 108.7.

²⁸⁹ En este caso, el principio de «capacidad de pago» está vinculado por su definición con la idea de equidad. [Guatemala] Constitución guatemalteca, art. 239 y 243.

²⁹⁰ [Honduras] Constitución hondureña, arts. 38.

²⁹¹ [Panamá] Constitución panameña, art. 264.

²⁹² [Paraguay] Constitución paraguaya, art. 44. y art. 181.

²⁹³ [República Dominicana] Constitución dominicana, art. 75.

²⁹⁴ [Venezuela] Constitución venezolana, art. 316 y 317.

²⁹⁵ [República Dominicana] Tribunal Constitucional. Sentencia 0126/16, de 27 de abril de 2016. [Expediente núm. TC-01- 2011-0029, relativo a la acción directa de inconstitucionalidad incoada por la Asociación de Hoteles y Turismo de la República Dominicana (ASONAHORES) y la Asociación de Hoteles de Santo Domingo (AHSD) contra las ordenanzas núm. 3/2010 y 4/2010, ambas aprobadas por el Concejo Municipal del Ayuntamiento del Distrito Nacional el veintitrés (23) de diciembre de dos mil diez (2010)].

²⁹⁶ [España] Tribunal Constitucional. STC 182/1997, FJ 6.

²⁹⁷ [España] Tribunal Constitucional. SSTC 27/1981, FJ 4; 37/1987, FJ 13; 150/1990, FJ 9; 221/1992, FJ 4; 134/1996, FJ 6; y 182/1997, FJ 7.

²⁹⁸ [España] Tribunal Constitucional. SSTC 27/1981, FJ 4; 164/1995, FJ 8; 182/1997, FJ 7; y 194/2000, FJ 9.

²⁹⁹ [Argentina] Corte Suprema de Justicia de la Nación. CSJN Fallos 207:270, [causa (?) «Ana Masotti de Busso y otros c/Pcia. de Buenos Aires», sent. 7/4/1947].

- es también un parámetro de medida del tributo, relativo a la aptitud del sujeto para contribuir a través del sistema tributario.³⁰⁰

En este sentido, en el caso *Navarro*,³⁰¹ la Corte Suprema argentina, por ejemplo, en relación con la aplicación de impuesto sobre activos financieros en que la actora alegó que no eran de su propiedad a la fecha de sanción de la ley que impuso el tributo, señaló «la existencia de una manifestación de riqueza o capacidad contributiva es indispensable como requisito de validez de todo gravamen», de modo que el requisito implica la necesidad de que la manifestación de riqueza sea real y actual.³⁰²

E. LA IGUALDAD Y EL PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA EN MATERIA TRIBUTARIA

1. Principios de justicia en prestaciones tributarias de tipo conmutativo

Como he señalado, la igualdad formal no exige que una prestación tributaria deba ser configurada a la luz de un específico criterio. Esta exigencia se desprende de la igualdad material que determina los fines de la actuación pública. De modo que en este apartado tratamos de un específico criterio que por fuera de los principios de justicia a los que se debe ajustar un sistema tributario, se encuentran presentes en todos los sistemas jurídicos analizados y que resultan posibles en cuanto no altere el resultado en el funcionamiento del sistema tributario.

Interesa considerarlo en esta investigación porque la actividad pública se financia también a través de prestaciones patrimoniales coactivas en los que el criterio de intercambio está presente y, en este sentido, igual que las prestaciones tributarias de tipo conmutativo, deben ser considerados medios de financiación marginales por tratarse de instrumentos tendencialmente inequitativos. Requieren, por ello, ajustes en su estructura para evitar que resulten contrarios a la capacidad económica, como aptitud del individuo para absorber las cargas públicas de carácter económico impuestas para la financiación de las actividades encomendadas al Estado.

Se dice que el principio de equivalencia es el fundamento de las tasas y las contribuciones especiales y el criterio de su medida.³⁰³

El criterio de reparto del gasto público que se recoge en el presupuesto de una tasa se encuentra determinado por un vínculo calificado entre la actividad pública y el sujeto

³⁰⁰ La capacidad económica es potencialidad de asumir una parte de la carga de sostener los gastos públicos. Implica existencia de una riqueza en posesión de una persona y graduación del tributo según la magnitud de la capacidad económica que el legislador califica. Cfr. D. Jarach. *El Hecho Imponible. Teoría General del Derecho Sustantivo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1982, p. 87.

³⁰¹ [Argentina] Suprema Corte de Justicia de la Nación. SCJN Fallos: 312:2467.

³⁰² De modo que «[u]na ley que imponga o grave una contribución en función de una capacidad contributiva que ya no existe o que todavía no existe sería inicua. Violaría los más elementales principios de certeza jurídica y confianza del contribuyente. No obstante, podría aceptarse la retroactividad previsible por el contribuyente o bien cuando es dictada para corregir una situación de injusticia». G. A. Micheli. *Curso de Derecho Tributario*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1975.

³⁰³ Cfr. C. Martínez Sánchez. *El principio de equivalencia en el sistema tributario español*. Madrid: Marcial Pons, 2014, *passim*.

al que lo beneficia, afecta o refiere,³⁰⁴ de lo que se desprende su carácter conmutativo, al menos, en el sentido económico del término.³⁰⁵ El Tribunal Constitucional español manifestó que en la tasa se «evidencia de modo directo e inmediato un carácter sinalagmático que no se aprecia en otras figuras impositivas».³⁰⁶

Por definición, el hecho imponible de una tasa no constituye un índice de fuerza económica del sujeto pasivo. Tratándose de prestaciones cuyos presupuestos se configuran en relación con la prestación o realización de determinados servicios o actividades públicos, el criterio de reparto de la carga fiscal entre los sujetos pasivos de la exacción depende del coste de tales servicios o actividades; o, en el caso de tasas por uso privativo o aprovechamiento especial del dominio público, el elemento determinante constituye la utilidad o beneficio obtenido por el sujeto pasivo por el uso especial o aprovechamiento del que se trate.

En ambos casos, el hecho imponible se estructura con total independencia de cualquier elemento objetivo del que se pueda derivar una aptitud subjetiva para contribuir al sostenimiento de los gastos, y el criterio de medida de la prestación siempre está relacionado con el principio de equivalencia.³⁰⁷

Las tasas y las contribuciones especiales en el sistema tributario y los precios públicos entran a formar parte del universo de prestaciones que, como ingresos públicos, delimitan negativamente el espacio reservado a la solidaridad.³⁰⁸ se trataría de un cierto ahorro de la solidaridad a la que se debe arreglar el sistema jurídico en razón de las determinaciones constitucionales. Este mismo planteamiento es posible emplearlo para las prestaciones coactivas que no son ingresos públicos, en la medida en que sirvan para financiar, incluso indirectamente, la actividad pública.

³⁰⁴ Maffezzoni y los discípulos de la Escuela de Pavia, señalan que, al encontrarse vinculados los conceptos de capacidad económica y gasto público, los presupuestos de hecho de las entradas públicas, cualquiera que estas fuesen, deben al mismo tiempo constituir manifestación de capacidad económica y de servicios públicos prestados. Ver en este sentido F. Maffezzoni. *Il principio di capacità contributiva nel diritto finanziario*. Turín: UTET, 1970.

³⁰⁵ No se trataría de un índice que refleje la capacidad económica del sujeto llamado al cumplimiento de la prestación. Cfr. E. Simón Acosta, «Reflexiones sobre las tasas de las Haciendas Locales», en *Hacienda Pública Española*, núm. 35, 1975, 260; y del mismo autor, «Las tasas y precios públicos de las entidades locales», en *La reforma de las Haciendas Locales*, v. I. Valladolid: Lex Nova, 1991, p. 109.

³⁰⁶ España] Tribunal Constitucional. STC 233/1999, FJ 9.

³⁰⁷ En este sentido Cfr. J. Ferreiro Lapatza, «La clasificación de los tributos en impuestos, tasas y contribuciones especiales», en *Revista Española Derecho Financiero*, núm. 100, 1998, p. 554; A. Aguayo Avilés. *Tasas y precios públicos*. Lex Nova: Valladolid, 1992, p. 388; F. Martín Fernández. *Tasas y Precios Públicos en el Derecho Español*. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 140 y ss.

³⁰⁸ A. Fedele entiende que «la justificación de la “contribución” a los gastos públicos no puede ser encontrada, según una concepción privatizante, en una correlativa ventaja obtenida por el particular por la actividad del ente público; en el fenómeno tributario se desvela sobretodo un aspecto de la inserción del individuo en la colectividad, a cuya existencia tiene el deber de concurrir». A. Fedele, «Corrispettivi di pubblici servizi, prestazioni imposte, tributi», en *RDFSF*, núm. II, 1971, p. 27. La diferencia entre cooperación utilitaria y solidaridad en el ámbito tributario, imperante en el ordenamiento constitucional de los Estados sociales de Derecho, la pone de manifiesto, F. Moschetti, *Il principio di capacità contributiva*. Padua: CEDAM, 1973, p. 69. Se ha definido el sentido solidario al que hacemos referencia, de manera general, como «la conciencia conjunta de derechos y obligaciones que surgiría de la existencia de necesidades comunes, de similitudes de reconocimiento, de identidad que preceden a las diferencias sin pretender su allanamiento». J. de Lucas. *El concepto de Solidaridad*. México: Fontamara, 1993, p. 29.

En cualquier caso, desde la perspectiva del Derecho español, las tasas y las contribuciones especiales tendrán por función hacer efectivo el deber de contribuir de los individuos a un gasto público específico que el legislador considera que el conjunto de los integrantes de la comunidad no debe soportarlo solidariamente a través de impuestos. Las prestaciones no tributarias coactivas, del mismo modo, aunque no integren el sistema tributario tienen la misma función respecto del ahorro en los recursos fiscales destinados a la financiación solidaria de la actividad pública. Como se ha señalado ya, los precios públicos y otras figuras parafiscales, aunque se excluyen formalmente del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, materialmente son también mecanismos que sirven a la financiación del gasto público —positiva o negativamente— del mismo modo que el sistema tributario.

Así se haría evidente que, por una parte, en la financiación del gasto público se privilegie el empleo de los impuestos, y por otra, que el gasto público, que se financie a través de prestaciones determinadas en función de criterios no solidarios, esté delimitado a través de referentes precisos que justifiquen la racionalidad del régimen.

Ahora bien, los criterios materiales a los que se arreglan las figuras financieras de tipo paraconmutativo o conmutativo no se encuentran establecidos de manera directa en la Constitución.³⁰⁹ Los llamados principios de justicia conmutativa en el ámbito tributario son el resultado de un proceso inductivo de elaboración teórica.

El principio de equivalencia, por el beneficio obtenido o la provocación de costes, empleado para las tasas o las contribuciones especiales alude a la manera en que estos tributos operan en la distribución del gasto público entre los sujetos. Atentos a una vinculación específica entre la actividad pública y el sujeto pasivo de la prestación, es razonable —se dice— que el gasto público referido a tal actividad pueda ser distribuido entre aquellos individuos a los que les beneficia o se refiere, de modo que la sociedad no soporte las cargas de un integrante en particular..

En primer lugar, un criterio de delimitación del gasto que puede ser distribuido entre los sujetos a los que les beneficia o se refiere la actuación pública. En este sentido, por ejemplo, el art. 7 de la LTPP señala que «las tasas tenderán a cubrir el coste del servicio o de la actividad que constituya su hecho imponible».

En segundo lugar, el principio de equivalencia podría —no siempre es así— representar un criterio de distribución del gasto así delimitado. En este sentido, por ejemplo, el art. 19 de la LTPP establece que «el importe de las tasas por la prestación de un servicio o por la realización de una actividad no podrá exceder, en su conjunto, del

³⁰⁹ Para los discípulos de la Escuela de Pavia, el principio del beneficio se encuentra implícito en el de capacidad económica, lo que explicaría la omisión aludida. Como se sabe, la capacidad económica es una aptitud subjetiva que no puede ser medida en términos de beneficio por la actuación pública. En este contexto, no se trata de una solución aceptable aquella construcción que justifica la capacidad económica en una vinculación entre cargas públicas y la obligación de contribuir compensando las economías y deseconomías externas, según la cual, siempre que un sujeto obtenga beneficio económico de un gasto público no finalizado al producirlo, o tal beneficio sea obtenido provocando al mismo tiempo un perjuicio o carga en otros sujetos (externalidad) que exija la intervención del Estado por su relevancia, tal beneficio puede ser asumido como un índice de capacidad económica. Cfr. F. Gallo y F. Marchetti. «I presupposti della tassazione ambientale», en *Rassegna tributaria*, núm. 1, 1999, p. 140.

coste real o previsible del servicio o actividad de que se trate o, en su defecto, del valor de la prestación recibida».³¹⁰

El aprovechamiento especial del dominio público, que el Estado o los entes territoriales menores conceden o autorizan a favor de determinados individuos, implica necesariamente un gasto público con que enfrentar el deterioro que del uso del bien se deriva y la gestión administrativa dirigida a constituir el derecho o remover los obstáculos al ejercicio de otros (concesión o autorización, según sea el caso). En cualquiera de los supuestos señalados, el particular obtiene un beneficio específico, uno que los restantes miembros de la sociedad no reportan de manera directa con relación a los bienes de los que se trate. En este orden de ideas, es razonable que el beneficiario contribuya al sostenimiento de los gastos públicos que se relacionen con la ventaja que reportan individualmente. En este sentido, el art. 19.1 de la LTPP establece que la magnitud de la tasa depende del valor de mercado o el computo efectivo de la utilidad que le significa al sujeto pasivo de la prestación el uso del bien de dominio público.

Como se puede apreciar, en el fondo de la argumentación, está presente la idea de que el obligado tributario se haga cargo de los costes de una actividad pública de la que percibe alguna ventaja por sobre los demás integrantes de la comunidad. No encuentro el modo de sostener lo mismo cuando se trata de actividades públicas que se refieran a derechos fundamentales, donde no es posible considerar ventaja alguna que desequilibre la situación del obligado con respecto a los demás integrantes de la comunidad.

Por tanto, dado que cualquier servicio o actividad públicos o el uso privativo o aprovechamiento especial de un bien de dominio público implican un gasto público referido exclusivamente a un conjunto individualizable de sujetos, sería razonable que quien provoca los costes sea llamado a contribuir a su financiación de manera particular, bien en razón del beneficio que reporta de tal gasto, bien en una magnitud equivalente al valor de la prestación que recibe, incluso si esta no le beneficia, siempre que las prestaciones por las que debe pagar el tributo no afecten su posición en la comunidad como titular de un derecho fundamental.

2. Igualdad formal y equidad en prestaciones tributarias de tipo conmutativo

La idea de justicia conmutativa se explica en el sistema jurídico a partir de la igualdad formal. Los sujetos que integran un conjunto desde su relación con los costes provocados o el beneficio reportado por la actividad pública son quienes deben estar sujetos al mismo tratamiento dispensado en la ley y en su aplicación. La ley exige de ellos una compensación equivalente al beneficio o el coste provocado, cuando se produce el hecho imponible de una tasa o una contribución especial.

En aplicación del principio de igualdad formal, al realizarse el control de constitucionalidad solo cabría un juicio sobre su razonabilidad en función de «criterios o juicios de valor generalmente aceptados».³¹¹ De allí que el principio de equivalencia, en razón del beneficio o la provocación de costes, a efectos de la delimitación del específico

³¹⁰ Cfr. F. Sainz de Bujanda. *Lecciones de Derecho Financiero*. Madrid: Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1991, p. 267.

³¹¹ [España] Tribunal Constitucional. STC 111/1990, FJ 9.

gasto público a ser distribuido y la fijación de la magnitud del tributo, sería un criterio razonable que no vulneran el principio de igualdad jurídica.

Por ello, no creo exacto el planteamiento según el cual el principio de equivalencia estaría fundamentado en la igualdad,³¹² como si se tratase de una aplicación, sino, más bien, se debería entender que tal criterio es útil para aplicar y sortear el test de igualdad formal y, en este sentido, si no se produce a través de él diferencias arbitrarias, no vulnera las exigencias del principio de igualdad jurídica.³¹³

Por otra parte, la equidad (igualdad material), como criterio de participación en los beneficios y cargas de la vida social —en esta tesis, mirado con respecto a los derechos y deberes fundamentales—, puede entrar en juego de dos maneras:³¹⁴

Primero, en el interior del conjunto de los sujetos llamados a contribuir al sostenimiento del gasto específico, en razón del parámetro de equivalencia con respecto a los beneficios o los costes incurridos en la actividad pública. En tal caso, la prestación no podría ser un obstáculo para que los individuos que sufren exclusión o vulneración en el sistema de intercambio de bienes económicos, en razón de su disponibilidad de rentas, no puedan acceder a los bienes y servicios implicados; requieren un trato diferenciado para acceder a los medios que les permita satisfacer las necesidades básicas a las que se refieren los estados tutelados a través de la técnica de los derechos fundamentales. En este caso, el principio de capacidad económica que se reconoce como criterio de evaluación de un sistema tributario, puede entrar en juego para incorporar diferencias en el trato justificadas en la prescripción que ordena las decisiones normativas hacia el fin de la equidad.³¹⁵

Segundo, con relación a los elementos exteriores del conjunto de los referidos sujetos llamados a contribuir al sostenimiento de los gastos públicos a partir del criterio de equivalencia, la equidad se podría reflejar en la diferencia que se introduce al separar del sostenimiento común ciertos gastos públicos. La idea que subyace en una decisión de esta naturaleza, que aspira ser objetiva, podría ser que existen gastos públicos que por afectar a un conjunto específico de sujetos la diferencia es necesaria, idónea para satisfacer un fin legítimo, como evitar el uso de recursos públicos restringidos en

³¹² En este sentido Cfr. G. Casado Ollero. «El principio de capacidad y el control constitucional de la imposición indirecta (II). El contenido constitucional de la capacidad económica», en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 34, 1982, p. 233; M. Ruiz Garijo. «Adecuación de las tasas al principio de capacidad económica», en *Información Fiscal*, 1999, p. 76 – 77.

³¹³ El profesor R. Calvo Ortega ha señalado que el principio de igualdad en materia de tasas obliga al establecimiento de criterios generales que podrían ser alterados solo por la aplicación del principio de capacidad económica. Cfr. R. Calvo Ortega. «Principios tributarios y reforma de la Hacienda Municipal», en *La reforma de las Haciendas Locales*, v. I, Valladolid: Lex Nova, 1991, p. 55.

³¹⁴ F. Vicente-Arche ha negado la vinculación de las tasas al principio de capacidad económica al señalar que es necesario distinguir una obligación contributiva, regida por el principio de capacidad económica, de otras obligaciones tributarias sometidas a principios distintos del que informan la contribución al sostenimiento de los gastos públicos a la que se refiere el art. 31.1 de la CE. Cfr. F. Vicente-Arche. «Notas sobre el gasto público y contribución a su sostenimiento en la Hacienda pública», en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 3, 1994, p. 543 y ss. En el mismo sentido, entiende que no toda entrada pública es apta para realizar el concurso al gasto público, sino solamente aquellas a las que se puede calificar como solidarias, desde esta perspectiva, excluye como objeto del principio, las tasas. Cfr. F. Moschetti, *Il principio... op. cit.*, p. 98 y ss.

³¹⁵ [España] LTPP, art. 8 («En la fijación de las tasas se tendrá en cuenta, cuando lo permitan las características del tributo, la capacidad económica de las personas que deben satisfacerlas»).

servicios que no atienden necesidades básicas en razón del principio de sostenibilidad fiscal, y proporcional porque no coloca a tales sujetos considerados en conjunto en condiciones tales que sus rentas no puedan atender sus propias necesidades básicas. Tal medida se habrá ajustado a este concepto si, además, ha incorporado el criterio de equidad en el interior del conjunto.

F. CAPACIDAD ECONÓMICA COMO CRITERIO DE COMPARACIÓN EN EL ANÁLISIS DE EQUIDAD EN LA DISTRIBUCIÓN DE LAS CARGAS PÚBLICAS QUE SE ORIGINAN EN EL SISTEMA FINANCIERO PÚBLICO Y SU IMPORTANCIA EN RELACIÓN CON LAS PRESTACIONES PATRIMONIALES NO TRIBUTARIAS

1. La capacidad económica como criterio de equilibrio entre derechos fundamentales y deberes interdependientes

(a) Apogeo y crisis del principio de capacidad económica: restablecimiento de su importancia en el enfoque sistémico

Nos corresponde explorar la posibilidad de extender algunos de los contenidos desarrollados en el ámbito tributario para el principio de capacidad económica de modo que, reconfigurado, pueda ser empleado con alguna utilidad al ámbito de la distribución equitativa de las cargas públicas de naturaleza económica en el contexto del entero sistema financiero público. Esto tiene como explicación que la equidad como valor de salida en la distribución de las cargas públicas no excluye la posibilidad de emplear criterios de comparación entre las personas como la misma capacidad económica, como fundamento y criterio de medida, ya no de las relaciones de naturaleza tributaria entre el individuo y el Estado, sino de todas aquellas que tengan contenido económico e impliquen un gravamen con función financiera pública en la propiedad privada.

Al fin y al cabo, de lo que se trata es de determinar el criterio de distribución de cargas públicas de naturaleza económica que, aunque no tengan naturaleza tributaria están sujetas al principio de igualdad tanto desde la perspectiva de la regulación y aplicación, como de los fines del sistema jurídico. Por ello, tanto vale la capacidad económica como aptitud subjetiva para atender el requerimiento de la comunidad organizada para el pago de tributos, como para el pago de prestaciones coactivas de tipo financiero que, por cualquier razón, no deban incluirse en ese género.

Teniendo como coordenadas de estudio el sistema tributario, lo que nos interesa resaltar es que la mayor parte de la doctrina ha buscado dotar de algún contenido útil al principio de capacidad económica, intentando de esta manera dirigirlo al control de la legitimidad de la potestad de configuración jurídica exclusivamente en materia tributaria.

Como lo hemos visto ya, el desarrollo conceptual, en cualquier caso, ha estado marcado por el continuo ajuste del contenido del principio hasta su hipervalorización, punto desde el cual, atentos a la doctrina de los tribunales, se ha seguido el camino de la

progresiva reducción de sus exigencias hacia el establecimiento de un contenido mínimo.³¹⁶

En cualquier caso, la capacidad económica en el ámbito tributario no ha perdido importancia en varios de los aspectos expuestos, como se puede observar en varias de las sentencias expedidas por los jueces constitucionales.³¹⁷ Es posible partir de los desarrollos teóricos acerca del principio de capacidad económica en el ámbito tributario que hemos explorado panorámicamente en los apartados precedentes, para extrapolar ciertos contenidos a la reconfiguración del principio aplicable al entero fenómeno de las relaciones financieras entre las personas y el Estado, asumiendo las exigencias específicas que atañen a la equidad como valor de salida del sistema jurídico.

Con estos antecedentes, de cuanto se expuesto hasta el momento en relación con el principio de capacidad económica aplicado al ámbito tributario, me interesa extraer las siguientes ideas para describirlo como un principio regulatorio de la actividad financiera pública, cualquiera sea la tipología de prestación coactiva que imponga el Estado y deba ser soportada por los integrantes de la comunidad.

Primero. El principio de capacidad económica puede ser considerado desde una perspectiva objetiva y subjetiva.

El criterio objetivo, aunque útil para el ámbito tributario, resulta inaplicable a los casos en que las prestaciones patrimoniales coactivas no se configuran en relación con índices de riqueza. En este sentido, las prestaciones patrimoniales coactivas de naturaleza no tributaria desde la perspectiva del principio de capacidad económica tendrían un tratamiento similar al que les corresponde a las prestaciones tributarias de tipo conmutativo. Por otra parte, la capacidad económica como aptitud subjetiva para enfrentar una prestación compulsiva, sea tributaria o no, resulta fundamental porque la referencia de aplicación no es la hipótesis normativa, sino la situación de los individuos frente a las cargas públicas de naturaleza económica que se le exige por la fuente de la obligación o por las circunstancias de hecho en que se encuentra respecto de un bien o servicio del que no puede prescindir. En relación con este aspecto, cuando la prestación requerida se refiere a un derecho fundamental, la capacidad económica como aptitud subjetiva para enfrentar la contraprestación debida, es principalmente determinante en relación con lo que más adelante tratamos como mínimo esencial.

Segundo. El principio de capacidad económica como aptitud subjetiva resulta útil en el juicio de igualdad formal, cuando se lo utiliza para introducir diferencias basadas en la imposibilidad del sujeto para afrontar las cargas económicas que le son exigidas, sea que estas tengan naturaleza tributaria o no. En otros términos, resultan razonables las variaciones que se puedan introducir en la regulación o aplicación de las prestaciones patrimoniales coactivas de naturaleza no tributaria que se justifican en la

³¹⁶ Cfr. C. Palao Toboada, «Apogeo y crisis del principio de capacidad contributiva», en Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro, v. II, Madrid, Tecnos, 1976, p. 423.

³¹⁷ En España, por ejemplo, están en los últimos lustros las SSTC 73/2017; 72/2017; 70/2017; 59/2017; 48/2017; 47/2017; 37/2017; 26/2017; 140/2016; 85/2013; 19/2012; 176/2011; 7/2010; 295/2006; 189/2005; 10/2005; 255/2004; 193/2004; o 108/2004, en las que en uno u otro sentido se emplea la capacidad económica para establecer si el tributo se ha fijado con respecto a un índice de riqueza, si es posible efectuar un juicio de igualdad jurídica, si se afecta el principio como aptitud subjetiva, etc. Aunque en una misma materia, en Ecuador se han expedido en el último lustro 45 sentencias por la Corte Constitucional acerca de la inconstitucionalidad de tasas por vulnerar el criterio de equidad, a partir de la discusión del alcance del principio de capacidad económica.

ausencia de capacidad económica de los sujetos que participan en la financiación de la actividad pública a través de cargas económicas compulsivas.

Tercero. El principio de capacidad económica como aptitud subjetiva también resulta relevante en el análisis de la igualdad material. En este sentido, la realización de la igualdad real y efectiva de las personas, como fin de la actividad pública y el mismo sistema jurídico, exige que los mecanismos de financiación de la actividad prestacional a cargo del Estado, gestionada directa o indirectamente, no generen obstáculos para que las personas puedan acceder a los bienes y servicios vinculados con el goce y ejercicio de derechos fundamentales, en igualdad de condiciones respecto de quienes cuentan con la capacidad para absorber las prestaciones patrimoniales coactivas.

Cuarto. El principio de capacidad económica como criterio de configuración del sistema tributario no requiere ser explícito. Se lo puede extraer de las exigencias de la igualdad formal y/ o material como límite en las actividades de configuración del sistema jurídico. De hecho, en una buena parte de los países hispanoamericanos este ha sido la situación. De modo que, incluso en aquellos sistemas jurídicos en los que el principio de capacidad económica aparece como un principio específicamente referido al sistema tributario, sería posible extraer como principio implícito uno reconfigurado que se extrae del de igualdad general para aplicarlo al conjunto de relaciones económicas de las personas con el Estado en su actividad financiera.

Con estas ideas, la capacidad económica tiene relevancia para configurar la idea de igualdad material con la que se debe evaluar la decisión de elegir una específica modalidad de gestión y financiación de la actividad pública de la que se desprende una prestación patrimonial coactiva por estar relacionada con servicios públicos asociados a derechos fundamentales.

Del análisis medio-fin o funcional, entre la modalidad de gestión de APP y los derechos fundamentales, donde aparecen contraprestaciones compulsivas, es posible llegar a determinar si un proyecto APP es viable desde la perspectiva de la equidad si se respetan las exigencias del principio de capacidad económica reconfigurado para regular el conjunto de las relaciones de tipo económico que las personas tienen en el ámbito de la financiación de las actividades a cargo del Estado. Esto significa que el tipo de control adecuado para una decisión sobre la modalidad de gestión de un proyecto público, con la participación privada, no es el control constitucional que, con razón, debe autolimitar sus tareas a expulsar del sistema jurídico positivo actuaciones abiertamente arbitrarias. Por esta razón, el modo de organización institucional para atender los programas APP requieren niveles de control independiente en el ámbito administrativo (*gateways*) que viten los sesgos en decisiones basadas en la conveniencia de la modalidad y las formas de estructuración de los proyectos específicos.

La aptitud individual para contribuir en la financiación de la actividad pública, igual que en el sistema tributario, tiene una línea de base, aunque móvil, constituida por las rentas disponibles de cada individuo para dar cumplimiento al deber de autosatisfacción de las necesidades personales y familiares.

El sentido operativo de encontrar en el principio de capacidad económica una función de límite para las prestaciones patrimoniales coactivas en virtud del criterio de igualdad formal y, a la vez, un objetivo de la actividad pública en función del principio de equidad, en el enfoque sistémico, obliga a justificar las decisiones públicas cuando estas son de medio, como lo hemos justificado precedentemente.

Como he señalado la carga de evidenciar la eficacia de la decisión en función de los fines objetivados en el sistema jurídico positivo traslada el problema a la evaluación del cumplimiento de las metas previstas en los instrumentos de planificación con base en

los indicadores y medios de verificación ordinarios y la evidencia empírica provista por las fuentes estadísticas.

Esta concepción del principio de capacidad económica como uno de los criterios de equidad en la distribución de las cargas públicas (deberes fundamentales), que coloca a cada elemento del sistema tributario al servicio de este fin, supone en la práctica la reversión de la prueba sobre el hecho de que la decisión adoptada se dirige a alcanzar el objetivo del subsistema. Este no es el criterio empleado por los jueces constitucionales, debo aclararlo. Lo que ordinariamente se espera es que quien acusa la vulneración de los enunciados normativos justifique su planteamiento.

La reivindicación del principio de capacidad económica en clave de derecho fundamentales nos obliga a mirarlo como criterio de comparación intersubjetiva, ya no como un principio exclusivo del mundo tributario, sino como el referente para el análisis de igualdad material de las relaciones económicas de los individuos con el Estado, no solo para la distribución de las cargas, sino también para el que corresponde en los beneficios.

(b) Criterio de equidad aplicado a prestaciones impuestas que no tienen carácter tributario

He apuntado ya que, en materia de prestaciones tributarias como las tasas, en las que se emplea el principio de equivalencia como fundamento y criterio de medida, el principio de capacidad económica es aplicable como corrección frente a los obstáculos de tipo económico que pueden provocarse para que el apersona pueda acceder a el beneficio o al servicio referido al tributo. La idea central es que la elección misma del mecanismo de financiamiento y su configuración pueda excluir a quien no tiene aptitud de contribuir o incluido en el universo de quienes deben hacerlo bajo el criterio de equidad se pueda efectuar el trato diferenciado en función de la capacidad económica.

Me queda abordar una última idea, pero en este caso con respecto a prestaciones patrimoniales coactivas que no tienen carácter tributario. La cuestión es determinar si cuanto se ha señalado es predicable de prestaciones impuestas que tienen carácter retributivo, aunque no tengan carácter tributario.

En principio, me parece que no existe diferencia relevante entre las tasas y las prestaciones impuestas que no tienen carácter tributario en lo que dice relación con la aplicación del principio de equidad antes esbozado. No hay diferencia porque las tasas como cualquier otra prestación impuesta implican necesariamente una situación de coactividad en la que se encuentra el sujeto con relación al servicio a ser retribuido. En este sentido la igualación del conjunto de los sujetos llamados a satisfacer estas prestaciones no tributarias, a través de la ley, exigiría: (i) un trato igual en la ley y en su aplicación (igualdad formal); y, (ii) un trato diferenciado que busque eliminar las barreras (en este caso económicas) para el acceso a los medios para satisfacer las necesidades a las que se refiere la tutela de derechos fundamentales.

Al contrario, la diferencia entre las tasas y otras prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias se produce por el criterio que justifica su medida. Si para las tasas el fin buscado es separar del gasto común, aquel específico que beneficia o afecta a un conjunto determinado de sujetos, y compensarlo a partir del criterio de la equivalencia, la cuestión es llegar a determinar si la medida de las prestaciones impuestas no tributarias puede tener un límite. No se tiene que perder de vista que no existe un referente directo a nivel constitucional, del mismo modo que en el caso de las tasas.

En mi concepto, el límite viene dado por la naturaleza de la prestación debida: si se trata de una prestación patrimonial de carácter público, la situación del individuo llamado a satisfacerla es la de quien tiene limitada su capacidad de decisión, su autonomía de la libertad. En contrapartida, esta situación se produce en razón de la relación de necesidad que existe entre el sujeto y el bien o servicio. No hay posibilidad de elección posible y por ello la necesidad se ha de satisfacer abonando el importe de la prestación. Este tipo de relaciones se producen usualmente, aunque no exclusivamente, por efecto de: (i) un monopolio de derecho, esto es, la existencia de una reserva jurídicamente determinada en beneficio del suministrador, lo que ocurre normalmente en el caso de los servicios públicos; o, (ii) un monopolio o cuasimonopolio de hecho, esto es, no existe suficiente oferta en el mercado y el suministrador está en condiciones de determinar libremente la contraprestación sin que esta quede sometida a las reglas de la oferta y la demanda.

En estas circunstancias, quien suministra servicios que se pueden calificar de públicos de acuerdo con el sistema jurídico (monopolio de derecho), cualquiera sea su naturaleza jurídica, estaría impedido de determinar la medida de la prestación autónomamente, pues, la prestación no es de aquellas que suministra un productor de mercado a precios económicamente significativos (si se quiere usar el lenguaje de la SEC 2010). Esto justifica la intervención del legislador para definir límites en la medida de la contraprestación por el servicio público. Como hemos señalado, la ley como garantía de transparencia y debate de las determinaciones básicas sobre las relaciones entre los integrantes de la comunidad y sus formas de organización —más que como medio para hacer efectiva una ilusoria autoimposición— juega un rol fundamental en la justificación de las decisiones normativas, especialmente en lo que respecta a la realización de los derechos fundamentales.

Así que, cuando un gestor privado, con base en una relación de carácter contractual adquiere el derecho a percibir como retribución por el servicio público o uso de la infraestructura que ha edificado no podría estar —de hecho, no lo está en el sistema jurídico español— habilitado a adoptar decisiones por fuera de los límites previstos normativamente para las contraprestaciones. El problema se encuentra en el hecho de que los límites de las prestaciones no se derivan de ningún criterio externo a la viabilidad financiera del proyecto y, por ello, una ley que habilita a la Administración su determinación sin ningún otro lineamiento no refleja su estatus de garantía.

De acuerdo con las normas SEC 2010 cuando el bien o el servicio no se lo proporciona a precios económicamente significativos, esto es, determinados en función de la oferta y la demanda en un mercado competitivo, la actividad que realiza el productor se la califica como producción no de mercado. Las contraprestaciones que se cobran por servicios en estas circunstancias tradicionalmente fueron consideradas de carácter tributario.

(c) Construcción de la idea de un balance jurídico entre derechos a satisfacer y deberes a cumplir

Como lo hemos señalado, de los sistemas complejos en general y del jurídico en particular se predica que tienen como propiedad la estabilidad dinámica. Esto significa que los cambios que se producen en su interior pueden producir desequilibrios temporales, pero es propio de la dinámica sistémica el restablecimiento de la organización en un nuevo estado. La composición, la estructura y el funcionamiento del

sistema se adaptan a los cambios, manteniéndose la misma dinámica de manera continua.

Identificadas, a nivel general, las pretensiones tuteladas que corresponden al derecho fundamental del que se trate (el reconocimiento) y de los deberes fundamentales correlativos, corresponde establecer los agentes responsables de las conductas esperadas. Esto es realmente lo que significa desarrollar el sistema jurídico positivo en lo que respecta a los derechos y deberes fundamentales. Pasar de un enunciado normativo abstracto e impreciso a niveles de concreción operativa. Con absoluta independencia del tipo de competencia o procedimiento —incluidos los de control— que deba ejecutarse cada decisión que se integra al sistema es un modo de desarrollo de enunciados del tipo señalado.

El modo y límites de configuración de derechos y deberes es, en mi concepto, el factor que marca la diferencia básica entre las concepciones del derecho y las teorías presentadas en su contexto. Por ejemplo, Moreso plantea que el desarrollo de los principios es una solución técnica más ajustada al esquema ponderativo en el que intervienen los jueces constitucionales para establecer la regla aplicable caso por caso.³¹⁸

En este ámbito entran a actuar conceptos como el «contenido esencial» del derecho o el tipo de reserva normativa que corresponde a la regulación del ejercicio o desarrollo del derecho.

Como se ha anotado, salvo por lo que corresponde al deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, un específico deber que atañe al sistema financiero público, el tratamiento de los deberes ha sido muy limitado. Al igual que los derechos, los deberes tienen que concretarse operativamente dentro del sistema jurídico positivo, cualquiera sea la fuente de los contenidos a positivar.

Nótese que los roles de los agentes a cargo de las tareas de concretar un deber fundamental, del mismo modo que a los que les corresponde la protección y promoción de los derechos no se limitan al Estado y al titular del derecho. Los participantes pueden ser muchos. Por ejemplo, la obligación de servicio universal en algunos de los servicios económicos de interés general representa claramente un deber a cargo de un sujeto distinto al Estado y al titular del derecho que se configura en el sistema jurídico para asegurar el acceso a determinadas prestaciones mínimas a todos los titulares de un derecho fundamental.

Esta distribución de roles en la realización de prestaciones específicas derivadas del reconocimiento de derechos y deberes viene determinada también a través del sistema jurídico positivo.

El punto de partida para establecer la responsabilidad residual frente a la satisfacción de las necesidades de los individuos en comunidad es indiferente. Se puede afirmar con el mismo resultado que (i) le corresponde a cada individuo satisfacer sus necesidades individuales en la comunidad, salvo en aquellas prestaciones cuya satisfacción sea trasladada a la organización social o a un tercero de conformidad con el sistema jurídico positivo vigente, o bien, (i) el sistema jurídico podrá reservar a favor del Estado o atribuir a un tercero obligaciones vinculadas con la satisfacción de prestaciones

³¹⁸ Cfr. J. J. Moreso. «Alexy y la aritmética de la ponderación», en R. Alexy. *Derechos sociales y ponderación*. 2.^a ed. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 249 – 331.

referidas a un derecho fundamental, y, en todo lo demás, es deber del titular del derecho proveerse los medios para asegurar su autosatisfacción.³¹⁹

No hay aquí ningún techo, porque las limitaciones suelen ser fácticas y no jurídicas. Conviene alguna explicación a este respecto.

La razón por la que suele haber una lista más abundante de derechos en las constituciones de los países en desarrollo suele atribuirse al hecho de que las necesidades en la población requieren mayor intervención del Estado.³²⁰ En mi concepto, esto se debe a (i) una consciente determinación del proyecto común que busca acotar el sentido de desarrollo del sistema jurídico; o (ii) una defectuosa concepción de las implicaciones prácticas (como la satisfacción de deberes más demandantes) que tiene la multiplicación de objetivos de la acción colectiva institucionalizada.

Con razón señaló Bobbio, que «para la realización de los derechos del hombre a menudo son precisas condiciones objetivas que no dependen de la buena voluntad de quienes los proclaman ni de la buena disposición de quienes presiden los medios para protegerlos»,³²¹ de modo que el reconocimiento de derechos (liberales o sociales) no produce el resultado proclamado, sino que ello está supeditado al modo en que se alcanza el equilibrio en el balance iusfundamental y en el balance técnico.

Los derechos fundamentales reconocidos y los deberes, si son sus correlativos, interdependientes o complementarios, por hipótesis están en situación de equilibrio. El equilibrio al que nos referimos no es matemático, sino únicamente normativo, en el sentido de que la situación deseada por la comunidad organizada está representada por los derechos y deberes reconocidos en el sistema jurídico positivo.

Por supuesto, este equilibrio puede ser considerado injusto, inequitativo, inconveniente, errado, etc. con base en cualquier otro criterio de corrección que se enuncia por fuera del sistema jurídico positivo. Este no es el problema que abordamos cuando hacemos referencia a un equilibrio entre derechos y deberes de nivel constitucional, a nivel puramente normativo.

³¹⁹ Por el lado de los individuos y su deber de procurarse un oficio productivo para autosatisfacer sus necesidades el factor determinante está en las condiciones en cuyo contexto puede ejercer su autonomía de la libertad. En este sentido, la libertad material es un producto de la acción colectiva institucionalizada. La Corte Suprema argentina ha señalado que, en relación con el art. 26 de la CADH, «los Estados miembros de la OEA, convencidos de que el hombre solo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un "orden social justo", convinieron en dedicar sus "máximos esfuerzos" a la aplicación, entre otros, del principio según el cual «el trabajo debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia». [Argentina] Corte Suprema de Justicia de la Nación. CSJN Fallos 336:672, c. 9, [causa A. 59B. XLIII. «Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad», sent. 18/06/2013] Para la realización del derecho a perseguir su bienestar material, un trabajador debe estar rodeado, entre otras condiciones, de seguridad económica. [Argentina] Corte Suprema de Justicia de la Nación. CSJN Fallos 336:672, c. 9. En este marco están justificadas las políticas públicas dirigidas a promover el empleo pleno.

No hay modo de alcanzar el estado de cosas tutelado a través de derechos fundamentales si no se satisfacen, al menos, los dos deberes que hemos venido discutiendo: el de procurar un oficio productivo para autosatisfacer necesidades individuales y familiares; y, dependiente de él, el de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos.

³²⁰ A. Sant'Ana Pedra. «Los deberes de las personas y la realización de los derechos fundamentales», en *Estudios Constitucionales*, núm. 2, 2014, pp. 13 – 28.

³²¹ Cfr. N. Bobbio. *El tiempo de los derechos*. Madrid: Sistema, 1991, p. 82

Al equilibrio entre derechos y deberes, observado desde el punto de vista del sistema jurídico, nos referimos como «balance iusfundamental».

El balance iusfundamental es una herramienta conceptual que nos permite establecer los desvíos con respecto a los resultados alcanzados a través del sistema jurídico. En otros términos, si el funcionamiento del sistema jurídico produce el reconocimiento, protección y promoción de los derechos fundamentales a través del cumplimiento de los deberes correlativos, interdependientes o complementarios, bajo las exigencias de la equidad, podemos afirmar que el diseño del sistema jurídico funciona en equilibrio según los valores de salida deseados, esto es, según la configuración jurídica de tales derechos y deberes.

Con ello quiero decir que el derecho organiza las cosas o disciplina la acción, y aunque con tal función general puede afectar positiva o negativamente las relaciones del entorno social en el que se inserta, no está en capacidad por sí mismo de crear nada que sea real.³²² Desde este punto de vista, por ejemplo, los procesos productivos o los flujos reales y financieros que se producen en la comunidad (cualquiera sea la escala territorial que se considere) pueden ser alterados por los sistemas jurídicos positivos en la medida en que disciplinan la conducta humana, pero no se puede esperar que el sistema jurídico en sí mismo produzca riqueza.

Fijado un balance iusfundamental donde hay necesariamente derechos que reivindicar y deberes que cumplir, se requiere pasar a la fase técnica: su concreción operativa.

En materia de derechos fundamentales, la identificación de los «estados de cosas» tutelados, con las prerrogativas y pretensiones a ser satisfechas corresponden conducir la acción hacia las medidas de protección y promoción de los derechos y la concreción de los deberes.

En otros términos, una vez establecido qué se requiere alcanzar, *i. e.*, los valores de salida del sistema jurídico, ahora corresponde establecer los medios, el cómo se pueden alcanzar.

Desde el plano jurídico el «qué» suele incorporarse en enunciados abstractos e imprecisos que constan a nivel constitucional. Estos deben llegar a desarrollarse hasta el punto en que se adoptan decisiones operativas en casos concretos: suplir la receta en la farmacia a Juan o cobrar la tasa a José por el servicio demandado.

Penetrando aún más en la idea de identificación del derecho fundamental y los deberes, las normas de carácter general que sirven para desarrollar los enunciados de nivel constitucional, se concretan más en el ámbito de la Administración pública, en los instrumentos de planificación estratégica y periódica de la actividad a su cargo. De la planificación material o sustantiva de las actividades públicas nos ocupamos en el modo de ordenar el gasto para destinarlo a las actividades necesarias para satisfacer prestaciones vinculadas con derechos.

³²² Ver, por todos, J. Ayala Espino. *Instituciones y economía. Una introducción al neoinstitucionalismo económico*. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

(d) Balance técnico: la capacidad económica en términos de mínimo esencial como criterio de equilibrio

En un sistema de intercambio que históricamente se ha impuesto en la comunidad internacional, la riqueza que se produce y circula para proveer a los individuos, con independencia de su ubicación o condición, ciertos medios para cubrir sus necesidades.³²³

Hemos dejado establecido que, desde la perspectiva del sistema jurídico, la satisfacción de determinadas necesidades de los individuos se representan, en el contexto social, como una pretensión a mantener o alcanzar un estado de cosas digna de ser reconocida, protegida o promovida a través de la técnica de los derechos fundamentales, por ser comunes a todos los integrantes del conjunto de los seres humanos, sin que sea relevante para ello ninguna de las diferencias accidentales frente a la semejanza esencial de nuestra naturaleza y dignidad. Entonces, ¿quién paga por hacer efectivos estos derechos en un sistema de intercambio como el que vivimos?

Cuando les corresponde a los individuos satisfacer directamente sus necesidades, lo hacen con su propio esfuerzo, empleando los medios generales que la misma comunidad le provee y en el marco de los arreglos institucionales que el sistema jurídico determina. Así, el trabajador, cuya actividad está regulada en el sistema jurídico para su protección, percibe una renta que es fruto del sistema de intercambio para acceder a los satisfactores de sus necesidades. El empresario integra factores productivos y oferta en el mercado, intervenido institucionalmente para asegurar la competencia o, en ciertos sectores, sujeto a regulación en tutela de los intereses generales, bienes y servicios por los que obtiene también rentas. Los factores de la producción generan valor agregado en las sociedades que se distribuye en forma de rentas de las que se extrae una porción para ser redistribuida en forma de bienes y servicios a cargo de los órganos de la estructura en la que se organiza la sociedad.

Estas rentas son los medios ordinarios para obtener los medios para satisfacer las necesidades, acceder a la riqueza producida (bienes y servicios) y de este modo cubrir las necesidades. El crecimiento en estos términos alienta a cierto sector de la doctrina económica a proponer modelos que orienten las decisiones de política pública; otros, sin abandonar la base del progreso material, muestran otras formas posibles de desarrollo de la comunidad, al que se agregan aspectos sociales y ambientales. En este contexto se construyen indicadores con los que se comparan las comunidades; algunos perfilados exclusivamente en el nivel de producción, estadísticamente, distribuido entre los individuos (el crecimiento del producto interno bruto per cápita) y, otros, limitando el desarrollo humano sostenible a ciertos factores que son una mínima parte de los derechos reconocidos en el sistema jurídico (*v. gr.* el Índice de Desarrollo Humano del PNUD).

Una parte de estas mismas rentas —las ahorradas cuando se trata de deuda pública o las extraídas compulsivamente (impuestos) u obtenidas en vínculos conmutativos o paraconmutativos (precios o tasas)—, en un circuito que no se reduce al ámbito nacional, son la principal fuente de financiación de las actividades asignadas a

³²³ Ver M. Max-Neef. Desarrollo a escala humana: conceptos, aplicaciones y algunas reflexiones. Barcelona: Nordan e Icaria, 1998.

las instituciones del Estado para la satisfacción de las necesidades de los individuos, representadas en los derechos.³²⁴

La circunstancia de que la comunidad a través de sus instituciones requiere los medios financieros para atender las necesidades de la misma comunidad y sus integrantes, de igual modo que cualquier individuo en el contexto de un sistema de intercambio como algo dado en la realidad, da lugar al balance técnico que no es más que la representación en unidades monetarias de la identidad entre, por un lado, el valor de las necesidades básicas, individuales y familiares, a ser satisfechas y, por otro, la renta disponible de quien está llamado a satisfacerlas junto con las transferencias del Estado, provenientes del esquema redistributivo a cargo de los órganos del estado.

Sea un conjunto de medios al que le denominamos «canasta de derechos» (*CD*)³²⁵ que, en el contexto de una comunidad determinada, un individuo requiere para llevar una vida digna individualmente y junto con su familia. Los elementos del conjunto *CD* se expresan en unidades monetarias. Estos medios, en el contexto del sistema jurídico, constituyen necesidades básicas cuya satisfacción es una pretensión tutelada a través del reconocimiento de los derechos fundamentales.

Queda señalado que, desde el punto de vista de las prestaciones que se requieren para alcanzar la satisfacción de estos derechos fundamentales, las relaciones jurídicas derivadas de su formulación y su desarrollo no se limitan a la idea del «derecho subjetivo», específico vínculo jurídico en que el titular asume una posición activa respecto de otros en alguna materia, situación que se describe en función de las facultades o prerrogativas que le corresponden en la relación, donde hay quien es, como correlativo, obligado. Tampoco corresponde a la idea del «derecho subjetivo público» en donde la posición pasiva de la relación le corresponde siempre al Estado.

En el contexto de la organización de la comunidad, del derecho fundamental se derivan necesariamente un conjunto, no uniforme, de situaciones y relaciones referidas al fin de su satisfacción. Los arreglos institucionales colocan al titular del derecho fundamental en diversas situaciones jurídicas, activas y pasivas, al mismo tiempo.

De este modo, el titular del derecho fundamental, es en ciertas circunstancias destinatario de la acción de otros y en otras no; además, es también responsable frente al objetivo de su satisfacción.

Por ejemplo, si el sistema jurídico ha fijado como derecho fundamental ciertas prestaciones vinculadas con la salud, hay por supuesto, prestaciones positivas a cargo del Estado, pero es imposible concebir este derecho, en el contexto social, como algo que no exige cuidados propios.

Por otra parte, considérese un conjunto al que le llamamos «renta disponible» (*RD*)³²⁶ integrado por los flujos de ingresos que un individuo es capaz de proveerse por sus propios medios en aplicación de su deber de procurarse un oficio productivo, como rentas de su trabajo o del capital del que es titular; y, piénsese en el conjunto de prestaciones que, representadas en unidades monetarias, el Estado satisface en beneficio

³²⁴ Ver D. Wunder Hachem. «Mínimo existencial y derechos económicos y sociales: distinciones y puntos de contacto a la luz de la doctrina y jurisprudencia brasileñas», en *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, núm. 1, 2014, pp. 93 - 138.

³²⁵ (*CD* = {*b*|*b* es un bien económico o un satisfactor}).

³²⁶ *RD* = {*I*|*I* es un ingreso de trabajo o capital}.

de los integrantes de la comunidad, sin contraprestación, como resultado de su tarea redistributiva, siempre que estén referidas a derechos fundamentales (T).³²⁷

Finalmente, sea el conjunto de las prestaciones tributarias que afectan la renta disponible de los individuos. En este conjunto no se encuentran las prestaciones tributarias de tipo conmutativas y prestaciones patrimoniales coactivas de tipo retributivo (O).³²⁸

De cuanto se ha señalado, el balance técnico al que nos hemos referido quedaría representado en la siguiente expresión, cuyos términos deben ser representados en unidades monetarias:

$$CD = RD - O + T$$

Lo que significa que, la renta disponible de los individuos afectadas por el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, a través de los impuestos, y las prestaciones provistas por el Estado deben ser al menos suficientes para atender las necesidades básicas cuya satisfacción es una pretensión legítima en función de su reconocimiento como derecho fundamental.

Dado que las necesidades a ser satisfechas son un dato objetivo y la renta disponible define la capacidad económica de los individuos para autosatisfacerlas, las variables de ajuste del balance técnico al que hemos hecho referencia, es el sistema tributario y el gasto público destinado a satisfacer aquellas necesidades.

La línea de base de la renta disponible considerada en el balance técnico es lo que en el ámbito tributario se representa como mínimo esencial. En otros términos, las cargas tributarias no deberían afectar la renta disponible cuando esta equivale al mínimo de subsistencia y, si de hecho lo hace —como en el caso de los impuestos indirectos— para mantener el balance técnico en equilibrio se requiere arbitrar las medidas de compensación por el lado del gasto público.

Nótese que, si el balance técnico es un intento de traducir en unidades monetarias cierto aspecto del balance de derechos y deberes fundamentales, su desequilibrio se traduce en un desvío tendencial hacia la consecución de los fines del sistema jurídico positivo, concebidos a partir del contenido de los derechos fundamentales. Por ello, la distribución equitativa de las cargas públicas de carácter económico (sistema de fuentes de financiamiento público a cargo de la comunidad) y la de los beneficios (derechos fundamentales) es tan importante a partir de las variables de ajuste del balance técnico: si no se mantiene en equilibrio a través de los ajustes en las variables del sistema jurídico como socio-técnica fracasa en el cumplimiento de los fines positivados.

³²⁷ $T = \{P_c | P_c \text{ es una prestación a cargo del Estado}\}.$

³²⁸ $O = \{i | i \text{ es un impuesto directo o indirecto}\}.$

2. Mínimo esencial desde el punto de vista tributario y su aplicación extendida en el ámbito de la financiación de la actividad pública que depende de prestaciones coactivas no tributarias

(a) Noción del mínimo esencial

Si en el ámbito tributario la aptitud a la contribución implica la disponibilidad de una riqueza —señalaba Giardina— «no puede considerarse dotado de una riqueza disponible quien deba destinar los propios recursos económicos a la satisfacción de las más elementales necesidades de la vida».³²⁹

Entender el alcance del principio de capacidad económica como criterio de evaluación del sistema tributario, exige revisar el contexto jurídico, político, económico y social en el que se debe aplicar como límite.³³⁰

No sobre toda riqueza se puede hacer efectiva la función del tributo. El sentido de «disponibilidad a título definitivo»³³¹ que debe tener el índice de riqueza para el sujeto pasivo, adiciona un carácter relativo al contenido al principio. En efecto, aun cuando exista una manifestación de riqueza, una porción de ella no podrá ser gravada pues está dirigida a la satisfacción de necesidades de su titular: mínimo exento.³³²

Consecuencia inicial de la concepción del deber tributario como un deber de solidaridad es la necesaria exclusión de toda imposición sobre los medios económicos que el individuo requiere para satisfacer sus necesidades.

Solo a través de la exclusión constitucional de criterios de valor puramente individualistas o que supriman la singularidad de los integrantes de la comunidad, es posible configurar la intangibilidad de una parte de la riqueza que permita al individuo el goce efectivo de los derechos que componen el conjunto básico de los bienes jurídicos que garantizan socialmente el respeto a su dignidad, reconociéndose, al mismo tiempo, la responsabilidad individual en la consecución de esa porción de tales derechos y la obligación de la colectividad de proveerlos con una porción de la riqueza no implicada en ese conjunto, a quienes no tienen acceso a los referidos bienes jurídicos.

La aproximación ordinaria al «mínimo exento», «mínimo esencial» o «mínimo vital» se la hace desde el régimen del impuesto a la renta de personas físicas o naturales³³³ y, en el caso español, en lo que respecta al impuesto sobre el patrimonio. En el recuadro 6.1 se sintetiza el régimen vigente para España.

³²⁹ E. Giardina. *Le basi teoriche del principio di capacità contributiva*. Milano: A. Giuffrè, 1961, p. 448.

³³⁰ «[E]l contenido de la capacidad -se señala- no puede extraerse exclusivamente del artículo 31. Es necesario de una parte, integrar el sentido de la misma en la comprensión unitaria del fenómeno financiero y conectar, de otra, el significado obtenido con el sistema material de valores amparado en la norma fundamental». G. Casado Ollero, «El principio de capacidad y el control constitucional de la imposición indirecta (II). El contenido constitucional de la capacidad económica», en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 34, 1982, pp. 226 y 227.

³³¹ J. Pérez de Ayala y E. González. *Derecho Tributario*, v. I. Salamanca: Plaza Universitaria Ediciones, 1994, p. 158.

³³² Cfr. J. Martín Queralt *et al.* *Curso de Derecho financiero y tributario*, 11a. ed. Madrid: Tecnos, 2000 p. 117.

³³³ Al respecto, J. Martín Fernández (coord.). *El mínimo personal y familiar en el impuesto sobre la renta de las personas físicas. Análisis de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, a la luz del Derecho comparado*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales-Marcial Pons, 2000. En España se introdujo en la década de los noventa. P. Herrera Molina. «Fundamento y configuración del mínimo personal y familiar», en J. Martín

No obstante, el criterio técnico que subyace en el concepto es relevante para aplicaciones múltiples desde la perspectiva de las decisiones públicas.³³⁴

El objeto del concepto es excluir de los gravámenes que afectan a la renta (como flujo o acumulada —*stock*—) lo necesario para que la persona pueda cubrir sus «necesidades vitales» y, con el mismo criterio, las familiares. Por ello, cuando se piensa en el tributo, se hace referencia a aquella renta como el «mínimo exento» y, cuando se lo hace con respecto a su destino de las rentas, como «mínimo esencial» o «mínimo vital». En este sentido lo empleo en estas líneas en razón de que, en la línea adoptada, entendiendo que la posición del individuo con respecto al sistema tributario y a su deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, depende de la que ocupa con respecto a su deber de autosatisfacer sus propias necesidades y las de quienes dependen de él. En otros términos, el mínimo esencial es un indicador objetivo que permite relacionar al individuo con el entero sistema financiero público (no solo en lo tributario) y la satisfacción de las necesidades a las que se refieren los derechos fundamentales.

En el ámbito tributario, el mínimo esencial detrae de la base imponible la renta que se considera indisponible, de modo que la aplicación del sistema de tarifas, con efecto progresivo, se aplica a partir de la renta por sobre la línea de base señalada.

El aspecto más importante del mínimo esencial es el criterio para su determinación. Bajo el concepto de la posibilidad de construir una canasta de derechos que permite identificar la posición de equilibrio en el balance técnico, lo mínimo que se espera es que los medios para satisfacer los derechos fundamentales sean incluidos. Como se ha dicho la identificación de tales medios, desde la perspectiva jurídica, pasa en primer lugar por la determinación de los contenidos esenciales de cada derecho. Solo a partir de ello es posible planificar la actividad pública, desde la perspectiva material y financiera.

La identificación de los contenidos esenciales de cada derecho fundamental permite, además, reconocer la pobreza en términos de carencia, sin reducirla al nivel de ingreso o al nivel de consumo, como es la práctica ordinaria. La medición de la pobreza en términos de derechos fundamentales no es una novedad en las disciplinas económicas y, por ello, resultan interesantes los estudios interdisciplinarios que permitan algún nivel de coincidencia entre la actividad del jurista y los instrumentos prácticos para la formulación de las políticas públicas a partir del conocimiento básico de la realidad.

Fernández (coord.). El mínimo personal y familiar en el impuesto sobre la renta de las personas físicas. Análisis de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, a la luz del Derecho comparado. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales-Marcial Pons, 2000, pp. 1 – 16.

³³⁴ Cfr. F. Sáenz Fernández. «Análisis cuantitativo», en J. Martín Fernández (coord.). El mínimo personal y familiar en el impuesto sobre la renta de las personas físicas. Análisis de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, a la luz del Derecho comparado. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales-Marcial Pons, 2000, pp. 99 - 109.

Recuadro 6.1: Aproximación al caso español en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) y en el Impuesto sobre el Patrimonio (IP)

Como se ha anotado, el mínimo exento se lo emplea en el IRPF y en el IP españoles. En el primer caso, se lo fija en consideración de las circunstancias personales y familiares de las personas, tales como la edad, situación de discapacidad y el número de dependientes); en el segundo, la línea de base corresponde a un monto fijo igual en todos los casos.

El mínimo exento operaba inicialmente como una deducción de la cuota, luego de aplicarse la tarifa correspondiente a la escala de rentas. A partir de 1998, adquirió el sentido que ahora se emplea en esta investigación: se trataba de una técnica que se emplea para establecer la porción no gravada de la renta percibida por el contribuyente, de modo tal, que el gravamen no afectaría a las rentas destinadas a la satisfacción de las necesidades personales y familiares del contribuyente, atendiendo las circunstancias particulares que se protegen. Sin embargo, la reducción de la carga tributaria real resultaba variable porque las circunstancias particulares del contribuyente se conectaron con las rentas obtenidas, por lo que la magnitud del beneficio aumentada en función de las rentas. Por tal razón, en el año 2007 se modificó el criterio para que la disminución de la carga tributaria a través de los mínimos personales y familiares sea común a todos los contribuyentes, cualquiera sea su nivel de renta. Con este propósito, el monto correspondiente al mínimo exento no se reduce ya de la renta del período para determinar la base imponible, sino que ahora se lo considera parte de la base liquidable con gravamen a tarifa cero.

El régimen distingue el mínimo personal y el mínimo familiar. La progresividad opera a partir del mínimo exento, cuyo monto forma parte de la base liquidable general y, si existe, del saldo de la base liquidable del ahorro.

El mínimo personal es de cuantía fija (5.550 euros) y corresponde al concepto general de mínimo esencial. Se acrecienta el monto en razón de la edad —65 (más 1.150 euros) y 75 años (más 1.400 euros)— y alguna condición de discapacidad —se gradúa en función del grado de afectación y de la necesidad de ayuda de terceros—.

El mínimo exento personal se aplica sin importar el número de integrantes de la unidad familiar o régimen de tributación elegido —declaración individual o conjunta—.

Para el caso de los incrementos del mínimo en razón de la edad, en el esquema de tributación conjunta se aplica atendiendo las circunstancias de cada uno de los cónyuges.

Para la determinación del monto de exención como mínimo familiar se toma en consideración el número de dependientes, ascendientes y descendientes, del contribuyente y que tales circunstancias ocurran a la fecha del devengo de la obligación.

En el caso de los descendientes en línea recta, el régimen incluye a quienes cumplan los siguientes requisitos:

- Sean menores de 25 años, salvo que se trate de un discapacitado, en cuyo caso no hay límite de edad; y
- que conviva con el contribuyente; o
- dependa económicamente del contribuyente y que conviva con él. Se entiende que existe dependencia económica, cuando el descendiente no obtiene anualmente rentas superiores a 8.000 euros.

Si el descendiente convive con un progenitor y depende económicamente del otro, los dos contribuyentes tendrían derecho a aplicar el ajuste por descendiente para el cálculo del mínimo exento familiar.

El monto del ajuste crece en función del número de descendientes en una escala con valores fijos que varían entre el primero y el cuarto, a partir del cual se mantiene.

Adicionalmente, se aplican reducciones en función de la edad (si son menores de 3 años) y tienen algún tipo de discapacidad y según su grado.

En lo que corresponde a los ascendientes en línea recta que dependen del contribuyente, para la aplicación del ajuste se requiere que:

- convivan con el contribuyente, al menos, seis meses en el ejercicio respectivo; y, que dependa; y,
- dependan económicamente de él, con el mismo criterio antes referido.

Con el mismo sentido tutela aplicable al contribuyente, en el caso de los ascendientes dependientes, el monto exento por concepto de mínimo familiar se incrementa en razón de la edad (75 años) o si el dependiente tiene alguna incapacidad.

Las Comunidades Autónomas pueden modificar hasta un límite del 10 %, los mínimos personales y familiares, con efecto en el cálculo del gravamen autonómico.

En el caso del Impuesto al Patrimonio, el mínimo exento se aplica como una reducción de la base imponible del impuesto por un monto de 700.000 euros. Este valor puede ser modificado por la Comunidades Autónomas.

Fuente: elaboración propia a partir de LIRPF y LIP

(b) Extensión del mínimo esencial al ámbito del sistema financiero público y su importancia en el modelo de gestión

La noción de mínimo esencial vista desde la perspectiva del subsistema tributario acota el enfoque a ciertas cargas, con una específica naturaleza jurídica, que se trasladan al individuo para atender las necesidades de financiación de la actividad pública. El mínimo de esencial, entendido de este modo, constituye un modo de configurar el deber de contribuir al sostenimiento del gasto público.

Sin embargo, he apuntado, con un enfoque más amplio, que el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos es uno de los deberes fundamentales que aparecen como correlativos al reconocimiento, protección y promoción de los derechos fundamentales. He subrayado que, incluso antes del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, hay otro que se suele soslayar en el sistema jurídico y que tiene relación con la responsabilidad individual para proveerse de los medios necesarios para atender las necesidades básicas a nivel individual y familiar.

Con estas consideraciones, es claro que la equidad en materia de las fuentes de financiamiento de la actividad pública, como componente de un sistema financiero público justo, no se limita a la aplicación del estándar predicable del sistema tributario.

El enunciado constitucional más general y, por ello, aplicable a toda categoría de ingreso público originado en el esfuerzo individual es el de igualdad que, como lo hemos anotado, no se restringe a aquella igualdad formal (en la ley y en su aplicación), sino al de igualdad material, que equivale al concepto de equidad que he empleado como criterio de justicia básico del sistema financiero público.

Bajo las determinaciones del principio de igualdad, los ingresos no tributarios obtenidos desde las personas, en razón de una actividad pública, estarían sujetas a (i) la proscripción de cualquier diferencia arbitraria o injustificada y (ii) el ajuste a las determinaciones normativas sobre los objetivos previstos en el sistema jurídico.

La relevancia que tienen las rentas inafectadas dentro de la lógica sistemática de las relaciones financieras entre los integrantes de la comunidad y la Administración

pública como gestor del interés colectivo, por tanto, sobrepasan el ámbito de los mínimos exentos como institución propia del subsistema tributario. La intangibilidad de las rentas personales para atender las necesidades (individuales y familiares) que no son provistas por la comunidad a través del Estado no es un problema que se reduce al mínimo exento en el ámbito del impuesto a la renta.

La variación del modelo de gestión de las actividades a cargo de la Administración pública, como lo he anotado, supone modificaciones en la situación jurídica de las personas respecto de las relaciones materiales y financieras que mantiene con la comunidad organizada y la Administración como gestora del interés general.

Tal situación implica un desbalance en su posición original, derivada de las rentas disponibles para atender la canasta de derechos.

El efecto inmediato se concreta en:

- Un agregado de bienes jurídicos que no se financian más con base en el principio de solidaridad.
- El efecto expansivo de los tributos vinculados con el consumo.

En el proceso de restablecimiento del balance, el monto de las rentas inafectadas requiere ser revisado para mantener la posición original de la que hipotéticamente se parte.

Cualquier otra conclusión implica un tendencial desvío hacia la inequidad del sistema financiero público, por el lado de los ingresos, porque asumiendo que la renta disponible no ha variado, el usuario de servicios delegados a la iniciativa privada tendrá que postergar la satisfacción de otras necesidades o prescindir del servicio gestionado indirectamente. Por estas razones, el cambio de modalidad de gestión de un servicio público que atiende una necesidad básica, situación que se protege a través del reconocimiento de un derecho fundamental, introduce una barrera económica para el acceso al medio. El efecto de una situación así, en un desvío en las exigencias de la igualdad material, pues, quien menos renta dispone tiene en menores posibilidades de acceso al servicio.

(c) Técnicas para cuantificar los elementos que se relacionan en el balance técnico

La medida del bienestar usualmente ha estado ligada a la idea tradicional de que se alcanza a través de la satisfacción de un conjunto de necesidades priorizadas, por ser siempre ilimitadas, a través de la asignación de recursos limitados. El nivel de consumo y la producción de bienes y servicios como medios de satisfacción, en el marco de elecciones posibles, definen el nivel de bienestar.

Con esta premisa, en el ámbito de la teoría económica neoclásica, la aproximación a la pobreza se realiza desde la perspectiva de la medida del ingreso y del consumo. Si la persona obtiene suficientes recursos para satisfacer sus necesidades puede alcanzar bienestar y no es pobre. La pobreza es con esta visión la carencia de recursos financieros para acceder a los medios para satisfacer sus necesidades: esta carencia se la mide directamente por el ingreso o indirectamente por el consumo.

Por supuesto, esta teoría ha sido objeto de múltiples críticas en su propio ámbito. Una persona puede carecer de salud, no haber accedido a una educación de calidad, etc. Estas condiciones no se representan con una medida acerca del dinero. Sen entiende que es necesario alejarse de la idea de reducir el análisis del bienestar y la desigualdad a partir del ingreso y la posesión de bienes materiales.³³⁵ De Sen precisamente se deriva el enfoque de «capacidades» y «oportunidades» de la personas para actuar en ventaja de sí mismo y de la comunidad. El bienestar, desde este otro enfoque, no abandona la relevancia del ingreso, sino que agrega dimensiones distintas que muestran a la pobreza como las privaciones de las personas para acceder a oportunidades y alcanzar el desarrollo de las capacidades que se estiman, con valor normativo, «básicas». Agregar dimensiones a la pobreza y definir los criterios de bienestar, implica procurar establecer el modo en que las personas son pobres.

El método de las necesidades básicas insatisfechas (NBI) fue uno de los primeros esfuerzos para introducir las mediciones multidimensionales del bienestar y la pobreza. La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) se ocupó de la implementación del criterio a partir de los trabajo de Streeten³³⁶ en la década de los ochenta. A este esfuerzo se agregó la dimensión de la «pobreza monetaria» para absorber el estado transitorio o permanente de la pobreza.³³⁷

Desde inicios de la década de los noventa, el Programa de la Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) ha publicado el denominado Índice de Desarrollo Humano (IDH) que emplea el enfoque de capacidades de Sen, con las dimensiones de la salud, educación y nivel de vida.³³⁸

En el Informe de Desarrollo Humano, a partir del 2010, se ha agregado el índice de pobreza multidimensional (IPM) desarrollado por S. Alkire y J. E. Foster³³⁹ en el contexto de la *Oxford Poverty and Human Development Initiative*.³⁴⁰ Se parte de las dimensiones de la pobreza que tradicionalmente se venían empleando en el IDH, pero ahora se las define con base en indicadores extendidos. En la tabla 6.1, se identifican las dimensiones de la pobreza empleadas, los indicadores para cada dimensión (las 3 iniciales), los criterios de privación, el peso que cada indicador tiene en el IPM global y, fundamentalmente, su relación con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS).

³³⁵ Cfr. A. Sen. *Sobre la desigualdad económica*. Barcelona: Crítica, 1979, pp. 130-132

³³⁶ Ver, por ejemplo, P. Streeten. «Human development: Means and ends», en *American Economic Review*, vol. 84, núm. 2, 1994, pp. 232-237

³³⁷ Esta dimensión le corresponde a R. Kartzman. *La medición de las necesidades básicas insatisfechas en los censos de población*. Montevideo: CEPAL, 1995. [LC/MVD/R.131].

³³⁸ Mahbub ul Haq se ocupó de trasladar el enfoque de capacidades al IDH.

³³⁹ Ver S. Alkire y J. E. Foster. «Counting and multidimensional poverty measurement», en *Journal of Public Economics*, vol. 95, núm. 7-8, pp. 476-487.

³⁴⁰ Oxford Poverty and Human Development Initiative [web institucional]. Disponible: <https://ophi.org.uk>

Tabla 6.1: Índice de pobreza pultidimensional global de OPHI

DIMENSIÓN DE LA POBREZA	INDICADOR	DESCRIPCIÓN CRITERIO DE PRIVACIÓN	PESO	ODS
Salud (1/3)	Nutrición	Toda persona menor de 70 años para la que existe información nutricional está desnutrida.	1/6	ODS 2: Hambre cero
	Mortalidad infantil	Un niño menor de 18 años ha muerto en el hogar en el período de cinco años antes de la encuesta.	1/6	ODS 3: Salud y bienestar
Educación (1/3)	Años de escolarización	Ningún miembro elegible del hogar ha completado seis años de educación.	1/6	ODS 4: Educación de calidad
	Escolarización	Cualquier niño en edad escolar no asiste a la escuela hasta la edad en la que completaría la clase 8.	1/6	ODS 4: Educación de calidad
Nivel de vida (1/3)	Energía para cocinar	Un hogar cocina utilizando combustible sólido, como estiércol, cultivos agrícolas, arbustos, madera, carbón vegetal o carbón.	1/18	ODS 7: Energía limpia y asequible
	Salubridad	El hogar no tiene instalaciones de saneamiento mejoradas o no, o está mejorado pero se comparte con otros hogares.	1/18	ODS 6: Agua limpia y saneamiento
	Agua potable	La fuente de agua potable del hogar no es segura o el agua potable está a una caminata de 30 minutos o más desde casa, ida y vuelta.	1/18	ODS 6: Agua limpia y saneamiento
	Electricidad	El hogar no tiene luz.	1/18	ODS 7: Energía limpia y asequible
	Vivienda	El hogar tiene materiales de vivienda inadecuados en cualquiera de los tres componentes: piso, techo o paredes.	1/18	ODS 11: Ciudades sostenibles
	Activos	El hogar no posee más de uno de estos bienes: radio, TV, teléfono, computadora, carro para animales, bicicleta, motocicleta o refrigerador, y no posee automóvil ni	1/18	ODS 1: Fin de la pobreza

Fuente: Oxford Poverty and Human Development Initiative. *Global Multidimensional Poverty Index* [web], [consulta: 2/12/2020]. Disponible en: <https://ophi.org.uk/multidimensional-poverty-index/>

Es muy notorio que los 10 indicadores empleados no cubren todos los ODS y, como queda indicado, los ODS no reflejan todas las exigencias del reconocimiento, protección y promoción de todos los derechos fundamentales, incluso únicamente en su formulación en instrumentos internacionales. Este enfoque del IPM ha sido integrado en las estadísticas oficiales en muchos de los países hispanoamericanos, con las adaptaciones que se han estimado relevantes³⁴¹ y, aunque no se los haya incorporado en los sistemas jurídicos como referente oficial, se los ha aplicado a 107 países en desarrollo.³⁴²

Un primer problema en relación con la medida de la pobreza y el bienestar está en la determinación de que aquello que se considera básico y cómo se llega a esta definición. Estos aspectos usualmente se han mantenido en un espacio externo a los

³⁴¹ Por ejemplo, Colombia, México, Chile, Costa Rica y El Salvador. Cfr. R. Angulo Salazar, Y. Díaz Cuervo y R. Pardo Pinzón. «Índice de Pobreza Multidimensional para Colombia (IPM-Colombia) 1997-2010», en *Archivos de Economía* [en línea], núm. 382, 2011, [consulta: 2/12/2020]. Disponible: <http://www.dnp.gov.co/PortalWeb/EstudiosEconomicos/ArchivosdeEconomia.aspx>; [Chile] Ministerio de Desarrollo Social y Familia Ministerio de Desarrollo Social (2016). *Metodología de medición de pobreza multidimensional con entorno y redes* [en línea], Serie Documentos Metodológicos Casen núm. 32, 2011, [consulta: 2/12/2020]. Disponible: http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casenmultidimensional/casen/docs/Metodologia_de_Medicion_de_Pobreza_Multidimensional.pdf.

³⁴² PNUD y OPHI. Trazar caminos para salir de la pobreza multidimensional: *Lograr los ODS* [en línea], 2020, [consulta: 13/11/2020]. Disponible: <https://ophi.org.uk/multidimensional-poverty-index/>.

mecanismos institucionales con los que se definen las primeras elecciones en una comunidad, sus valores. Las que marcan la definición de bienestar y pobreza son prescripciones metajurídicas que, en el mejor de los casos, se formalizan en actos jurídicos subordinados. A partir de esta predeterminación se han construido todas las bases estadísticas para medir y comparar la situación de bienestar y pobreza entre los países.

Es interesante subrayar que los modelos de medición así concebidos, después, son asimilados en los sistemas jurídicos en los niveles más operativos de su funcionamiento. Ahí, las decisiones con trascendencia normativa ya no se conectan unas a otras en la secuencia lógica que exige la dinámica —idealmente concebida— del sistema jurídico. En otros términos, las reglas más generales del sistema jurídico que definen los valores de salida del sistema, se sustituyen por prescripciones metajurídicas aportadas desde la política, especialmente económica, en función de elecciones adoptadas en el ámbito de la academia y no de la comunidad. El salto lógico implica, por ejemplo, que los mínimos esenciales en la estructura de los impuestos que afectan a la renta de las personas físicas o naturales vienen definidos con metodologías que se construyen a partir de canastas de bienes y servicios calificados como básicos, sin ningún referente jurídico, sino basados exclusivamente en la «técnica» que opera como un estándar internacional.

Al enfoque de oportunidades y capacidades, desde la perspectiva del derecho, requiere agregarse una buena dosis de democracia deliberativa y, con ella, partir de determinaciones que institucionalmente se realizan sobre lo que se asume como lo básico: los derechos fundamentales.

De este modo, es posible conceptualizar el bienestar y la pobreza a partir de las privaciones que las personas sufren en clave de derechos fundamentales. El goce y ejercicio de los derechos fundamentales, conceptualmente, habilitan a las personas a acceder a las oportunidades que la vida en común ofrece y a generar las capacidades necesarias para que, con igualdad y libertad reales, puedan elegir el tipo de vida que individual y familiarmente desean.

La visión de un Estado de derechos y justicia, que se ha previsto a nivel constitucional, muestra una comunidad en la que se valora el esfuerzo institucional desde el reconocimiento, protección y promoción de los derechos fundamentales. El bienestar, redefinido y redimensionado, en el sintagma del «Buen Vivir», incluido en la Constitución ecuatoriana, muestra la relevancia que tienen los contenidos de los derechos fundamentales en su construcción. Con esta perspectiva, el sistema jurídico se restablece como pauta institucional para la métrica del bienestar y la pobreza. A través del reconocimiento de los derechos fundamentales, sus contenidos esenciales, los medios de satisfacción de las prestaciones positivas o negativas, entre otras derivaciones institucionales, es posible construir las medidas (i) del bienestar como nivel de protección y promoción de los derechos fundamentales y (ii) de la pobreza como brecha entre, por una parte, el estado de cosas que la sociedad valora y reconoce como una pretensión legítima para cada integrante de la comunidad (equidad, en sentido jurídico) y, por otra, la situación individual y/o familiar con respecto al goce y ejercicio de sus derechos fundamentales que representan este estado de cosas.

Esta visión coloca a las personas como titulares de derechos con umbrales mínimos a ser alcanzados³⁴³ y aunque el acceso a ellos, en un mundo de intercambio y de medios de pago, depende del ingreso y se representa en el consumo de bienes y servicios como satisfactores, los puntos de referencia o dimensiones ya no dependen del criterio promovido desde la academia, sino de las decisiones que la comunidad adopta a través de sus instituciones, en el contexto de una democracia —mejor, deliberativa—.

Metodológicamente, las métricas multidimensionales que se basan en derechos fundamentales, por ahora, están limitadas en su alcance por el contenido de las encuestas a hogares. Llegar a definir los indicadores con base en los contenidos mínimos de los derechos fundamentales tiene problemas que requieren soluciones previas. Precisamente la determinación de contenidos operativos desde la perspectiva jurídica para cada derecho fundamental y luego la traducción en criterios objetivos, medibles y comparables, especialmente, a través de unidades monetarias. Un procedimiento así permitiría obtener los componentes del balance técnico al que hemos hecho referencia, pero ya teniendo como base los derechos fundamentales y no una canasta de consumibles calificados como básicos por fuera de las determinaciones de valor contenidas en el sistema jurídico.

(d) Pobreza y contenidos esenciales de los derechos fundamentales

Los estudios sobre pobreza con perspectiva jurídica son indispensables.³⁴⁴ «Era un día horrible, había estado lloviendo todo el tiempo. Estaba parado en una zona muy pobre y enfrente a mí estaba otro hombre parado sobre el lodo. Y bueno nos miramos. Este era un hombre de corta estatura, delgado, con hambre, desempleado, cinco hijos, una esposa y una abuela. Yo era el refinado economista de Berkeley, maestro de Berkeley, etc. Nos mirábamos frente a frente y de pronto me di cuenta de que no tenía nada coherente que decirle en esas circunstancias; que todo mi lenguaje de economista era obsoleto. ¿Debería decirle que se pusiera feliz porque el producto interno bruto había subido un 5% o algo así?»,³⁴⁵ Así inicia una entrevista Max-Neef, para referirse críticamente al método convencional en el que se ha producido y reproducido su disciplina. Una cosa muy parecida les ocurre a los juristas cuando se alejan del sentido funcional que debe tener todo sistemas jurídicos. Si los derechos fundamentales son valores que representan fines de la acción colectiva institucionalizada, los sistemas jurídicos deben ser diseñados para alcanzar estos objetivos. Un enfoque sistémico nos lleva a evaluar el funcionamiento del sistema jurídico positivo en función de sus propios indicadores para tomar acción. Por eso he insistido en que cabe un estudio de eficacia intrasistémica, con independencia del tradicional examen de validez de las decisiones de relevancia jurídica.

³⁴³ Cfr. R. Castillo Añazco y F. Jácome Pérez. «Medición de la Pobreza Multidimensional en Ecuador» [en línea], s/d, p. 4 [consulta: 12/11/2019]. Disponible: https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/POBREZA/2017/Pobreza_Multidimensional/ipm-metodologia-oficial.pdf

³⁴⁴ Ver, por ejemplo, M. A. Vela Ávalos. «La condición de pobreza como categoría sospechosa de discriminación en América Latina», en *IgualdadES*, núm. 4, 2021, pp. 153-182.

³⁴⁵ A. Goodman. «Entrevista a Max-Neef» [en línea], en *Solman*, [consulta: 12/06/2019]. Disponible: <http://www.solman-ongd.org/index.php/prueba/159-entrevista-a-manfred-max-neef-159>

Para la economía heterodoxa cabe un proceso de desarrollo mejor que otro, si se deja a un lado los indicadores de crecimiento cuantitativo de los objetos, y buscamos indicadores de satisfacción de las necesidades humanas. Para un jurista heterodoxo es posible un sistema jurídico más efectivo si se piensa más que en límites, en objetivos. En los dos casos, hay cierta comunión en los esfuerzos: las necesidades humanas.

No es posible agregar en un mismo conjunto a las necesidades y a los medios destinados a satisfacerlas. Las necesidades son más o menos estables, son finitas, pocas y clasificables. Estas, cuando corresponden a la idea de lo básico, son usualmente el objeto de los derechos fundamentales. Las maneras de satisfacer estas necesidades cambian en el tiempo y los lugares, se determinan culturalmente.³⁴⁶ A su organización y disciplina se dirige el desarrollo del sistema jurídico, a partir del reconocimiento de derechos fundamentales en enunciados abstractos e imprecisos.

Una necesidad humana insatisfecha crea una «patología social», por eso no es posible hablar de «pobreza», sino de «pobrezas».³⁴⁷ Las necesidades humanas usualmente se conciben como carencia: hay «algo que falta». Los medios para satisfacerlas «definen la modalidad dominante que una cultura o una sociedad imprimen a las necesidades».³⁴⁸ Los medios para satisfacer necesidades representan formas de ser, tener, hacer o estar que contribuyen a la realización de las necesidades. No son los bienes y servicios que se proveen en el mercado. Estos son la materialización de la manera en que entendemos pueden ser satisfechas coyunturalmente tales necesidades, varían históricamente, por la cultura y por los estratos sociales. Cuando se discute sobre la modalidad de gestión de un servicio público, en realidad se lo hace sobre aquello que es coyuntural, no sobre el medio, no sobre la necesidad. Cuando se propone someter la decisión de elección de la modalidad APP a un análisis de equidad en realidad lo que se plantea es ocuparse de la necesidad a ser satisfecha, antes de definir el medio.

¿Quién y cómo se decide las necesidades que deben ser satisfechas socialmente, el método de satisfacción y el responsable de proveer los medios? Para esto sirve el derecho y por ello hemos hecho tanto énfasis en las premisas de esta investigación en la estructura y funcionamiento del tipo de sistema que diseñamos, el modo de capturar y positivar las estimaciones sociales y el sentido funcional de la actividad material y financiera del Estado. He reiterado que el sistema jurídico y sus reglas transversales de competencia, procedimiento y justificación son el mecanismo técnico para hacer que los fines y los medios se objetiven en el contexto de una comunidad organizada.

Ahora bien, las carencias que importan al derecho son las que quedan definidas por el contenido de los derechos fundamentales. En este sentido, nos interesa la determinación de sus contenidos a través de la intervención del legislador y también de los órganos que aplican las normas más generales del sistema.

³⁴⁶ Ver M. Max-Neef. *Desarrollo a escala humana: conceptos, aplicaciones y algunas reflexiones*. Barcelona: Nordan e Icaria, 1998, pp. 35 y ss.

³⁴⁷ Ver S. Alkire y J. E. Foster. «Counting and multidimensional poverty measurement», en *Journal of Public Economics*, vol. 95, núm. 7-8, pp. 476-487.

³⁴⁸ Ver M. Max-Neef. *Desarrollo a escala humana: conceptos, aplicaciones y algunas reflexiones*. Barcelona: Nordan e Icaria, 1998, pp. 50.

Las constituciones hispanoamericanas, igual que la Constitución española, incorporan en los sistemas jurídicos positivos estatales los derechos fundamentales con reconocimiento internacional.

En España hay dos normas constitucionales relevantes en materia de configuración jurídica de los derechos fundamentales: los arts. 53.1 y 81.1 de la Constitución Española establecen el régimen de reserva de ley en la materia. De acuerdo con el art. 53.1 de la CE «[s]ólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)».³⁴⁹ Por su parte, el art. 81.1 de la CE establece que corresponde una reserva de ley orgánica «al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas». Puestas en relación estas normas se suele discutir el alcance de los términos «regular el ejercicio» y «desarrollo» de los derechos fundamentales, pues, en el primer caso, en principio se trataría de una reserva de ley ordinaria, mientras que, en el segundo, de una reserva de ley orgánica.³⁵⁰

En lo que corresponde al reconocimiento, respeto y protección de lo que en el ámbito constitucional español se denominan «principios rectores de la política social y económica», el art. 53.3 de la CE remite su concreción a ley y a su aplicación por la Administración pública y los jueces.

La regulación del ejercicio de derechos fundamentales, que ha de operar mediante ley, implica —según alguna tesis— la concreción espacial, temporal y modal de su objeto y contenido, pero no la imposición de límites, salvo aquellos que provienen del mismo texto constitucional.³⁵¹ No obstante, el criterio determinante para establecer la aplicación de una específica reserva de ley al tipo de regulación, según la doctrina del Tribunal Constitucional, se asienta en la idea de «contenido esencial» del derecho fundamental. El Tribunal Constitucional español, con respecto a la idea de desarrollo de un derecho fundamental y libertad pública ha señalado que «consiste, precisamente, en la determinación de su alcance y límites en relación con otros derechos y con su ejercicio por las demás personas, cuyo respeto, según el art. 10.1 de la C.E., es uno de los fundamentos de orden político y de la paz social».³⁵² No obstante, hay que tener presente que no toda ley que «afecte» a los derechos fundamentales, exige una reserva de ley orgánica en los términos del art. 81.1 de la CE, sino exclusivamente «cuando «desarrolle» la Constitución de manera directa y en elementos esenciales para la definición del derecho fundamental, ya sea en una regulación directa, general y global

³⁴⁹ El art. 161.1.a) de la CE establece: «El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada. [...]». Al control abstracto de la ley que regula el derecho fundamental o la libertad pública referido, el sistema constitucional español agrega la protección individual de los derechos fundamentales y libertades (art. 14 y sección primera del capítulo segundo de la CE) y de la objeción de conciencia, del art. 30 de la CE, un procedimiento preferente y sumario, y en todo caso el amparo constitucional. [España] Constitución Española, art. 53.2.

³⁵⁰ [España] Tribunal Constitucional. SSTC 83/1984, 121/1997, 182 y 234/1997 y 173/1998, respecto del alcance de las reservas de ley, en general, y de ley orgánica.

³⁵¹ Cfr. I. Villaverde. «Esbozo de una teoría general de los derechos fundamentales», en *Revista jurídica de Asturias*, núm. 22, 1998, pp. 33 - 58.

³⁵² [España] Tribunal Constitucional. SSTC 127/94 (FJ 5) y 101/91.

del mismo o en una parcial o sectorial, pero, igualmente, relativa a aspectos esenciales del derecho, y no, por parcial, menos directa o encaminada a contribuir a la delimitación y definición legal del derecho».³⁵³

De tal manera que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional español referida, la configuración del derecho, esto es, la determinación de su contenido esencial es un espacio de regulación que requiere una ley orgánica porque constituye un desarrollo de la norma constitucional de reconocimiento abstracto del derecho fundamental.³⁵⁴ La implicación de esta doctrina es relevante, pues, no presupone un contenido esencial prenормativo de los derechos constitucionales reconocidos, sino que su determinación queda abierta «a la libertad de configuración normativa del legislador de los derechos fundamentales»,³⁵⁵ aunque esta libertad de configuración está limitada, además que por los enunciados constitucionales, por el principio de intervención mínima del Estado en los derechos fundamentales.³⁵⁶

Con pocas excepciones, como las SSTC 5/81 y la 83/84, el Tribunal Constitucional español parece considerar que son equivalentes la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales con su limitación.³⁵⁷

Aunque nos resulte difícil admitir que el constituyente prefirió la configuración del derecho fundamental con la intervención del legislador ordinario, ya mediante una ley orgánica especificando el contenido del derecho con reconocimiento constitucional, ya incorporando una regulación que no se refiera a las características que hacen reconocible al derecho fundamental del que se trate, el texto constitucional empuja a estimar que, en esta materia, España es receptora de las tesis básicas iuspositivistas.

Este mismo criterio se lo encuentra en la legislación y las decisiones de carácter jurisdiccional en el ámbito hispanoamericano.

Por ejemplo, para la configuración jurídica de los derechos fundamentales, en Honduras se introdujo un régimen un tanto más complejo en los arts. 61, 62 y 63 de su Constitución:

- La Constitución lista en su texto ciertos derechos fundamentales, no obstante, siguiendo la práctica hispanoamericana, esta enumeración no es limitativa pues se reconocen derechos «que nacen de la soberanía, de la forma republicana, democrática y representativa de gobierno y de la dignidad del hombre».³⁵⁸
 - No pueden ser aplicadas «leyes y disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden, que regulen el ejercicio de las declaraciones, derechos y garantías establecidos en esta Constitución, si los disminuyen, restringen o tergiversan».³⁵⁹
- De esta prescripción se desprende que es posible la configuración de los derechos mediante actos de autoridad distintos a la ley, en la medida en que no se disminuyan, restrinjan o tergiversen. El límite de participación de la ley y otros actos de autoridad en la regulación de los derechos fundamentales vendría

³⁵³ [España] Tribunal Constitucional. STC 127/94, FJ 3.

³⁵⁴ [España] Tribunal Constitucional. SSTC 101/1991 (FJ 2); 160/1987; 161/1987; 57/1989; 132/1989; 110/1991; 212/1996; 173/1998.

³⁵⁵ [España] Tribunal Constitucional. STC 127/94, FJ 3.

³⁵⁶ [España] Tribunal Constitucional. STC 121/1997, FJ 10.

³⁵⁷ [España] Tribunal Constitucional. SSTC 11/81 y 127/94

³⁵⁸ [Honduras] Constitución de Honduras, de 11 de enero de 1982, reformada, art. 63.

³⁵⁹ [Honduras] Constitución de Honduras, de 11 de enero de 1982, reformada, art. 64.

determinado por el contenido del derecho fundamental que, en principio queda fijado en la Constitución en los supuestos específicamente listados, pero que, por efecto del art. 63 *ibidem* referido puede implicar un control con criterios metajurídicos.

- En la configuración jurídica del derecho fundamental, «[l]os derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático».³⁶⁰ Se trata, pues, de un enunciado tan abierto como el que permite el reconocimiento de derechos no previstos explícitamente en la Constitución.

Por su parte, la Corte Suprema argentina ha sostenido que para que los derechos fundamentales resulten efectivos y no ilusorios se deben reglamentar con la finalidad de darles todo el contenido que la Constitución les asigna porque toda actuación pública debe dirigirse a garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución y los tratados internacionales.³⁶¹

Con la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales, algo que es objeto del derecho y no de la política económica, recién es posible identificar lo que se requiere medir estadísticamente. Este, me parece que es el modo de construir, un balance iusfundamental y un balance técnico como herramienta técnica para evaluar las decisiones sobre las modalidades de gestión de los servicios públicos vinculados a los derechos, antes de pasar a los instrumentos de planificación material y financiera del Estado o cualquier otro instrumento de desarrollo de las normas más generales del sistema.

Con las herramientas concretas para definir la canasta de derechos de nuestro balance técnico ya es posible determinar lo que significan los sobrecostos de la estructuración de una APP y los efectos derivados del sistema tributario en el desbalance.

G. EL SISTEMA TRIBUTARIO Y EFECTOS DERIVADOS DE LAS APP COMO MODALIDAD DE FINANCIACIÓN DE LA ACTIVIDAD PÚBLICA

¿Qué efectos genera el cambio del modelo de gestión y financiación de las actividades públicas en él? Asumamos que en un punto de partida hipotético el balance iusfundamental y el balance técnico se encuentran en equilibrio; es decir, los derechos pueden ser satisfechas a través del cumplimiento de los deberes fundamentales, desarrollados en el sistema jurídico; y, las necesidades que integran la canasta de derechos son cubiertas con las rentas disponibles y las transferencias sin contraprestación que realiza el Estado a favor del individuo, incluso luego de la aplicación de las cargas reguladas a través del sistema tributario sin alteraciones.

Para contestar la cuestión, abordamos el significado del cambio de la modalidad de gestión de la actividad pública a partir de las elaboraciones teóricas que preceden.

³⁶⁰ [Honduras] Constitución de Honduras, de 11 de enero de 1982, reformada, art. 62.

³⁶¹ [Argentina] Corte Suprema de Justicia de la Nación. CSJN Fallos 335:452, c. 10.

1. Sustitución del principio de solidaridad para la financiación del gasto público por el criterio de conmutatividad: el cambio el carácter de la contraprestación y de la naturaleza del servicio a ser provisto

Cuando el derecho y la economía³⁶² concibieron al Estado como un ente con atribuciones residuales e instrumentales, absolutamente destacado de los individuos, y estos fueron considerados como sujetos que asumen una posición prevaleciente en la satisfacción del interés colectivo e individual y —por ello— beneficiarios de la mayor protección jurídica posible de su esfera privada, «el entero fenómeno de las finanzas públicas [fue] reconstruido en términos de «intercambio» entre tributos y servicios públicos o, por lo menos, de remuneración de la contribución del Estado a las actividades económico-productivas, siempre gestadas prevalecientemente a nivel de la sociedad de los privados».³⁶³ Desde tal visión, una categorización de los tributos, en cuanto correlativos de todo servicio público, inicialmente fue del todo irrelevante, en la medida en que tal correlación resultaba su característica fundante.³⁶⁴

Como efecto de la influencia de las ciencias económicas la asunción en el ámbito jurídico se fundó la diferenciación de las categorías tributarias con base en la divisibilidad del servicio público, elaborado desde hace mucho tiempo bajo el supuesto de que todo ingreso público es causal.

Lo que por ahora interesa resaltar es que, desde antiguo y debido a la influencia de los postulados derivados de la economía, el régimen de las prestaciones debidas al Estado por la provisión de servicios públicos había sido construido sobre criterios de conmutatividad.

La clasificación de los tributos adquirió relevancia jurídica³⁶⁵ en el momento en que se debió justificar la aplicación de una reserva normativa en materia tributaria, basada en la idea de que solo mediante ley es posible incidir en la esfera de la libertad y propiedad individuales: la constatación de la existencia de ingresos públicos que se derivaban de la prestación de servicios cuya obtención transparentaba un interés del individuo, que en sí mismo justificaría la prestación pecuniaria, propició el debate doctrinario para determinar la naturaleza de las tasas y su conceptualización jurídica a propósito de la aplicación de la reserva de ley.

Una discusión de tal relevancia se efectuó en el contexto de un debate metodológico, en los albores de la sistematización del Derecho tributario. La causa

³⁶² La incerteza en la determinación de la tasa es también el resultado de la mezcla entre los conceptos jurídicos y económicos que caracterizaron el inicio de los estudios modernos en el Derecho tributario y particularmente en la tasa. Este fenómeno está vinculado con el mayor desarrollo de la economía en el momento que emerge el Derecho tributario como disciplina autónoma y fundamentalmente por la correspondencia de los conceptos económicos clásicos con el momento político que caracteriza el nacimiento del Estado liberal. Cfr. A. Fedele, *La tassa*, *op. cit.*, p. 7 y ss.

³⁶³ Cfr. A. Fedele, *La tassa*, *op. cit.*, p. 7 y ss.

³⁶⁴ La inicial fungibilidad de los términos tributo, tasa, impuesto, derecho, entre otros, se explica desde esta concepción. Cfr. A. Fedele, *La tassa*, *op. cit.*, p. 10.

³⁶⁵ La diferenciación doctrinaria entre tasa e impuesto surgió en la segunda mitad del siglo XIX, en Italia. Cfr. C. Sciacca Scalabrino, «Tasse ed imposte nella legislazione e nella giurisprudenza del Regno di Sardegna, del Granducato de Toscana e del Regno di Napoli, nel secolo diciannovesimo», en *RDFSF*, I, 1971, p. 81 y ss.

jurídica en el Derecho financiero, se decía, constituye el elemento que condiciona el acto de imposición, determina su validez y sus efectos. La causa de la obligación tributaria tendría que ser buscada en las ventajas generales y particulares que serían procuradas a los contribuyentes a través de la actividad pública, que en cuanto «fin práctico de la contribución», constituyen «la razón económica y jurídica por la cual el contribuyente se adapta o desea ser parte de la asociación»³⁶⁶ y, al mismo tiempo, el límite a toda pretensión impositiva, de donde se desprende que un tributo no tiene causa «cuando el gasto que debe repartir no existe».³⁶⁷

Las críticas se construyeron sobre la afirmación de que la *causa impositiva* es irrelevante cuando el método de análisis coloca sus cimientos en la conceptualización del tributo como prestación coactiva en razón de su fuente.³⁶⁸ Una vez constatada la relevancia de la conmutatividad del vínculo entre la actividad pública y la prestación pecuniaria solo en el interior de la estructura de la norma que establece la prestación, el problema se reduce a determinar la justificación de legitimidad de la opción elegida por el legislador en la formulación de la norma y su correspondencia con el sistema de valores fijados en la Constitución para las prestaciones de carácter tributario.

Hoy se ha reavivado nuevamente el debate con las mismas bases conceptuales. Se afirma que es necesario restablecer el criterio del beneficio para reorganizar las finanzas públicas en situación de crisis.³⁶⁹ La justificación es que si se trata de servicios divisibles de beneficio individual resulta razonable que el usuario sea quien satisfaga el coste de su suministro. Por ello, resulta irrelevante quien lo provee, si se puede conseguir mejores niveles de eficiencia en la provisión.

La realidad nos muestra que, en ejercicio de su libertad de configuración jurídica, el legislador ha afectando el sentido de la equidad en relación con el gasto público y las cargas compulsivas que se pueden trasladar a las personas. Dicho de otro modo, aquello que originalmente se financiaba con impuestos bajo el criterio de solidaridad, bien puede ser objeto de financiación a través de tasas, esto es, con un criterio de conmutatividad, o bien a través de ingresos públicos, o incluso a través de precios privados. Hemos llegado a este punto nuevamente.

³⁶⁶ B. Griziotti, *Studi di diritto tributario*, Padua, CEDAM, 1931, p. 20 y ss. Desarrollan los mismos conceptos M. Pugliese, *L'obbligazione tributaria*, Padua, CEDAM, 1935, p. 77 y ss.; M. Pugliese, *Le tasse*, Padua, CEDAM, 1930, p. 25; D. Jarach, *Principi per la applicazione delle tasse di registro*, Padua, CEDAM, 1937, p. 7 y ss. Para este último autor la causa es «el fundamento que la ley considera necesario y suficiente a fin de que la manifestación de voluntad, produzca efectos jurídicos», lo que en el orden financiero se identifica con la ratio legis de la norma que instituye la prestación, que no sería sino la capacidad contributiva. *Ibidem*, p. 15. E. Vanoni también se refiere al concepto de causa de una manera general. Ver *Natura ed interpretazione delle leggi tributarie*, Padua, CEDAM, 1932, p. 101 y ss. Un interesante análisis del pensamiento de Vanoni, se puede encontrar en E. De Mita, «La funzione del tributo nel pensiero di Enzo Vanoni», en *Interesse fiscale e tutela del contribuente*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 1 y ss., también en *Rivista di scienze giuridiche*, 1997, I, p. 115 y ss.

³⁶⁷ Cfr. L. Trotabas, «La applicazione della teoria della causa nel Diritto finanziario», *RDFSF*, I, 1937, p. 34 y ss.

³⁶⁸ Por ello con razón afirma A. Fedele que la afirmación conjunta de que en la tasa adquiere relevancia la correlación entre el servicio público y la prestación debida a la falta de una adecuada demostración o, en el caso, de la tesis de Griziotti, el postulado contrasta con la afirmación base de la naturaleza pública del tributo que se concreta en un esquema de obligación ex lege. Cfr. *La tassa*, *op. cit.*, p. 37 y ss.

³⁶⁹

El efecto, desde la perspectiva de la aptitud del sujeto pasivo es que aquellas prestaciones que originalmente recibía del Estado con el concurso solidario de todos, operado mediante el pago de impuestos, ahora deben ser financiadas con aquel espacio de la renta disponible de cada individuo, del mismo modo que lo haría para la adquisición de cualquier otro bien o servicio. Las tasas y toda prestación patrimonial paraconmutativa que deba ser pagada por un bien o servicio, en razón de los principios que las inspiran, representan un caso de transformación de bienes no excluibles en bienes excluibles. La naturaleza pública del bien se modifica de modo tal que la contraprestación determina la posibilidad de acceso a la prestación.

Este efecto es relevante específicamente en la realización de los derechos fundamentales y el rol del Estado en la satisfacción de las necesidades de los individuos. Como en el ámbito de la argumentación constitucional, caben opciones de política pública, el punto es el efecto tendencial respecto del criterio de equidad que debe marcar las decisiones del gasto público: se trata de elegir entre la solidaridad como criterio de financiación de los gastos dirigidos a la satisfacción de necesidades sociales y la retribución de la prestación a cargo del Estado. Es un problema que apunta a determinar, nuevamente, y de manera indirecta, cuál es el rol del Estado en la satisfacción de los contenidos mínimos de determinados derechos calificados como fundamentales.

2. La afectación a la renta disponible por el efecto de sobrecoste vinculado a la modalidad de gestión del servicio y la aplicación del sistema tributario

Como hemos tenido la oportunidad de describir, el cambio de régimen para la contribución al sostenimiento del gasto público a través de tasas o precios públicos (de manera más intensa que en las tasas), o la modificación del modelo de gestión que cambia la naturaleza de la contraprestación por el servicio provisto en precios privados, constituye una especie de «ahorro» en la solidaridad.

Si las tasas se basan en el principio de equivalencia, ya por el beneficio percibido, ya por el gasto público ocasionado, en el caso de los precios —públicos o privados— el criterio de cuantificación no está limitado por ningún criterio de equivalencia. En el mejor de los casos, atendiendo la naturaleza del servicio, el precio estará sujeto a la potestad tarifaria de la Administración pública que, en ningún caso, podría implicar un desajuste en el equilibrio en el plan financiero sin compensación³⁷⁰ o, de lo contrario, se puede tener un efecto expropiatorio.

Cualquier incremento en el precio de un servicio público, si este responde a la satisfacción de un derecho fundamental, es en la práctica un factor —de contenido económico— que condiciona el acceso del titular del derecho a la prestación debida. Acceder a la prestación dependería de la capacidad económica del sujeto titular del

³⁷⁰ Se trata de un concepto muy antiguo, referido a la idea de que el proyecto que no puede ser autosostenible con el cobro de la tarifa técnica al usuario, siempre requiere compensación. El principio es que la retribución pactada debe mantenerse, aunque por razones de interés público la tarifa efectiva no corresponda a la tarifa técnica. Ver al respecto «Potestad tarifaria y equilibrio económico-financiero en las concesiones de servicios de las corporaciones locales. (A propósito de una reciente jurisprudencia), en

derecho o de la postergación que se haga de la satisfacción de otras necesidades. En la medida en que el efecto económico del régimen impositivo deteriora la posición neta del individuo con respecto a los medios disponibles para atender sus propias necesidades y las de su familia nos encontramos frente a decisiones públicas tendencialmente inequitativas. Se produce un desequilibrio en el balance técnico que requiere restablecer.

El origen del incremento del precio del servicio público originado en el cambio de la modalidad de gestión de la actividad pública, como hemos tenido oportunidad de exponer, se encuentra en dos factores relevantes:

- La estructuración técnica, financiera y legal de un proyecto APP supone sobrecostos propios del tipo de modalidad de gestión. Por ejemplo, los costes de transacción o los costes financieros. He apuntado que la eficiencia que se pregona con respecto a las APP se produciría, según las mejores prácticas internacionales, por el ahorro que resultaría en el evento de que se materializaran los efectos dañosos de los riesgos trasladados al gestor privado. Como conocemos este criterio se asienta en asunciones sobre eventos futuros e inciertos.
- El efecto de la aplicación ordinaria del régimen tributario vigente en cada país que es atraído al proyecto por la naturaleza privada del gestor. Los sobrecostos derivados del sistema tributario más importantes tienen relación con el efectos de los tributos indirectos en el costo general del proyecto.

Evidentemente, el análisis debe restringirse a la situación en la que se encuentran los estratos más pobres de la sociedad en los que la renta disponible no llega a cubrir o apenas alcanza para acceder a los bienes y servicios esenciales. Sin embargo, para contextualizar la relevancia del análisis de equidad en Hispanoamérica, conviene señalar que América Latina es la región más desigual del mundo, donde el 10 % de la población mantiene el 71 % de la riqueza, tiene el 30,1 % (2018) de su población bajo la línea de pobreza y el 10,7 % se encuentra en situación de pobreza extrema.³⁷¹

Finalmente, es posible que el cambio de modalidad de gestión pueda tener un efecto neutral con respecto a la renta disponible, si se parte hipotéticamente desde una situación de equilibrio en el balance técnico.

Cuando se produce la variación respecto de una prestación inicialmente financiada con criterio de solidaridad es muy clara la inclusión de una nueva carga pública en el sistema que reduce la disponibilidad de renta para el individuo si la prestación es de aquellas en las que la persona se encuentra en situación de coactividad. Por tanto, el hecho mismo del cambio de modalidad de gestión de un servicio público limita el acceso a la prestación o el desplazamiento de las rentas a otro objeto y la postergación de otro consumo.

El efecto es mayor, si se considera que el ahorro de solidaridad en las formas de financiar el gasto público tiene como resultado directo el incremento adicional de las cargas públicas por vía de los impuestos indirectos aplicables a la prestación. En otros términos, el cambio de la modalidad de gestión hacia las APP es tendencialmente

³⁷¹ Cfr. CEPAL. *Panorama social de América Latina*. Santiago: CEPAL, 2019, p. 96

inequitativa, porque genera una barrera económica para el acceso a las prestaciones necesarias para satisfacer derechos fundamentales.

Por supuesto hay variaciones en la realidad que modifican el rigor de la proposición. Como se ha buscado demostrar, cuando se aplica el criterio de equivalencia a través del uso de una tasa por la provisión del servicio público del que se trate, en la medida en que la contraprestación no implica la aplicación del IVA, el efecto gravoso en la renta disponible se limita al coste de la prestación y no se produce el efecto expansivo del impuesto indirecto. La situación de la persona, por otra parte, sería la misma cuando la contraprestación debida por el servicio provisto se trata de un precio público o un precio privado, por lo que el cambio de modalidad de gestión de la actividad pública con respecto a esta línea de base no se altera la situación de partida. En los dos casos, en principio, se aplicaría el IVA y tanto la carga derivada la contraprestación económica como el efecto expansivo del IVA afectarían el balance técnico.

El único modo de atenuar el efecto de inequidad derivado de la introducción de nuevas cargas económicas para el acceso a una prestación vinculada con la satisfacción de un derecho fundamental es operar a través de técnicas de organización financiera como los subsidios cruzados o los subsidios directos desde el presupuesto público.

3. Prelación de los tipos de proyecto a ser gestionados a través de una APP en función del criterio de equidad

De la constatación de los efectos en el balance técnico que hemos descrito, la elección de la modalidad de APP para la gestión de servicios públicos debería ser una decisión excepcional, con independencia de las previsiones explícitas que sobre esta materia se pueden encontrar en los sistemas jurídicos y, por ello, los supuestos en los que son útiles muestran una prelación que inicia con la viabilidad en proyectos productivos y concluye con los proyectos sociales cuyos ingresos dependen del presupuesto público.

Una APP autofinanciada destinada a la provisión de servicios públicos vinculados con la promoción de derechos fundamentales, por su efecto tendencialmente inequitativo al afectar la renta disponible para acceder a los medios para satisfacer necesidades a ser incorporadas en la canasta de derechos, debería admitirse únicamente si es posible en su estructura restablecer el balance técnico, por ejemplo, a través de subsidios cruzados o transferencias directas.

Una APP autofinanciada, que es el prototipo tradicional de delegación indirecta en la tradición española e hispanoamericana, tiene sentido cuando se dirige a alcanzar los medios necesarios para que los agentes empresariales puedan mejorar su competitividad en el mercado. Por esta misma razón, los límites de su empleo en el ámbito productivo dependen exclusivamente de un análisis de eficiencia tradicional: valor por dinero.

En síntesis, dentro de una política y programa de APP una prelación como la siguiente debería ser la consecuencia de cualquier análisis de equidad.

- APP autofinanciadas en proyectos públicos de inversión productiva, según la tradición española e hispanoamericana, porque no tienen relación directa con la satisfacción de derechos fundamentales.
- APP cofinanciadas en proyectos públicos sociales, cuando se ha demostrado su conveniencia en términos de equidad y eficiencia, porque no representan una carga pública que deba ser atendida a través de la renta disponible y, por tanto, no produce un desbalance técnico. No obstante, en este caso, se requerirá

observar lo que esto significa desde la perspectiva de la distribución equitativa del gasto público. Aspecto que lo tratamos en el siguiente capítulo.

- APP autofinanciada en proyectos públicos sociales debe evitarse como regla general, salvo que exista un mecanismo que permita restituir el balance técnico, de modo que la modalidad de gestión resulte neutral con respecto al acceso a los bienes o servicios necesarios para satisfacer el derecho fundamental implicado.

La situación de coactividad en la que se encuentra el usuario frente al acceso al servicio público referido a derechos fundamentales, aunque resulta más atractiva para el eventual inversor privado, exige mayor intervención pública originada especialmente en las exigencias de la equidad.

El riesgo se incrementa para el inversionista y sus financiadores en todo caso de proyectos que implican prestaciones patrimoniales coactivas, es decir, aquellas en las que el repago de las obligaciones a cargo del inversionista se basa únicamente en los flujos originados en los usuarios tienen mayores dificultades de aplicación, desde la perspectiva de la equidad.

En tendencia distinta a la viabilidad financiera de un proyecto APP, mientras mayor es la intervención pública en la financiación del proyecto, mayor es la aplicación de criterios de justicia redistributiva. En la práctica, se encuentra en disputa la necesidad de financiar el goce y ejercicio de los derechos fundamentales de las personas mediante sistemas basados en el principio de solidaridad y la justicia redistributiva o mediante sistemas fundados en criterios individualistas y de justicia conmutativa.

El incremento de riesgos en cabeza del inversionista supone asimismo el de los costes del proyecto, lo que coloca al Estado frente a la paradoja de elegir la satisfacción de necesidades actuales trasladando sus eventuales mayores costes a generaciones futuras o postergar la producción de servicios y retardar el crecimiento colectivo o la satisfacción de intereses coyunturales.

La modalidad de gestión de APP es un instrumento más al servicio de la comunidad. Aunque tendencialmente es inequitativa es posible, aunque complejo, configurarla de modo tal que pueda corregirse los elementos inequitativos que provoca. Desde la perspectiva de la equidad, no hay que perder de vista que la realización de los derechos fundamentales requiere acción. Por ello, la peor solución es la parálisis de la actividad pública, cuando hay restricciones financieras.

CAPÍTULO VII

LA DISTRIBUCIÓN EQUITATIVA DEL GASTO PÚBLICO: EFECTOS DERIVADOS DE LA MODALIDAD DE GESTIÓN ELEGIDA PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

A. GASTO PÚBLICO Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE LO ORIENTAN

1. Una perspectiva amplia de la actividad financiera del Estado y el Derecho Financiero Público

Tradicionalmente el Derecho Financiero Público ha sido mirado como el estudio de régimen jurídico de la «Hacienda Pública».¹ Se suele poner énfasis en lo problemático que puede resultar el concepto de su objeto.² De una manera simplificada, esta rama se ocupa de los aspectos jurídicos de la actividad financiera del Estado, entendida como la obtención de ingresos y la realización de gastos para atender determinadas necesidades colectivas.³ Desde el enfoque de los ingresos y gastos públicos, el estudio apunta al modo en que se disciplina la actividad pública en relación con el

¹ [España] Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, publicada en el BOE núm. 284, de 27 de noviembre de 2003, art. 5. En esta disposición se define a la Hacienda Pública como el conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico cuya titularidad corresponde al Estado y a sus organismos autónomos. En el caso español, los derechos de contenido económico pueden ser públicos (*v. gr.*, tributos) o privados (*v. gr.*, dividendos en una empresa mercantil). En el Ecuador, por la titularidad, todos los derechos económicos del Estado tienen la calificación de «recursos públicos». Cfr. [Ecuador] Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado [Ley núm. 73], publicada en el Registro Oficial (Suplemento) 595, de 12 de junio de 2002, art. 3.

² Cfr. M. A. Martínez Lago, L. García de la Mora y J. M. Almudí Cid. *Lecciones de Derecho Financiero y Tributario*. 10.^a ed. Madrid: Iustel, p. 43.

³ Cfr. M. Queralt et al. *Curso de Derecho financiero y tributario*, 11.^a ed. Tecnos: Madrid, 2000.

flujo de recursos financieros hacia y desde el Estado que encuentra su punto de contacto en el presupuesto público.⁴

Es posible, no obstante, un punto de vista más amplio de la disciplina en el que se ponga el acento en los dos conceptos básicos que resultan relevantes y llegan a vincularse de diversos modos en el sistema jurídico positivo: «financiación» y «actividades públicas». La diferencia está en que financiar una actividad que está a cargo del Estado no siempre supone un flujo de ingresos y gastos que sean gestionados por el Estado, sino el empleo de técnicas y herramientas más complejas que no tienen reflejo presupuestario. Este es el caso de una APP autosostenible y, de modo parcial, el que corresponde a las APP cofinanciadas.

En otros términos, los recursos financieros que el Estado emplea para atender las competencias que se distribuyen entre los órganos de su estructura no siempre son ingresos públicos, ni los gastos que se realizan para atender necesidades públicas, tienen una autorización presupuestaria, cuando son efectuados con la intervención de entes distintos a los órganos del Estado, y que se organizan a través de decisiones normativas específicas.

En ocasiones estas técnicas y herramientas se limitan a atribuir al Estado un riesgo o una obligación contingente, o a reconfigurar el sistema jurídico atribuyendo cargas de un sector de la comunidad en beneficio de otro.⁵ Todos son ejemplos que, por no implicar un flujo de dinero de la caja fiscal, no implican que las operaciones ejecutadas tengan algún reflejo presupuestario y, en algunos casos, ni siquiera una constancia en las cuentas públicas.

En este sentido, entendemos que es posible concebir al Derecho Financiero Público como la disciplina que se ocupa del subsistema jurídico positivo que regula los medios a través de los cuales el Estado y sus órganos financian las actividades a su cargo. Con esta aproximación no se excluye de su ámbito el régimen que regula instrumentos de financiación de las actividades que se desprenden de las competencias atribuidas en el sistema jurídico al Estado, pero que no involucran al presupuesto público o, cuanto más, lo tocan solo parcialmente.

Esta idea nos permite también ubicar a la APP como modalidad de financiación de la actividad pública y no únicamente como modalidad de gestión, y conectarla con los conceptos más generales del sistema jurídico en relación con los principios constitucionales que rigen las finanzas públicas y, en particular, los que regulan la distribución del gasto público.

Al hacerlo, las preocupaciones no se limitan a establecer la relevancia que tienen las APP en el presupuesto público cuando se estructura financieramente un proyecto público con esta modalidad. Se puede observar ya el gasto público evitado y también el riesgo fiscal y los compromisos contingentes como aspectos que no se muestran en la

⁴ [España] Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, publicada en el BOE núm. 284, de 27 de noviembre de 2003, art. 32 («Los Presupuestos Generales del Estado constituyen la expresión cifrada, conjunta y sistemática de los derechos y obligaciones a liquidar durante el ejercicio por cada uno de los órganos y entidades que forman parte del sector público estatal»).

⁵ Cfr. R. Gómez-Ferrer. «Las prestaciones patrimoniales de carácter público y naturaleza no tributaria», en F. López Ramón [coord.]. *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos*. Madrid: INAP, 2015, pp. 31- 68. [Asociación Española de Derecho Administrativo, X Congreso].

coyuntura, pero que importan en el tiempo, incluso en temas en los que no existe duda que están en el ámbito Derecho Financiero Público como es el endeudamiento público.

2. El principio de equidad como criterio de distribución del gasto público en los textos constitucionales

El apartado 2 del art. 31 de la Constitución española determina que «[e]l gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos».

Aunque la disposición enunciada se refiere al gasto público, los recursos públicos pueden ser distribuidos también a través de reglas sobre participación en los ingresos. En efecto, España se organiza en municipios, provincias y Comunidades Autónomas, todas entidades dotadas de autonomía.⁶ El art. 133, apartados 1 y 2, de la Constitución española determina que la potestad originaria de establecer los tributos le corresponde exclusivamente al Estado y se la ejerce mediante ley (se trata de la reserva de ley), y que las Comunidades Autónomas y las Corporaciones locales pueden establecer tributos de acuerdo con la Constitución y la ley.

Con estos antecedentes, las Comunidades Autónomas ejercen su autonomía financiera sujetas a los principios de coordinación con el nivel estatal y de solidaridad entre los españoles;⁷ y, siempre en el marco de las normas constitucionales y el bloque de constitucionalidad. De acuerdo con este régimen de rango constitucional, las Comunidades Autónomas participan de las rentas estatales, a través de los impuestos cedidos total o parcialmente, los recargos sobre impuestos estatales y otras participaciones en los ingresos del Estado; y las transferencias de un Fondo de Compensación interterritorial y otras asignaciones con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.⁸ La misma Constitución autoriza asignaciones a las Comunidades Autónomas en función las competencias asumidas y, en lo que nos interesa por ahora, para garantizar «un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio español».⁹ Para asegurar el principio de solidaridad y corregir desequilibrios económicos interterritoriales está el Fondo de Compensación para atender gastos de inversión.¹⁰

Por otra parte, las Haciendas locales deben contar con los medios financieros suficientes para atender sus competencias¹¹ y para ello participan de los ingresos tributarios del Estado y de las Comunidades Autónomas, además de que pueden establecer su propios tributos de acuerdo con la Constitución y la ley.¹²

⁶ [España] Constitución Española, art. 137.

⁷ [España] Constitución Española, art. 156.1. Por el principio de solidaridad, el Estado está en la obligación de velar por un «equilibrio económico, adecuado y justo» en todo el territorio, aunque se requiera algún especial tratamiento al territorio insular. [España] Constitución Española, arts. 2 y 138.1. Los marcos regulatorios de las Comunidades además no pueden introducir diferencias económicas o sociales. [España] Constitución Española, art. 138.2.

⁸ [España] Constitución Española, art. 157.1, letras a) y c).

⁹ [España] Constitución Española, art. 158.1.

¹⁰ [España] Constitución Española, art. 158.2.

¹¹ [España] Constitución Española, art. 142.

¹² [España] Constitución española, art. 133.2.

Entre los deberes fundamentales del Estado, en el Ecuador, se ha previsto a nivel constitucional que le corresponde «[p]lanificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, para acceder al buen vivir».¹³ Para este propósito, se ha establecido el «sistema nacional de inclusión y equidad social», al que se integran componentes de variada naturaleza —incluidos subsistemas normativos— para «aseguran el ejercicio, garantía y exigibilidad de los derechos reconocidos en la Constitución y el cumplimiento de los objetivos del régimen de desarrollo».¹⁴ Con este antecedente, en lo que importa al gasto público y su distribución se ha previsto la asignación prioritaria y equitativa de recursos financieros suficientes, oportunos y permanentes al sistema.¹⁵

Para la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas y la prestación de bienes y servicios públicos, el ejercicio de las competencias atribuidas a los órganos del Estado está sujeto a, entre otros principios, el de solidaridad, tutela de derechos, participación de la comunidad en la formulación de políticas y el de «distribución equitativa y solidaria del presupuesto».¹⁶

Cuando se trata de servicios públicos, al tiempo de imponer el deber de asegurar que el servicio y su provisión responsa a los principios de «obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad», se ha otorgado al Estado la potestad tarifaria a nivel constitucional para regular y controlar precios y tarifas de modo tal que se garantice equidad.¹⁷

En lo que respecta al distribución de los recursos públicos en el territorio, en el Ecuador se configuró lo que se denomina el modelo de equidad territorial («MET»). Aunque los GAD se financian con sus recursos financieros propios, sujetos a reserva de ley relativa, participan de las rentas del Estado de conformidad con los principios de «subsidiariedad, solidaridad y equidad».¹⁸ El monto de participación en la rentas nacionales previsto a nivel constitucional es una base: 15 % de los ingresos permanentes y 5 % de los no permanentes, excepto los que resultan del endeudamiento.¹⁹ El objetivo de la distribución de estos recursos es «garantizar una provisión equitativa de bienes y servicios públicos, relacionados con las competencias exclusivas de cada nivel de gobierno autónomo descentralizado, a todos los ciudadanos y ciudadanas del país, independientemente del lugar de su residencia, para lograr equidad territorial».²⁰ Para este propósito, la Constitución ha fijado los criterios de distribución, a saber:²¹

- Tamaño y densidad de la población;

¹³ [Ecuador] Constitución ecuatoriana, art. 3.5.

¹⁴ [Ecuador] Constitución ecuatoriana, art. 340.

¹⁵ [Ecuador] Constitución ecuatoriana, art. 342.

¹⁶ [Ecuador] Constitución ecuatoriana, art. 85 numerales 1, 2 y 3.

¹⁷ [Ecuador] Constitución ecuatoriana, art. 314.

¹⁸ [Ecuador] Constitución ecuatoriana, art. 270. El art. 192 del COOTAD modificó el porcentaje mínimo en más: 21 % de ingresos permanentes y 10% de los no permanentes del PGE.

¹⁹ [Ecuador] Constitución ecuatoriana, art. 271. Las asignaciones deben ser predecibles, directas, oportunas y automáticas y se realizan desde la Cuenta Única del Tesoro Nacional.

²⁰ [Ecuador] COOTAD, art. 191.

²¹ [Ecuador] Constitución ecuatoriana, art. 272.

- necesidades básicas insatisfechas, jerarquizadas y consideradas en relación con la población residente en el territorio de cada uno de los GAD;
- logros en el mejoramiento de los niveles de vida, esfuerzo fiscal y administrativo, y cumplimiento de metas del Plan Nacional de Desarrollo y del plan de desarrollo del GAD; y
- el número de kilómetros existentes, planificados y proyectados de vías rurales correspondientes al territorio y jurisdicción del GAD provincial.

Igual que en España, los gobiernos subnacionales en el Ecuador deben percibir ingresos suficientes para atender las competencias que le son transferidas desde el nivel nacional.²² Por último, a nivel constitucional también se establece una participación de los GAD en cuyos territorios se explotan recursos naturales no renovables. Su justificación se encuentra en el hecho de que usualmente estos territorios no reciben los beneficios derivados de la explotación hidrocarburífera que se redistribuye por vía presupuestaria.²³

En otros países hispanoamericanos manifestaciones del criterio de equidad también están presentes en el régimen constitucional en materia de distribución de los recursos públicos gestionados por el Estado. Tomemos una muestra indicativa.

En Argentina, entre las atribuciones otorgadas al Congreso, consta que:

- a través de una «ley convenio» acordada entre la Nación y las provincias se establecerá un régimen de coparticipación en las rentas nacionales, en función de «las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto; será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional [...]»;²⁴
- no habrá transferencia desde el nivel nacional al subnacional de competencias, servicios o funciones sin la respectiva reasignación de recursos, aprobada por ley;
- le corresponde aprobar el presupuesto en función del «programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas y aprobar o desechar la cuenta de inversión»;²⁵ y
- puede acordar transferencias («subsidios») desde el nivel nacional al subnacional en caso de que las rentas de las provincias no sean suficientes para atender los gastos ordinarios.²⁶

En Bolivia la noción de distribución equitativa del gasto público aparece declarada desde el preámbulo de su Constitución. En efecto, ahí se proclama que el pueblo boliviano construye un «nuevo Estado» basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de, entre otros, «armonía y equidad en la distribución y

²² [Ecuador] Constitución ecuatoriana, art. 273. Los costes directos e indirectos para el ejercicio de las competencias transferidas son cuantificados por el Consejo Nacional de Competencias, un órgano previsto a nivel constitucional pero precisado en el COOTAD. Además los GAD no pueden percibir asignaciones discrecionales no permanentes, salvo cuando estas se justifiquen en alguna catástrofe que deba ser atendida.

²³ [Ecuador] Constitución ecuatoriana, art. 274.

²⁴ [Argentina] Constitución argentina, art. 75.2.

²⁵ [Argentina] Constitución argentina, art. 75.8.

²⁶ [Argentina] Constitución argentina, art. 75.9.

redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien».²⁷ La función del Estado en la economía tiene por objetivo, entre otros, «[p]romover políticas de distribución equitativa de la riqueza y de los recursos económicos del país, con el objeto de evitar la desigualdad, la exclusión social y económica, y erradicar la pobreza en sus múltiples dimensiones».²⁸

En asuntos concretos como el derecho a la salud, se determina que el sistema de salud, además de ser universal, gratuito, intracultural, intercultural, participativo, con calidad, calidez y control social, debe proveer el servicio de manera equitativa y fundado en los principios de solidaridad, eficiencia y corresponsabilidad y con participación de todos los niveles de gobierno.²⁹ Lo mismo ocurre con los servicios de servicios básicos de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones.³⁰ Este es el patrón de regulación en el texto constitucional boliviano con respecto al acceso a los medios para satisfacer derechos fundamentales y, con tal criterio, se completa el concepto al establecer que la «política fiscal se basa en los principios de capacidad económica, igualdad, progresividad, proporcionalidad, transparencia, universalidad, control, sencillez administrativa y capacidad recaudatoria».³¹

En Chile, se ha previsto la distribución equitativa de los recursos en el territorio de modo que el gobierno y administración interior del Estado se dirija a la «búsqueda de un desarrollo territorial armónico y equitativo», en función de lo cual el presupuesto público contemplará los «gastos correspondientes a inversiones sectoriales de asignación regional cuya distribución entre regiones responderá a criterios de equidad y eficiencia, tomando en consideración los programas nacionales de inversión correspondientes».³²

En Colombia el gasto público integra el principio de equidad y subordina el de sostenibilidad fiscal al gasto social. En efecto, de acuerdo con el art. 333 de la Constitución, le corresponde la dirección general de la economía al Estado para «para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano».³³ La sostenibilidad fiscal en cuyo marco debe buscarse el bienestar y la distribución equitativa de oportunidades y beneficios del desarrollo está pensada para «alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho». En este contexto y con los límites así definidos, el constituyente colombiano dispuso que «[e]n cualquier caso el gasto público social será prioritario». El

²⁷ [Bolivia] Constitución boliviana, preámbulo.

²⁸ [Bolivia] Constitución boliviana, art. 316.7.

²⁹ [Bolivia] Constitución boliviana, art. 18.III.

³⁰ [Bolivia] Constitución boliviana, art. 20.I («Toda persona tiene derecho al acceso universal y equitativo a los servicios básicos de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones»). Además, la provisión de los denominados servicios básicos debe efectuarse bajo criterios de universalidad, responsabilidad, accesibilidad, continuidad, calidad, eficiencia, eficacia, tarifas equitativas y cobertura necesaria; con participación y control social.

³¹ [Bolivia] Constitución boliviana, art. 323.I. Además, la administración financiera del Estado se riega por el presupuesto, en el que se debe priorizar el gasto en educación, la salud, la alimentación, la vivienda y el desarrollo productivo. [Bolivia] Constitución boliviana, art. 321, apartados I y II.

³² [Chile] Constitución chilena, art. 115.

³³ [Colombia]. Constitución colombiana, art. 333, apartado 1.º

rol fundamental del Estado, como hemos señalado ya, es alcanzar bajo el principio de desarrollo progresivo que «todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos».³⁴ De modo que, la sostenibilidad fiscal y los instrumentos previstos para evitar situaciones que desborden las posibilidades reales del presupuesto público, no son útiles «para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva».³⁵

Con estos objetivos, en materia presupuestaria en Colombia resalta el hecho de que en la «ley de apropiaciones», *i. e.*, la norma que regula las autorizaciones de gasto del presupuesto, se debe incluir un componente del denominado «gasto social» que tienen prioridad sobre cualquier otra asignación.³⁶ Además, el gasto social se distribuye territorialmente en función de criterios tales como el número de personas con necesidades básicas insatisfechas, la población, y la eficiencia fiscal y administrativa, según reglamentación que hará la ley.

En Costa Rica, se establece que le corresponde al Estado procurar «el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza».³⁷ Desde la perspectiva territorial se dispone que las corporaciones municipales participarán en el 10 % de los ingresos corrientes del Estado en función del traslado de competencias que se les realice.³⁸ En el caso del gasto público en educación se realiza una preasignación.³⁹

3. Dimensiones material, territorial y temporal de la equidad en la distribución del gasto público: introducción

¿Qué significa, entonces, que los recursos públicos sean asignados equitativamente? O, en otros términos, ¿cuales son los criterios que determinan el tercio de comparación en un análisis de igualdad en la distribución de los recursos públicos disponibles? Conviene reiterar que la igualdad de la que tratamos en este caso es a aquella material, esto es, con la que sería legítimo introducir diferencias tendientes a colocar a los integrantes de la comunidad en una misma situación respecto al goce y

³⁴ [Colombia]. Constitución colombiana, art. 333, apartado 1.º En Colombia se ha agregado el denominado «Incidente de Impacto Fiscal» cuando un alto tribunal ha dictado una sentencia que genera efectos en las finanzas públicas. El procedimiento es de obligatorio trámite y tiene por propósito que, oídas las partes, el tribunal pueda admitir un plan concreto para dar cumplimiento a lo resuelto y, de esta forma, el juez module, modifique o difiera los efectos de las sentencias, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal.

³⁵ Incluso el control de la gestión fiscal a cargo de la Contraloría General de la República incorpora el criterio de equidad. [Colombia] Constitución colombiana, art. 267 («La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costes ambientales»).

³⁶ [Colombia] Constitución colombiana, art. 350.

³⁷ [Costa Rica] Constitución costarricense, art. 50.

³⁸ [Costa Rica] Constitución costarricense, art. 170.

³⁹ [Costa Rica] Constitución costarricense, art. 78 («El gasto público en educación podrá ser inferior al ocho por ciento (8%) durante los periodos fiscales anteriores al año 2014. Sin embargo, en ningún caso el porcentaje del producto interno bruto destinado a la educación podrá ser más bajo que el del año precedente»).

ejercicio de los derechos fundamentales, ya en lo que respecta a las capacidades, ya en lo que se refiere a las oportunidades.

Las respuestas pueden ser múltiples. En razón de la diversidad de criterios que se podrían adoptar, parecería que esta determinación está completamente liberada a la discrecionalidad del gobierno democráticamente electo, en función de un plan que le ha servido de plataforma electoral. Esta percepción tendría algún cobijo en la idea de que el presupuesto público de un país, finalmente, es aprobado mediante una ley o un acto normativo equivalente; por lo que, las tareas de priorización de las actividades públicas a ser ejecutadas en un determinado periodo, en el contexto de la asignación de competencias materiales y la formación del presupuesto público son los mecanismos ordinarios que el sistema jurídico provee para la adopción de las decisiones acerca de la asignación equitativa del gasto público. De este modo, la asignación equitativa del gasto público es una competencia de contenido discrecional, sujeta a la aprobación y control legislativo en un proceso en el que los contenidos materiales del gasto no están predefinidos. Si esto es así, la norma de desarrollo del precepto constitucional es la ley de presupuesto del periodo correspondiente.

No obstante, el criterio puramente formal apuntado no es correcto. Primero, la idea de la equidad en la asignación del gasto público apuntaría únicamente a imposibilitar tratamientos diferenciados arbitrariamente en el contexto del proceso de formación de los presupuestos públicos o de su aplicación, lo que conduce a la concepción de la igualdad puramente formal. En realidad, las mismas Constituciones determinan el marco sustantivo al que están sometidas las decisiones que se adoptan en el proceso presupuestario, pero también las normas de desarrollo de las disposiciones constitucionales fijan los criterios de equidad que deben ser empleados en la estructuración de los presupuestos públicos y su ejecución. Son varias las disposiciones que requieren ser consideradas; nos concentraremos, no obstante, únicamente en aquellas que podríamos agrupar en lo que he llamado la dimensión material, la dimensión territorial y la dimensión temporal de la equidad en la asignación del gasto público.

Desde la perspectiva jurídica que he venido tratando, el gasto público es materialmente equitativo cuando se dirige a satisfacer prioritariamente determinadas necesidades de la comunidad que se reconocen como esenciales a través de enunciados normativos que adoptan la forma de derechos fundamentales. En este ámbito es donde, a través del procedimiento de formación del presupuesto público, el gobierno legítimamente proyecta las políticas públicas que auspicia como modo de realización de tales derechos. No obstante, la discrecionalidad de los agentes públicos participantes en ejercicio de una autoridad está limitada también por enunciados normativos generales como el que introduce la regla de progresividad con el máximo de los recursos disponibles en materia de derechos sociales, la interdicción de adoptar decisiones normativas o administrativas de carácter regresivo y la carga de probar la satisfacción de estos requerimientos en materia de derechos.

En lo que corresponde a la dimensión territorial, el desarrollo de actividades destinadas a la realización de los derechos fundamentales se realiza a través de la organización de las competencias públicas en distintos niveles de gobierno. La distribución entre las Administraciones públicas de las competencias materiales y de los medios financieros para atenderlas define el modelo político administrativo de un país.

La asignación equitativa del gasto público, partiendo de la dimensión material, se verifica en el territorio a través de un sistema de financiación público en el que participan los distintos niveles de gobierno. El gasto público en el territorio se hace posible a través de los mecanismos previstos en el sistema jurídico para que cada nivel

territorial de gobierno genere sus propios ingresos públicos y participe de las rentas nacionales a través de criterios de reparto normativamente establecidos, tales como la población asentada en el territorio, las necesidades básicas insatisfechas, la cobertura de brechas en la provisión de servicios públicos esenciales, etc.

Finalmente, la dimensión temporal de la equidad en el gasto público está vinculada con el modo en que las decisiones actuales en materia de las finanzas públicas tienen efecto en aquellas futuras. La deuda pública que se contrata hoy, por ejemplo, puede restringir la posibilidad de adoptar decisiones de gasto materialmente equitativo en el futuro. En sentido contrario, algunas de las decisiones actuales pueden imponer un gasto futuro, como cuando se adoptan compromisos contingentes (esto es, que penden del acaecimiento de un evento futuro e incierto) o implican un esfuerzo fiscal mayor como cuando se debe atender el impacto ambiental que se manifiesta con posterioridad a la decisión adoptada. La idea de sostenibilidad y riesgo fiscal, en ocasiones observada como un límite al Estado de Bienestar, en realidad puede ser contemplada como la base de la dimensión de la equidad intergeneracional

4. Eficiencia en la distribución del gasto público

El gasto público ha crecido, pese a las medidas de contención —no necesariamente acertadas— que se han avanzado en los sistemas jurídicos. No obstante, este crecimiento del gasto público no se refleja en el bienestar de las personas.

Este problema se lo suele tratar en la Economía como uno de eficiencia asignativa y de eficiencia técnica del gasto público. La eficiencia asignativa se refiere a la composición del gasto público considerada con diferentes referentes, tales como, el gasto corriente y el de capital, por niveles de gobierno, sectores, etcétera. La eficiencia técnica, por otra parte, se refiere a la relación óptima entre la cantidad de insumos empleados y la producción de prestaciones públicas, en términos de la cantidad y la calidad requeridos.

La composición del gasto público cambia en el tiempo. En general, por un lado, están los gastos destinados a la provisión de bienes y servicios, tales como educación, salud, seguridad, infraestructura, etc.; y, por otro, las transferencias con fines redistributivos, como son los subsidios, las prestaciones de la seguridad social, etc. Se sostiene que el primer grupo genera externalidades positivas para la sociedad, mientras que el segundo grupo únicamente beneficia a los integrantes de la comunidad que perciben las transferencias, no necesariamente del modo en que se persigue.⁴⁰ El destino del gasto es, pues, un problema de eficiencia asignativa.

La ineficiencia técnica significa desperdicio de recursos. El exceso de gasto público, distribuido en adquisiciones, salarios y subsidios, en ALC representó en

⁴⁰ Cfr. L. Di Grescia. *Ejes estructurales del problema fiscal argentino en el marco de la pandemia Covid19* [en línea]. Buenos Aires: UCA/Facultad de Derecho - Fundación Hanns Seidel, 2020, [consulta: 11/11/2020]. Disponible: <http://wadmin.uca.edu.ar/public/ckeditor/Facultad%20de%20Derecho/2020/Programa%20Constitucional%20para%20el%20Desarrollo%20Federal.%20Ejes%20estructurales%20de%20el%20problema%20fiscal%20argentino%20en%20el%20marco%20de%20la%20pandemia%20Covid19.pdf>

promedio para el año 2016 el 4,4 % del PIB.⁴¹ Toda forma de desperdicio de recursos implica menos bienestar para las personas.

En aplicación del principio de eficiencia, el objetivo no es reducir el gasto público, aunque alcanzar mayores niveles de eficiencia puede ayudar a ello.⁴²

Como hemos apuntado, todos los sistemas jurídicos de referencia exigen de las decisiones públicas con relación al gasto público que sea distribuido de manera eficiente. El argumento normativo es claro entonces, si se lo contempla desde la ciencia básica que en este caso sería la Economía. Corresponde, pues, a quien adopta las decisiones en la materia justificar el uso eficiente del gasto público en, al menos, los dos extremos señalados: composición del gasto y uso óptimo de medios.

Desde la perspectiva jurídica esta justificación consta en los instrumentos que anteceden o acompañan a las proformas presupuestarias. Naturalmente, el control de sus contenidos ordinariamente no es judicial, aunque en potencia sería posible, al menos, desde la perspectiva de la motivación.

Por ejemplo, en Ecuador aparece explícitamente previsto que las decisiones de carácter administrativo deben estar motivadas externamente en el procedimiento previo. De modo que la ausencia total de justificación, en un extremo, constituiría una violación del deber de motivar las decisiones públicas.⁴³

Como conocemos, la denominada «discrecionalidad técnica» es un aspecto de las decisiones públicas cuyo control judicial no siempre fue apoyado por las cortes.⁴⁴ Los problemas de eficiencia son temas técnicos y como tales deben ser justificados para poder servir como fundamento de cualquier decisión pública. Los jueces no están impedidos de abordar estos asuntos, aunque evidentemente no pueden en su labor de control asumir el rol de la autoridad que decide legítimamente (argumento normativo) entre las diversas opciones que razonablemente se justifican en las áreas técnicas (argumento fáctico).

5. Tensión entre los principios de eficiencia y equidad

He señalado ya que los sistemas jurídicos positivos introducen los dos criterios como referencia de actuación colectiva institucionalizada. Los dos pueden ser considerados como fines de la actividad pública en la gestión de las finanzas públicas. No obstante, en cualquier caso, son dos criterios de actuación que deben ser estimados en relación con el reconocimiento, protección y promoción de los derechos fundamentales que, como lo he indicado, aparecen como los referentes de salida del

⁴¹ Cfr. A. Izquierdo, C. Pessino y G. Vuletin (ed.). *Mejor gasto para mejores vidas. Cómo América Latina y el Caribe puede hacer más con menos*. Washington: BID, 2018, p. 69.

⁴² Cfr. N. Rueda López. «La eficiencia y su importancia en el sector público», en *eXtoikos*, núm. 1, 2011, pp. 38-47.

⁴³ [Ecuador] Constitución ecuatoriana, art. 76.7.1) («Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados»).

⁴⁴ Cfr. T. Fernández. «Discrecionalidad técnica: el viejo fantasma que se desvanece», en *Revista de Administración Pública*, núm. 196, 2015, pp. 211-227.

sistema jurídico en su conjunto. Los derechos fundamentales desempeñan la función de fijar los fines de la referida acción colectiva institucionalizada.

La gestión pública ha estado marcada por un aparente dilema entre equidad y eficiencia.⁴⁵

El profesor Ariño Ortiz estima que «[t]odos estamos de acuerdo en incrementar la inversión pública en infraestructuras, en investigación y desarrollo, en educación y formación profesional, y, en general, en aquellas actuaciones que sientan las bases para el crecimiento a largo plazo».⁴⁶ En realidad, esta afirmación no es exacta. No todos podemos suscribir una concepción que ponga el énfasis en el crecimiento económico sin ninguna otra consideración en relación con un «desarrollo a escala humana»,⁴⁷ aunque en ciertos aspectos existen correlaciones entre estos dos criterios y sus parámetros, con relevancia estadística.

De hecho, ha pasado mucho tiempo desde que un importante sector de la doctrina económica, y en cada otra disciplina, incluso la jurídica, ha dejado claro que los tradicionales indicadores de crecimiento en términos de incremento del producto interno bruto o, en general, de cualquier aumento en los índices vinculados con la producción o la acumulación, no necesariamente refleja el desarrollo de una comunidad y sus integrantes.

El gasto público destinado a la formación bruta de capital, específicamente el vinculado con infraestructura económica o productiva, está específicamente vinculado a objetivos de crecimiento económico, pero a ello no se reduce la actividad pública, desde el punto de vista de los arreglos —y elecciones— institucionales de una comunidad.

Un «modelo administrativo-asistencial»⁴⁸ no puede ser excluido, por ejemplo, desde el rol redistributivo del Estado, aunque las políticas públicas que lo provocan deban ser ajustadas en función de la priorización que la comunidad ha realizado a través del sistema jurídico, equilibrando los balances —económico-financiero, social y, por supuesto, jurídico— de la riqueza social e individual.

Por otra parte, la infraestructura económica o productiva es la que precisamente puede ser especialmente desarrollada mediante un modelo de gestión en que se priorice la participación del sector privado, bajo el criterio de equivalencia, con el indicador del beneficio como prelado entre las posibilidades de elección, cuando con ello se busca la extensión o mejora de los medios para acrecentar la productividad y competitividad de un país o sector específico. Esto último, implica un especial cuidado con el modelo de gestión de la infraestructura económica o productiva de la que se desprenden servicios en régimen de monopolio, pues, de esta situación se presentan similares problemas a los que se originan en relación con la infraestructura destinada a la provisión de servicios públicos de carácter social, como la salud, la educación o la seguridad social. En estos supuestos, las ineficiencias —cualquiera sea el modelo de gestión— finalmente se

⁴⁵ Cfr. E. Cohen y R. Franco. *Evaluación de proyectos sociales*. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano, 1988.

⁴⁶ G. Ariño Ortiz. *Principios de Derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 319.

⁴⁷ Ver sobre la idea de desarrollo a escala humana, por ejemplo, M. Max-Neef. *Desarrollo a escala humana: conceptos, aplicaciones y algunas reflexiones*. Barcelona: Nordan e Icaria, 1998.

⁴⁸ Cfr. G. Ariño Ortiz. *Principios de Derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 324.

trasladan a las personas y existen importantes estímulos —incluidos algunos de carácter jurídico— para que se adopten decisiones públicas que eviten la quiebra del proyecto público y, por ello, que sea la comunidad la que asuma las pérdidas derivadas de un modelo empresarial eventualmente fracasado.

Consideremos el siguiente ejercicio, asumiendo que no existe una norma jurídica que determina el tipo de comportamiento de quien debe adoptar una decisión sobre la modalidad de gestión y de financiación que se empleará para la provisión de un servicio público como el de educación.

Piense que en una circunscripción territorial específica hay una población de 500 niños en edad de cursar sus estudios primarios. Las circunstancias son las siguientes. La provisión de los medios necesarios para proveer este servicio que incluye la inversión en la infraestructura y el equipamiento y los costes de operación y mantenimiento implican, si se lo realiza mediante gestión directa y con financiación presupuestaria, incurrir en un gasto por la suma de 100 u.m. mensuales por cada uno de los niños atendidos. Alternativamente, los gastos requeridos para atender el mismo tipo de servicio a la población objetivo, si se emplea una modalidad de APP, serían de 90 u.m. en razón del tipo de organización del servicio en el ámbito privado. Considere, por ejemplo, las diferencias en la retribución y escalas salariales que aplican a cada sector o cualquier otra diferencia en los costes o gastos, en los que exista alguna ventaja comparativa a favor del sector privado.

En este experimento, si el criterio que debe ser aplicado es el de eficiencia, un análisis de valor por dinero, esto es, una vez, identificados, valorados y transferidos adecuadamente los riesgos, en función de la capacidad de gestionarlos, justificaría la decisión de adoptar la modalidad de gestión de APP para la provisión del servicio público del que se trate, porque el análisis de eficiencia es determinante.

Ahora bien, consideremos las siguientes variaciones al experimento, introduciendo las dos regulaciones sobre el modo de gestionar el gasto público que analizamos, con el planteamiento de dos tipos de problemas:

El problema del goce y ejercicio del derecho fundamental. Suponga que los ahorros en la ejecución del proyecto a través de la participación privada, proviene del hecho de que la infraestructura a ser construida es de aquellas que, cubriendo el estándar de calidad requerido, se realiza a través de estructuras modulares prefabricadas diseñadas para albergar 200 estudiantes en cada módulo. De modo que, el gasto por estudiante llega al nivel de eficiencia adecuado (90 u.m.) únicamente si se atienden a 400 estudiantes. Esto se debe a que agregar un módulo adicional generaría una subutilización de la infraestructura que implicaría un incremento en el gasto hasta llegar al nivel en el que se incurriría en la modalidad de gestión directa de ejecución del proyecto (100 u.m. por cada estudiante) o más. En este caso, con base en el criterio de eficiencia en la asignación del gasto público la respuesta no cambiaría, no obstante, se excluiría del conjunto de beneficiarios a 100 estudiantes por razones técnicas. Este límite queda usualmente determinado en los estudios de viabilidad técnica. En este caso, el criterio de equidad se encontraría afectado, si en tal concepto se incorpora el requerimiento de que a nadie se le puede restringir el acceso al goce y ejercicio del derecho a la educación. Un problema similar se tendría que enfrentar en todos los casos en los que un proyecto público gestionado a través de la participación privada, por razones de eficiencia, limita el acceso al goce y ejercicio del derecho cuya satisfacción se busca mediante su implementación.

El problema del incremento de los costes y gastos por *circunstancias particulares de la población atendida* y, en el caso, en razón de su asiento territorial. Piense ahora que el proyecto gestionado con la empresa privada genera un gasto promedio con el nivel de

eficiencia previsto, atendiendo a los 500 niños. No obstante, la autoridad observa que el presupuesto público tendría que absorber un pago por estudiante de 90 u.m. en razón del lugar en que se asienta una parte de la población servida (equidad territorial). El gasto ordinario es de 80 u.m. por cada estudiante; no obstante, el gasto se incrementaría porque se tiene que agregar un coste adicional por transporte para trasladar a un grupo de los niños del lugar de su residencia hacia la infraestructura social.

Con este ejemplo hipotético se puede observar que las circunstancias concretas de la población beneficiaria pueden modificar el modelo financiero. La presencia de factores de diferenciación entre los integrantes de la población beneficiaria es también usual en la actividad pública cuando en un marco general de actuación se requiere introducir ajustes en función de las circunstancias naturales o sociales de los destinatarios de los servicios, especialmente, por ejemplo, cuando se trata de los sectores más vulnerables de la población.

El *problema de la fuente de los flujos del proyecto*. En estas circunstancias, ahora el decisor debe considerar si traslada una porción del gasto a la familia (500 u.m.). Si lo hace, al menos, el 10 % de las familias no estarán en condiciones de pagar el servicio por el nivel de su renta disponible, o tendrá que dejar de satisfacer otras necesidades familiares. Si la autoridad no introduce la modalidad de copago, tendrá que buscar financiación adicional para atender la provisión del servicio a la población objetivo con gastos aplicados al presupuesto, sea modificando las prioridades del gasto, *i. e.*, desplazando la satisfacción de otras necesidades colectivas, para financiarlo con recursos propios, o sea incurriendo en un coste adicional por el endeudamiento público; en este último caso, el coste incrementado (por cualquier compromiso en firme o contingente), en hipótesis, podría aproximar el coste por unidad de medida al nivel que se alcanza con la gestión directa.

Nos encontramos en un supuesto en el que la eficiencia derivada del modelo de gestión puede ser constante, si existe copago. No obstante, el modelo de financiación del proyecto exige elegir entre un criterio de traslado de la carga al beneficiario o mantener un criterio de solidaridad, pese al incremento de costes por sobre el nivel de eficiencia que genera la modalidad de gestión. Este es un caso en el que se refleja el problema de excluir el acceso de la población objetivo por la situación concreta en la que se encuentran las familias por el nivel de su renta y su destino hacia la satisfacción de derechos fundamentales, afectando el criterio de equidad material; o, el problema de la equidad intergeneracional, al trasladar las cargas originadas en el beneficio individual en el presente hacia las generaciones futuras que aportarían solidariamente para cubrir el gasto de hacerlo de este modo.

Con este ejercicio teórico en mente podemos hacer algunas proposiciones:

Primero, el principio de eficiencia en la asignación de los gastos públicos, considerado de manera aislada, puede llevar a decisiones cuyos resultados sean tendencialmente contrarios a la equidad. En otros términos, se pueden pensar que se está ahorrando recursos públicos a costa de la satisfacción de derechos fundamentales.

Un buen ejemplo de esta situación se puede observar en el régimen de copago en materia de salud que se ha extendido en muchos países del mundo.

Recuadro 7.1: Copago en prestaciones de salud

Un ejemplo interesante de lo que implica el cambio de modalidad de financiación de la actividad pública es el régimen de copago en el ámbito del derecho a la salud, introducido en muchos países europeos alentados por los programas de consolidación fiscal.

Lo primero que hay que decir es que, en el caso español, su régimen específico

superó el examen de constitucionalidad, por lo que, para propósitos del sistema jurídico positivo es un régimen jurídicamente posible desde la perspectiva del TC español. Ahora bien, el tipo de control que realiza cualquier tribunal constitucional sobre un texto normativo, no excluye otras formas de control institucionalizado de la actividad pública o incluso formas de control difuso. La discusión no concluye, pues, afirmando la legitimidad constitucional del modelo de financiación empleado para el caso del acceso a prestaciones de salud. En España, el debate social ha aumentado significativamente.

El término «copago» en el ámbito de la salud incluye un pago parcial por servicios o suministros, su incremento o la ampliación del universo de servicios o suministros o de obligados. Se suele argumentar que cuando las personas pagan directamente los servicios o los suministros se introduce un estímulo de eficiencia, en el sentido de que se reduciría el uso innecesario o abusivo de la prestación.

En el ámbito de la salud, se ha demostrado estadísticamente que el copago sí reduce la demanda de servicios de salud o suministros, pero incluso cuando tales servicios son necesarios o cuando importan como servicios sanitarios preventivos para evitar un gasto público mayor en medicina curativa.

Se trata, pues, de un caso de barrera de acceso a las prestaciones vinculadas al derecho fundamental por razones de carácter económico y, al mismo tiempo, una afectación al presupuesto público con efectos en la consolidación fiscal que repercute en la equidad intergeneracional.

Fuente: J. Benach, G. Tarafaab y C. Muntaner. «El copago sanitario y la desigualdad: ciencia y política», en Gaceta Sanitaria, núm. 26, 2012, pp. 80 - 82.

Segundo, el principio de eficiencia está referido al buen uso de los medios disponibles, sin que en su aplicación se deba prescindir del fin. Diríamos, en este sentido, que el principio de eficiencia es instrumental con respecto a la equidad a la que se dirigen el sistema jurídico en su conjunto y todas las actuaciones públicas.

Tercero, el principio de equidad, por otra parte, se refiere al fin mismo de la actividad pública en un Estado de derechos. Por lo que, cualquier decisión fundada en el principio de eficiencia debe tomar en consideración que el objetivo respecto del que se requiere el uso adecuado de los recursos públicos es la satisfacción de derechos fundamentales o la distribución de las ventajas sociales en igualdad de condiciones a todos los integrantes de la comunidad, cualquiera sea el punto de partida en el que se encuentren.

Cuarto, puestos en relación y en tensión los principios de eficiencia y el de equidad, no parece razonable estimar que el segundo deba ceder frente al primero, si se considera que, en un Estado de derechos, todos los medios disponibles están al servicio de la tutela de los derechos fundamentales. Una concepción en este sentido se ajusta al principio de desarrollo progresivo de los derechos fundamentales (especialmente sociales) con el máximo de los recursos disponibles. Apuntar hacia la equidad no significa, por otra parte, la inaplicación del principio de eficiencia, sino su aplicación con respecto a un objetivo material preestablecido por el sistema jurídico, en sustitución de la idea de «ahorro» de medios.

Quinto, no hace falta aplicar una metanorma de interpretación con la que se pondere la aplicación de estos principios, si se considera que es posible alcanzar niveles de eficiencia dentro de los límites impuestos por la aplicación del principio de equidad y, en tal caso, podemos afirmar que la eficiencia es un criterio que debe ser empleado dentro de las posibilidades que define el principio de equidad en la distribución del gasto público.

B. FINANCIACIÓN PRESUPUESTARIA Y EXTRAPRESUPUESTARIA: PLANTEAMIENTO

1. Financiación presupuestaria

Los medios a ser empleados para que la Administración pueda atender sus cometidos son muchos y, de acuerdo a su naturaleza, están sujetos a subsistemas de regulación jurídica específicos.

Cuando tales medios son recursos financieros (dinero), el instrumento de planificación y gestión más importante en el Estado es siempre el presupuesto público. Entonces, al hablar de «financiación presupuestaria» y, su contrario, la «financiación extrapresupuestaria», implica tomar como referencia de análisis este específico instrumento de planificación financiera para determinar si el dinero con el que se cubre el gasto de una actividad pública proviene o no de él.

El presupuesto público registra los flujos de ingresos y egresos en un periodo específico.⁴⁹ No es objeto del presupuesto público el registro del *stock* de activos y pasivos públicos. Aunque es evidente la vinculación del presupuesto con ellos, las cuentas acumuladas corresponden al proceso contable, un componente más y diferenciado del sistema financiero público.⁵⁰

Cuando la financiación de un proyecto público se refleja de algún modo en el presupuesto público, por ejemplo, mediante el pago de montos que se trasladan al proyecto —a cualquier título— este constituye un gasto público que, desde la perspectiva del Derecho presupuestario, debe estar autorizado en las partidas de gastos del periodo en el que se realiza. El presupuesto público habilita a la Administración a la realización de estos egresos con cargo a los ingresos públicos, sujetándolos a ciertas y específicas reglas que podrían denominarse «fiscales», junto con otras más generales que determinan (i) el contenido del gasto (criterios de justicia) y (ii) el ciclo presupuestario y de la planificación material de las inversiones, en cuanto procedimiento para la adopción de decisiones públicas.

Un ejemplo, de una regla fiscal es aquella conforme a la cual los egresos permanentes o corrientes deben ser satisfechos con ingresos permanentes o corrientes,

⁴⁹ El presupuesto como componente de un sistema financiero, presupone un conjunto de normas jurídicas y técnicas que fijan el marco material y formal, para la programación, formulación, aprobación, ejecución, evaluación y seguimiento, clausura y liquidación del instrumento de planificación financiera del Estado en el que se prevén ingresos y se autorizan los egresos para la realización de las actividades (v. gr., la prestación de servicios públicos o la provisión de bienes) destinadas a satisfacer los objetivos materiales determinados en las políticas e instrumentos de planificación material de la Administración. La aproximación a la planificación material de la actividad pública puede ser diversa. Por ejemplo, los conceptos de «plan estratégico», «programa» o «proyecto» dicen relación con el nivel de generalidad y el enfoque del instrumento; por el contenido, se pueden concebir, planes generales, sectoriales o institucionales; o, por la temporalidad, pueden ser anuales o plurianuales.

⁵⁰ El sistema financiero público incluye el conjunto de procesos para la organización y gestión de los recursos financieros públicos, lo que incluye, los componentes de política y programación fiscal, el presupuesto, el endeudamiento público, la contabilidad gubernamental y la tesorería. Cada componente está sujeto a un conjunto de reglas jurídicas y técnicas específico, pero se encuentran articulados de modo tal que las finanzas públicas puedan ser concebidas como un sistema. En este sentido, [Ecuador] Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, art. 82 y 83.

mientras que los ingresos no permanentes únicamente pueden ser destinados a gastos de inversión.

Las partidas de gasto público se cubren con aquellas que corresponden al sistema de ingresos que el ordenamiento jurídico ha preestablecido y que, como lo veremos, también está sometido a ciertos criterios de justicia. Uno de los componentes del sistema de ingresos públicos que mayor relevancia tiene es el conjunto de tributos. Si el sistema tributario se ajustaría a las previsiones constitucionales, este estaría basado en prestaciones coactivas fijadas con base en la capacidad contributiva de cada uno de los integrantes de la comunidad; es decir, luego de la aplicación de criterios de equidad — como la progresividad en los impuestos directos —, el sistema tributario ha de basarse en el principio de solidaridad. Más adelante volveremos sobre el carácter deontológico y los efectos reales de los principios como los de solidaridad, equidad, progresividad y capacidad contributiva en la elección del modelo de gestión y financiación en una APP. Por ahora, requiero apuntar que las partidas de ingresos de un presupuesto público — particularmente en Hispanoamérica — no necesariamente reflejan un sistema tributario justo.

En cualquier caso, cuando la financiación de un proyecto «proviene de aquellos ingresos que el ente público recauda del conjunto de los ciudadanos»,⁵¹ se dice, este sería presupuestario. Lo que no equivale a decir que la financiación se ajuste a criterios de justicia.

2. Diferimiento de pagos en la financiación de proyectos públicos sin distribución de riesgos

(a) Financiación privada y utilización de sociedades instrumentales de la misma Administración pública

Lo que se denominó el «modelo español» corresponde a la modalidad de gestión que se caracteriza por la constitución de una empresa mercantil, de titularidad pública (o mixta), a la que se le delega la gestión de una o más obras de infraestructura.

La Administración suscribe un convenio con una sociedad instrumental en el que se obliga a financiar la obra de infraestructura (o los encargos) y determina el programa de desembolsos con cargo a su presupuesto. Con base en el convenio y utilizando los derechos de crédito derivados, la sociedad acude en busca de la financiación en el mercado y contrata las tareas constructivas con terceros.

El efecto inicial de la figura fue permitir a las Administraciones públicas españolas liberarse de ciertas cargas impuestas por su Derecho administrativo y, fundamentalmente, no computar, para propósitos de determinar el déficit público, la deuda en que incurrieran estas empresas para acometer su encargo.

Desde la Ley 18/2001, de 12 de diciembre⁵² y con la normativa SEC-95,⁵³ las entidades constituidas según este modelo español, pasan a ser consideradas como parte

⁵¹ A. Juan y J. Rodríguez. *La colaboración público-privada en la financiación de las infraestructuras y servicios públicos: una aproximación desde los principios jurídico-financiero*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2006, p. 24.

⁵² [España] Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria, BOE núm. 298 de 13 de diciembre de 2001.

del sector público y, al menos para propósitos de sortear las restricciones vinculadas con las cuentas públicas, su función está limitada⁵⁴. La Ley 18/2001 fue derogada con el Real Decreto Legislativo 2/2007⁵⁵ y éste por la Ley Orgánica 2/2012⁵⁶ que, con varias reformas, se encuentra actualmente vigente.

Ciertas operaciones en este modelo podrían ser concebidas como una forma indirecta de generar deuda computable en las cuentas públicas⁵⁷: tal es el caso de la titulización⁵⁸, pues el activo de la sociedad instrumental que se cede al fondo de titulización consiste en los derechos de crédito derivados del convenio con la Administración.

Un ejemplo del modelo español son los proyectos a cargo de Nuevo Arpegio, S.A., una empresa de la Comunidad de Madrid destinada a la gestión del suelo urbanizado para distintos usos.⁵⁹

(b) Pago diferido del precio de la obra contratada

Con el llamado «modelo alemán», la Administración contrata la construcción de una obra y el contratista concede financiación directa. La Administración se obliga a pagar el precio, junto con los costes financieros, a la fecha de recepción de la obra o a partir de ella.⁶⁰

El efecto buscado, desde la perspectiva del presupuesto público, es que se difiera el gasto, que se devenga a partir de la fecha de conclusión y recepción de la obra —según sean los términos de pago pactados—. No existiría un compromiso presupuestario en el ejercicio en el que se suscribe el contrato de obra, por lo que la obligación surge desde la fecha en que la obra concluye y se recibe.

La versión española de esta modalidad, introducida mediante la Ley 13/1996⁶¹, es el «contrato de obra bajo la modalidad de abono total del precio», que está destinado

⁵³ La calificación de si la entidad forma parte de la Administración pública depende, principalmente, de si la empresa genera ingresos de, al menos, el 50 % con base en sus ventas destinadas al mercado.

⁵⁴ Cfr. V. Piña y L. Torres. La iniciativa privada en el sector público: externalización de servicios y financiación de infraestructuras, Madrid, AECA, 2003, p. 44.

⁵⁵ [España] Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre, BOE 313, de 31 de diciembre de 2007.

⁵⁶ [España] Ley Orgánica 2/2012, de 28 de diciembre, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, BOE 103, de 30 de abril de 2012. El art. 2 prescribe: «A los efectos de la presente Ley, el sector público se considera integrado por las siguientes unidades: [...] 2. El resto de las entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles y demás entes de Derecho público dependientes de las administraciones públicas, no incluidas en el apartado anterior, tendrán asimismo consideración de sector público y quedarán sujetos a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las mismas».

⁵⁷ Cfr. B. Benito y V. Montesinos, «Análisis de financiación ¿privada? de infraestructuras», en *RVEH*, n. 9 – III, 2003, pp. 17.

⁵⁸ En Hispanoamérica se emplea también el término «titularización».

⁵⁹ Ver. A. García, «Las actuaciones residenciales de Arpegio: entre la centralidad y la suburbanización», en *Urban*, 10, 2005, pp. 130-150; y, F. Esquivias, «Experiencias de financiación de infraestructuras y dotaciones mediante empresas públicas: el caso ARPEGIO», en *Nuevas formas de financiación de proyectos públicos*, [coord. F. Romero], Madrid, Civitas, 1999, pp. 157-172.

⁶⁰ Ver, por ejemplo, [Ecuador] Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, art.

⁶¹ [España] Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, publicado en el BOE núm. 315, de 31 de diciembre de 1996, art. 147. Esta norma previó la posibilidad

a regular el mecanismo para la ejecución de obras de infraestructura nuevas en sectores específicos.⁶² Además de las características generales, la legislación española agregó la posibilidad de que el precio pueda ser pagado al contratista en diez anualidades;⁶³ no obstante, la deuda pública debe ser registrada en la fecha de recepción de la obra.

En razón de que no hay pagos parciales en función del avance de obra, las tareas constructivas no se sostienen con los flujos que periódicamente paga la Administración pública contratante con cargo al presupuesto público. En esto consiste la medida de financiación sin efectos en las cuentas públicas. En la contratación de obra común la base presupuestaria y su compromiso, con independencia del cronograma de desembolsos, debe efectuarse con ocasión de la suscripción del contrato.

La crítica fundamental al modelo alemán y sus similares consiste en que es un mecanismo que compromete presupuestos futuros, lo que se ajusta a un tipo de gestión pública que, en el refranero popular, se describe como «pan para hoy, y hambre para mañana».⁶⁴

Aunque sea posible acceder a la financiación directa del contratista, en algunos de los sistemas la regla sobre el registro del compromiso presupuestario,⁶⁵ mediante la certificación de la existencia de la respectiva partida de gasto para iniciar un procedimiento precontractual de contratación pública o, en cualquier caso, como requisito para la suscripción del respectivo contrato, no se altera. Este criterio se emplea con el objeto de incluir todos los compromisos firmes o las obligaciones contingentes con altísima probabilidad de ocurrencia de la condición suspensiva en las cuentas y el

de que por vía reglamentaria se establezcan los supuestos de aplicación, en razón de la naturaleza y cuantía del contrato. La norma subordena es el [España] Real Decreto 704/1997, de 16 de mayo, por el que se regula el régimen jurídico, presupuestario y financiero del contrato administrativo de obra bajo la modalidad de abono total del precio, publicado en el BOE núm.123, de 23 de mayo de 1997

⁶² La Ley 13/1996, de 30 de diciembre, modificó la regla general prevista en aquel entonces en artículo 14.3 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, conforme al cual estaba prohibido el pago aplazado en los contratos, salvo que una Ley lo autorice expresamente. Los sectores a los que se aplica son construcción de infraestructuras de carreteras, ferroviarias, hidráulicas, en la costa y medioambientales, en función de la cuantía de los contratos.

⁶³ [España] Ley 11/1996, de 27 de diciembre, de Medidas de Disciplina Presupuestaria. Con la redacción dada al art. 61.5 de la Ley General Presupuestaria, se permite el fraccionamiento del pago de la obra hasta en diez anualidades. El [España] Real Decreto 704/1997, de 16 de mayo, define la aplicación de esta regla al contrato de obra bajo la modalidad de abono total del precio.

⁶⁴ Esta idea está presente en todos los casos en que se traslada las cargas actuales a las generaciones futuras, sin importar el mecanismo (deuda pública, APP o cualesquiera otros). No es exacta y depende de factores referidos, por ejemplo, a la determinación de si la ejecución actual de un proyecto permite proyectar con eficiencia sus beneficios hacia el futuro; es decir, se necesita determinar si las generaciones que soportan el gasto son precisamente las que se benefician del proyecto. Si este no es el caso, la cuestión que se debe resolver es qué tipo de criterio de solidaridad intergeneracional se emplea, para hacer soportar a otros u otras las ventajas que obtiene aquella en la que se adopta la decisión. En este último marco, es posible sostener con facilidad que la generación que adopta la decisión puede asumir cargas en beneficio de las futuras, porque es razonable justificar la autoimposición. Por lo contrario, resulta insostenible desde la perspectiva de la solidaridad, buscar justificar el traslado de las cargas hacia el futuro en función del disfrute actual de las ventajas de decisiones en las que no participa el afectado.

⁶⁵ En España, el compromiso se registra por separado del proceso normal y ello se haya la ventaja en relación con las cuentas públicas. [España] Real Decreto 704/1997, de 16 de mayo, art. 6 («1. El compromiso de gasto para los contratos de obra bajo la modalidad de abono total del precio será objeto de adecuada e independiente contabilización»).

presupuesto públicos, en este caso, al menos, en forma de deuda con terceros, aunque la amortización se haya diferido desde cierta fecha futura.

En realidad, la cuestión de fondo que se busca responder, en uno u otro modelo, es si la técnica jurídica empleada modifica materialmente el tipo de obligaciones que adquiere la Administración. Es verdad que, en teoría y formalmente, no habría obligación exigible alguna del contratista respecto de la Administración en el evento de que no se concluya y reciba a satisfacción la obra o, en todo caso, mientras la recepción no se produzca. La obligación está sujeta a condición suspensiva. Sin embargo, la probabilidad de que eso ocurra es mínima en circunstancias normales, por lo que materialmente, la obligación contingente es próxima a un compromiso firme, como cualquier otro de pago periódico en función del avance de obras. La explicación práctica de la figura, en los sistemas que generan excepciones al ciclo presupuestario común, se limita a evitar un registro que pueda afectar las reglas fiscales en materia de gasto y déficit público. Es, por ello, un procedimiento lícito, pero poco transparente de gestión pública.

(c) Contrato llave en mano y el diferimiento del gasto público

Una efecto similar al buscado a través del modelo alemán tiene el contrato «llave en mano» o el «EPC» (*Engineering - Procurement - Construction*) en el que la empresa contratada se encarga del diseño de la obra, provee los materiales y medios necesarios y ejecuta las tareas de construcción, a cambio del precio global acordado. El precio puede ser pagado en una o varias cuotas.

De los distintos métodos de realización de proyectos que han aparecido en nuestro medio, pero principalmente en el ámbito del comercio internacional —como consecuencia de los avances tecnológicos—, el que mejor refleja las transformaciones experimentadas en este sector es, sin duda el método que por la funcionalidad que busca garantizar se denomina en nuestro medio como contrato modalidad «llave en mano»,⁶⁶ conocido y aplicado, especialmente para la construcción de infraestructura.

La idea rectora del contrato «llave en mano» nació en el ámbito de los contratos de ingeniería,⁶⁷ donde se exigía algo más que un proyecto, dirección y construcción. Este «algo más» era ni más ni menos que el perfeccionamiento y entrenamiento para poder hacer funcionar correctamente un emprendimiento complejo, como podría serlo, por ejemplo, una planta de tratamiento de agua, un sistema de comunicaciones o un complejo habitacional con su infraestructura urbana.

⁶⁶ Ver J. Huse. *Understanding and Negotiating Turnkey and EPC Contracts*. Londres: Sweet and Maxwell, 2002, pp.17-28; S. Bartolmew. *Construction Contracting Business and Legal Principles*. Prentice Hall, 1998; Institution of Civil Engineers (ICE). *Manual of Construction Law*. Londres: ICE, 2011; K. Collier. *Construction Contracts*. Prentice Hall, 1987; K. Werremeyer. *Understanding & Negotiating Construction Contracts*, Means, 2006.

⁶⁷ 28 En los Estados Unidos, el proyecto de la autopista 1-15 en la ciudad de Salt Lake, Utah, que se estructuró como un gran contrato EPC, permitió al Departamento de Transporte del Estado construir autopistas por un gran valor para preparar la ciudad para los Juegos Olímpicos de Invierno con el sistema tradicional de diseño-licitación-construcción probablemente hubiese llevado mucho más tiempo. El sistema EPC fue la única solución práctica para el Estado en ese caso. Hay otros ejemplos como el Eurotunnel, citados por la mayoría de los autores.

3. ¿Las APP son una modalidad de financiación extrapresupuestaria?

Con la expresión «financiación presupuestaria» se subraya el rasgo formal del tipo de financiación y, por supuesto, el régimen jurídico que rige el presupuesto público y las disciplinas contables tratan el problema de qué rubros deben ser estimados como gasto público.

En ese contexto, por ejemplo, la normativa SEC-95, en el ámbito de la UE y sus Estados miembros, tuvo particular importancia en razón de las obligaciones internacionales respecto del equilibrio de las cuentas públicas y el control del déficit, porque la modalidad de gestión de APP, cuando se transfiere al gestor privado el riesgo de contratación y alguno de los riesgos operativos (demanda o disponibilidad) permitió al Estado miembro de la UE excluir de las cuentas públicas el monto de la inversión en la infraestructura.

Con la expresión de «financiación extrapresupuestaria» se hace referencia a cualquier fórmula que no se refleje en la planificación financiera del Estado a través del presupuesto público. En este sentido, a partir de la SEC-95, una APP en la que se cumplan los requisitos sobre distribución de riesgos contractuales señalados, se consideraría una modalidad de financiación extrapresupuestaria que, en el ámbito europeo, emerge como una figura para evitar interrumpir los programas de inversión pública por razones vinculadas con la contención del endeudamiento público y el déficit fiscal.

Juan y Rodríguez afirman que la financiación será extrapresupuestaria en el modelo concesional (en una obra pública vial, por ejemplo), donde se paga al gestor privado por su inversión a través del cobro a los usuarios de un peaje por el uso de la infraestructura, y en aquellos casos en que la financiación «proviene de un recurso tributario o de cualquier otro ingreso público de carácter afectado».⁶⁸ En términos generales, el ejemplo propuesto como un caso de financiación extrapresupuestaria en el marco de las concesiones es correcto, porque en principio, la implementación del proyecto dependerá de la inversión con financiación privada y los flujos operativos, por el lado de los ingresos, se sostiene con las contraprestaciones que los usuarios pagan por el servicio público recibido mediante la infraestructura de la que se trate. Sin embargo, es necesario tener presente, al menos, dos aspectos para adelantar una conclusión.

Primero. No en todos los proyectos de concesión se emplea el mecanismo del pago del usuario para financiar el proyecto, *i. e.*, hay concesiones con financiación presupuestaria, cuando el flujo de ingresos del proyecto depende de los pagos que haya comprometido la Administración o cuando la probabilidad de ocurrencia de la condición de las que se desprende una obligación firme (obligaciones contingentes) a cargo de la Administración, no es despreciable. En el primer caso, nos referimos a cualquier esquema de aportación pública de capital de inversión o a cualquier tipo de pago diferido a cargo de la Administración, ya en forma de pago por disponibilidad (PPD), ya en forma de pago por uso, como en el caso del peaje en sombra. En el segundo supuesto, esto es, en relación con obligaciones contingentes, un ejemplo típico

⁶⁸ A. Juan y J. Rodríguez. La colaboración público-privada en la financiación de las infraestructuras y servicios públicos: una aproximación desde los principios jurídico-financiero. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2006, p. 37.

sería el caso de los ingresos mínimos garantizados (IMG). Conforme a este esquema, la Administración se obliga a cubrir la diferencia que exista entre los ingresos derivados de los pagos realizados por los usuarios de la infraestructura o servicio provistos y el valor de base que permite la viabilidad financiera del proyecto. Es una técnica destinada a eliminar el efecto del riesgo de demanda en cuanto al monto de ingresos previstos en el plan financiero para atender los flujos de egresos del proyecto en lo que corresponde a su funcionamiento ordinario (operación y mantenimiento rutinario) y, principalmente, el servicio de la deuda.

Segundo. Al menos desde la perspectiva de una parte de los países hispanoamericanos de referencia, no es posible considerar que un recurso tributario o un ingreso público afectado al proyecto del que se trate pueda ser estimado como financiación extrapresupuestaria, pues, estos deben ser agregados al presupuesto público para computar el gasto —con su respectiva contrapartida—, sin perjuicio de la modalidad empleada para su recaudación y administración, y la afectación misma.⁶⁹

La Corte Constitucional ecuatoriana, por ejemplo, ha señalado categóricamente que las prestaciones patrimoniales que pagan los usuarios de los servicios aeroportuarios, en razón de la naturaleza del servicio (público, esencial y monopólico), son tasas y, en función de ello, deben ser reguladas y recaudadas como cualquier tributo, por lo que su producto debe ingresar a las cuentas públicas.⁷⁰

En síntesis, no existe ninguna base fáctica o normativa que permita encadenar el específico modelo de gestión del proyecto (¿quién lo hace?) con la fuente (última) del flujo de ingresos del proyecto (¿con qué dinero?). En este sentido, una APP puede estructurarse de modo que sus ingresos dependan exclusivamente de los usuarios de los servicios, del presupuesto público o en una combinación de fuentes.

Asimismo, un contrato de obra pública, suscrito en el contexto de la implementación de un proyecto por gestión directa, puede tener financiación privada y este hecho no califica la modalidad de gestión ni la fuente de los ingresos. Habría financiación privada, por ejemplo, en el caso de los contratos bajo el llamado «modelo alemán», según el cual, el constructor asume la financiación de la obra a ser ejecutada, y otorga una especie de «crédito de corto plazo» a favor de la Administración, que esta lo debe pagar una vez concluidas las tareas constructivas y recibida la obra, momento en el que la obligación de pagar se hace exigible en los términos y condiciones pactadas.

⁶⁹ Los autores reconocen, no obstante, que «muchos de los supuestos que se incluyen entre el modelo extrapresupuestario tienen reflejo en el presupuesto, tanto en los ingresos como en los gastos». A. Juan y J. Rodríguez. *La colaboración público-privada en la financiación de las infraestructuras y servicios públicos: una aproximación desde los principios jurídico-financiero*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2006, p. 38.

⁷⁰ [Ecuador] Corte Constitucional. Sentencia núm. 003-09-SIN-CC, de 23 de julio de 2009, publicada en el Registro Oficial (Suplemento) 644, de 29 de julio de 2009: «El análisis precedente puede sintetizarse en los siguientes términos: a) El servicio aeroportuario, de conformidad con lo prescrito en el artículo 261, numeral 10 de la Constitución de la República (disposición constitucional de directa e inmediata aplicación), resulta ser una competencia exclusiva del Estado Central, lo que convierte a dicho servicio público en esencial y monopólico.- b) Un servicio público esencial y monopólico, como en efecto es el aeroportuario, debe ser regulado, percibido o recaudado, necesariamente a través de un tributo, y en concreto, una tasa. La recaudación monetaria que se obtenga por concepto de la misma, debe ser percibida por el Estado Central, y por tanto, el producto generado debe ingresar directamente a las arcas del mismo».

Así, el concepto de «financiación privada» es relevante en materia de APP, en la medida en que a este le acompaña el riesgo que asume un sujeto de Derecho privado que invierte en un emprendimiento productivo que, para la contraparte pública, es siempre un proyecto de interés colectivo.

Finalmente, de todas las formas de financiación privada que son relevantes en materia de APP, *i. e.*, a las que le acompaña el riesgo empresarial, el que se ha de considerar más importante para su calificación es el componente de capital propio en riesgo (*equity*). En principio, y más allá de las distorsiones que se han venido dando en la práctica, es la porción aportada por el promotor privado, su inversión, la que está sometida directamente a los efectos de los riesgos transferidos desde la Administración en el contexto de la implementación del proyecto. El riesgo que podría soportar la porción de la financiación originada en los créditos otorgados por prestamistas externos para la ejecución del proyecto (y que es la mayor), aunque existe y se evalúa con varios propósitos, el Estado y el gestor privado están avocados a limitarla en beneficio de los acreedores, a tal grado que, se introducen contractualmente mecanismos para que los flujos de repago de las obligaciones se mantengan en el tiempo hasta saldar el préstamo, incluso en el caso de que el promotor y gestor del crédito haya dejado de intervenir en el proyecto, por cualquier motivo. Este tema se conecta con los derechos de los acreedores en el proyecto y, particularmente, los denominados *step-in rights* que, en la tradición civilista, no es más que la cesión condicionada de la posición contractual de la sociedad vehículo construida a favor de los acreedores, en caso de los supuestos de terminación del contrato principal o, incluso, en el evento de cualquier incumplimiento derivado de los contratos de financiación.

4. Compromisos firmes y contingentes de la Administración en el contexto de un proyecto de APP

Es usual pensar que el modo en que la Administración pública participa en la financiación de proyecto es mediante la asunción de compromisos firmes con cargo al presupuesto público. Esta concepción describe las aportaciones de capital para la inversión inicial y los que se suelen denominar pagos diferidos. No obstante, la Administración pública también puede intervenir en la estructura de financiación de un proyecto APP mediante la asunción de obligaciones contingentes, con el objeto de moderar los riesgos del proyecto y facilitar las operaciones de financiación privada o de reducir el coste de la financiación.

Los pagos diferidos muestran con exactitud lo que significa una APP como modalidad de financiación público. Mediante la modalidad de APP, para financiar un proyecto de inversión pública, la Administración extrae recursos del sector privado, sea en capital propio de los promotores, sea mediante la financiación que terceros otorgan al proyecto por gestión de los promotores. La particularidad de los pagos diferidos está en que, en la práctica, se ha de producir la restitución de los recursos financieros aportados por el sector privado para la realización del proyecto en el tiempo y, en este sentido, la Administración se habría provisto de un tipo de financiación que, materialmente, se ajusta al esquema básico del endeudamiento público.

El mecanismo, en principio, no se computa como endeudamiento público, porque la restitución de los recursos financieros depende formalmente de criterios por los que los ingresos necesarios para efectuar la restitución depende de factores como la disponibilidad de la infraestructura o del nivel del servicio asociado a ella, de la frecuentación o uso de la infraestructura física o de unidades de servicio provistas y, en

general, de criterios variables que penden de parámetros cualitativos y/o cuantitativos de las actividades de explotación de la infraestructura que motivó el uso de recursos financieros.

No obstante, la estructura financiera del proyecto que no permita, con base en los estudios de los flujos de recursos financieros, asegurar en circunstancias normales la fuente de repago de, al menos, la porción suministrada por prestamistas externos como financiación para el proyecto, muy difícilmente superará el análisis de viabilidad financiera del proyecto.

Por supuesto, no existe un promotor que, en circunstancias normales, asuma los riesgos derivados del proyecto si las posibilidades de ocurrencia de los riesgos identificados, valorados y gestionados, no permiten la recuperación del capital propio invertido y una retribución por la inversión, riesgo y trabajo aceptable. Las condiciones y términos de la financiación privada dependen de los riesgos del proyecto específico y, en general, del entorno en el que se realizará la inversión, usualmente vinculada con el denominado «riesgo país», la tasa de rentabilidad del sector en el que se desarrolla el proyecto y, en general, otros factores de los que depende el coste del capital a ser empleado en la financiación del proyecto. Conviene subrayar que los riesgos asumidos por el promotor privado definen la prima que el promotor privado está dispuesto a aceptar en el caso particular.

Las aportaciones públicas, con cargo al presupuesto, tienen a mitigar los riesgos del proyecto, de modo que el proyecto sea financiera y comercialmente viable.

C. DIMENSIÓN MATERIAL DE LA EQUITAD EN EL GASTO PÚBLICO: FINANCIAR OBJETIVOS REFERIDOS A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Composición del gasto público: introducción

El profesor Ariño Ortiz estima que «[t]odos estamos de acuerdo en incrementar la inversión pública en infraestructuras, en investigación y desarrollo, en educación y formación profesional, y, en general, en aquellas actuaciones que sientan las bases para el crecimiento a largo plazo».⁷¹ En realidad, esta afirmación no es exacta. No todos podemos suscribir una concepción que ponga el énfasis en el crecimiento económico sin ninguna otra consideración en relación con un «desarrollo a escala humana», aunque en ciertos aspectos existen correlaciones entre estos dos criterios y sus parámetros, con relevancia estadística.

De hecho, ha pasado mucho tiempo desde que un importante sector de la doctrina económica, y en cada otra disciplina, incluso la jurídica, ha dejado claro que los tradicionales indicadores de crecimiento en términos de incremento del producto interno bruto o, en general, de cualquier aumento en los índices vinculados con la producción o la acumulación, no necesariamente refleja el desarrollo de una comunidad y sus integrantes.

⁷¹ G. Ariño Ortiz. Principios de Derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 319.

El gasto público destinado a la formación bruta de capital, específicamente el vinculado con infraestructura económica o productiva, está específicamente vinculado a objetivos de crecimiento económico, pero a ello no se reduce la actividad pública, desde el punto de vista de los arreglos —y elecciones— institucionales de una comunidad.

Un «modelo administrativo-asistencial»⁷² no puede ser excluido, por ejemplo, desde el rol redistributivo del Estado, aunque las políticas públicas que lo provocan deban ser ajustadas en función de la priorización que la comunidad ha realizado a través del sistema jurídico, equilibrando los balances —económico-financiero, social y, por supuesto, jurídico— de la riqueza social e individual.

Por otra parte, en una aproximación intuitiva, la infraestructura económica o productiva es la que precisamente puede ser especialmente desarrollada mediante un modelo de gestión en que se priorice la participación del sector privado, bajo el criterio de equivalencia, con el indicador del beneficio como prelado entre las posibilidades de elección, cuando con ello se busca la extensión o mejora de los medios para acrecentar la productividad y competitividad de un país o sector específico. Esto en razón de que los sobrecostos en un contexto en el que se presiona por eficiencia se incorporan a bienes y servicios liberados a operaciones de mercado.

Esto último, implica un especial cuidado con el modelo de gestión de la infraestructura económica o productiva de la que se desprenden servicios en régimen de monopolio, pues, de esta situación se presentan similares problemas a los que se originan en relación con la infraestructura destinada a la provisión de servicios públicos de carácter social, como la salud, la educación o la seguridad social.

En estos supuestos, las ineficiencias —cualquiera sea el modelo de gestión— finalmente se trasladan a las personas y existen importantes estímulos —incluidos algunos de carácter jurídico— para que se adopten decisiones públicas que eviten la quiebra del proyecto público y, por ello, que sea la comunidad la que asuma las pérdidas derivadas de un modelo empresarial eventualmente fracasado.

En este ejercicio, en el que es posible varias opiniones y debates, lo importante es establecer que las discusiones tienen un límite en el momento en que las elecciones se incorporan a través de decisiones de carácter normativo, a través de los instrumentos que el mismo sistema jurídico provee.

2. Democracia, sistema jurídico y políticas públicas: ¿hacia dónde deben fluir los recursos públicos?

(a) Democracia y derechos fundamentales

Los derechos fundamentales, teórica e históricamente, se apoyan principalmente en la situación de cada integrante en la comunidad: en el punto de partida, hablar de la libertad e igualdad es hacer referencia a la persona individualmente considerada. Por otra parte, para abordar el concepto de democracia hay que dirigir la atención a la colectividad como inicio de toda otra proyección de sus elementos hacia sus integrantes.

⁷² Cfr. G. Ariño Ortiz. Principios de Derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 324.

Desde un punto de vista formal, la democracia implica un mecanismo para la toma de decisiones colectivas que se han de imponer incluso frente a las diferencias particulares y los debates preliminares. El sentido formal de la democracia genera el de determinar qué ha de prevalecer cuando tales decisiones afectan el contenido de los derechos fundamentales. Esta complejidad se traduce en la polémica sobre la función constitutiva que tiene en el sistema jurídico las decisiones de carácter normativo y aquellas puramente aplicativas, es decir, sobre las preferencias manifestadas a favor de la actividad legislativa o la judicial.⁷³ En estas discusiones está también presente la defensa de un normativismo positivista que brinda certeza y se ajusta de mejor modo al sistema democrático de toma de decisiones, frente al activismo judicial, últimamente impregnado de una fuerte dosis moralista y iusnaturalista, al que se acusa de ser conservador y elitista.⁷⁴

Si al legislador le corresponde el desarrollo y la concreción de los preceptos más generales incluidos en las constituciones, la tarea de los jueces constitucionales en ejercicio de sus competencias correctoras pone en flancos opuestos, por una parte, la deliberación y el debate público de las normas que han de regir la vida de la comunidad y sus integrantes y, por otro, la decisión personal o compartida por un puñado de integrantes de la comunidad, limitados por el marco de sus conocimientos técnicos y una personal convicción sobre el modo correcto de proceder, cualquiera sea la teoría básica o el conjunto de principios en los que fundan su actuación individual o la que realizan en el contexto de un órgano colegiado. Los ponentes de estas tesis suelen asumir que en la realidad no hay «caballos de Troya»: que los jueces no son cooptados por las organizaciones políticas que se presentan como representantes de la comunidad y sus intereses, y que los parlamentarios en realidad se ocupan de representar los intereses de todos los integrantes de la comunidad.⁷⁵

Lo cierto es que en todo sistema jurídico contemporáneo se acogen los dos mecanismos de producción normativa sin que, en la práctica, en la vida al margen de las bibliotecas y los claustros, se pueda afirmar alguna prevalencia. Pero junto a ellos en la experiencia jurídica están también otras formas de estructuración de los sistemas jurídicos que, aunque se soslayan en el diálogo de los teóricos, se ocupan de concretar las disposiciones más generales del mismo sistema hasta darles un efecto muy concreto en la vida de los individuos y, al mismo tiempo, producir cambios trascendentes en los mecanismos que operan al interior del sistema y también en su entorno.

Por ejemplo, las decisiones administrativas, que en cantidad, frecuencia y ámbito material son más importantes que las resoluciones judiciales, son normas particulares que integran el sistema jurídico y alientan la construcción institucional de la sociedad. La decisión de integrar en el plan anual de inversiones un proyecto modificado sobre cualquier tipo de renta básica tiene una importancia práctica notable sobre la vida de

⁷³ Cfr. A. Sahuí Maldonado. «Desacuerdos sobre derechos. Waldron y Dworkin sobre parlamentos y tribunales», en *Andamios*, vol. 14, núm. 35, 2017, pp. 159-185.

⁷⁴ Calificaciones que usa R. Gargarella. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Quito: Corte Constitucional de Ecuador, 2011, *passim*, [Pensamiento Jurídico Contemporáneo, núm. 3].

⁷⁵ R. Gargarella se ha ocupado de poner énfasis en la imposibilidad de que la democracia representativa sea realmente tratada como un sistema que incluya la diversidad, porque parte de la homogeneización de los intereses a través de la colectivización o agrupamiento.

muchas personas y los estímulos de cambio cultural, especialmente con respecto a las expectativas que genera una decisión de esta naturaleza con respecto a las actuaciones futuras del Estado sobre el modo de atender las necesidades de la comunidad.

Frente a estas decisiones administrativas están las actividades de control que pesan sobre ellas y que también definen la experiencia jurídica en un nivel diverso. En muchas ocasiones, las decisiones de control administrativo condicionan las decisiones futuras sobre política pública.

En la mayor parte de los casos, tanto las decisiones administrativas como las de control que les corresponde nunca llegan al ámbito judicial y, por la misma estructura del sistema de controles constitucionales, no son objeto de revisión por los altos tribunales a cargo de juzgar el modo en que determinadas decisiones de autoridad se ajustan a los preceptos constitucionales.

(b) La rigidez constitucional y el control de constitucionalidad como mecanismos contramayoritarios

Las formas que se instrumentan para evitar que las decisiones de las mayorías alteren los componentes institucionales de un país, que son por concepto estabilizadores y conservadores, está en los obstáculos que las mismas constituciones incluyen para que puedan ser reformadas. En sentido variable, por otra parte, se encuentran los tribunales constitucionales que, encargados de custodiar la supremacía de la constitución en el sistema jurídico, pueden optar por decisiones progresistas o conservadores, definiendo el alcance de los enunciados constitucionales, a partir de la casuística puesta en su conocimiento. En el centro de la crítica del autogobierno están precisamente estos mecanismos que impide que las decisiones mayoritarias sean determinantes en la vida social.⁷⁶

Como bien se ha señalado, el control de constitucionalidad no fue diseñado para alcanzar legitimidad política.⁷⁷ Algunos se empeñan en acercar a la comunidad a la agenda de control de constitucionalidad en el ámbito de la democracia deliberativa.⁷⁸ Frente a esta «dificultad democrática», otros buscan mitigarla a través de la exigencia de supermayorías para adoptar decisiones, una presunción fuerte de constitucionalidad y la explícita exposición de las razones para adopción de decisiones en función de las preocupaciones que se manifiestan en la comunidad.⁷⁹

⁷⁶ A ellos se hace referencia como «mecanismos contramayoritarios». Cfr. C. Orunesu. «Los límites de la objeción contramayoritaria al control judicial de constitucionalidad». *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 2, 2012, pp. 31-48.

⁷⁷ Cfr. J. Waldron. «Control de Constitucionalidad y legitimidad política», en *Dikaion*, vol. 27, num. 1, 2018, pp. 7-28.

⁷⁸ Ver, en este sentido, J. Roa Roa. Control de constitucionalidad deliberativo. El ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.

⁷⁹ Cfr. J. Waldron. «Control de Constitucionalidad y legitimidad política», en *Dikaion*, vol. 27, num. 1, 2018, pp. 7-28.

(c) Autolimitación de los jueces constitucionales para el análisis material de las exigencias en materia financiera pública

En España, la academia ha observado que las disposiciones constitucionales en materia financiera pública no han sido empleadas por el TC para hacer un adecuado control de constitucionalidad de las leyes de Presupuestos. Esto se debe a que el TC español se ha autolimitado frente a la libertad de opción política de legislador, lo que «en ocasiones, deriva en la simple abdicación de su función de control sobre la ley».⁸⁰ No ha querido actuar de modo tal que se considere que ha sustituido autoritariamente las decisiones del legislador democrático.

Se ha acusado que el tipo de control que el TC español ha ejercido ha sido «meramente externo».⁸¹ En el mismo sentido, el profesor Martínez Lago encuentra que el TC español ha mantenido una «visión restrictiva y formalista del control de constitucionalidad y admitiendo el margen de libertad de configuración del contenido eventual de las leyes de Presupuestos».⁸²

En efecto, con respecto a las leyes de Presupuestos el TC español ha manifestado que el control de constitucionalidad a su cargo no se refiere a la «cualidad técnica del ordenamiento jurídico, ni sobre la oportunidad de las opciones adoptadas por el legislador» y encuentra que dentro del marco de posibilidades de las leyes de Presupuestos «el legislador goza de un margen de libre configuración que este Tribunal debe respetar».⁸³

Con estos antecedentes, desde una perspectiva práctica ¿cuál es la razón de abordar el alcance de la equidad en el sistema financiero público, cuando la modalidad de financiación de la actividad pública intuitivamente sería un caso de aquellas opciones legítimas autorizadas en la Constitución, desarrolladas por el legislador y aplicadas por la Administración?

En mi concepto, la experiencia jurídica no se reduce al control de constitucionalidad y, en general, al control de validez de las decisiones normativas incluidas en los sistemas jurídicos. Un estudio desde la perspectiva sistemática puede dar luces de los riesgos en espacios de control institucionalizados distintos, como los estructurados en el ámbito internacional para determinar el cumplimiento de las obligaciones del Estado en enmarco de los instrumentos internacionales sobre derechos fundamentales, pero también a través de medios de control difuso que, finalmente, son los que movilizan a la comunidad y son un factor de cambio que opera en el sistema jurídico desde su entorno. En otras palabras, un sistema jurídico que no es capaz de producir aquello que determinan los valores que se los declara como sus propios fines, se

⁸⁰ Cfr. A. Rodríguez Bereijo. La Constitución fiscal de España. Tres estudios sobre Estado social de Derecho, sistema tributario, gasto público y estabilidad presupuestaria. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015, p. 70 y ss.

⁸¹ Cfr. A. Rodríguez Bereijo. «La reforma constitucional del art. 135 CE y la crisis financiera del Estado», en *Crónica Presupuestaria*, núm.1, 2013, pp. 5-39.

⁸² Cfr. M. A. Martínez Lago. «Los límites de la justicia constitucional: la interpretación constitucional y la técnica jurídica en las "leyes de contenido heterogéneo»», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 106, 2016, p. 39 [pp. 17-71]

⁸³ [España] Tribunal Constitucional. STC 32/2000, FJ 6; STC 109/2001, FJ 6; STC 67/2002, FJ 4.

modifica a fuerza de su propia dinámica de configuración o por efecto de las determinaciones que se producen desde su entorno.

3. El problema de la priorización de la actividad pública dirigida a satisfacer derechos y la disponibilidad de recursos financieros

Reconocer que hay conflictos entre derechos fundamentales requiere también identificarlos y definir un modo de resolverlos. Ello determina el modo en que los juristas nos aproximamos a los derechos fundamentales en sus aspectos básicos.

Cuando se los concibe como principios de optimización que pueden entrar en tensión, el conflicto que se presenta exigiría que se haga un balance y se pondere su importancia para alcanzar una solución razonable para la situación específica. El efecto práctico es que, en un caso concreto, una norma cede frente a otra sin que ninguna de ellas pierda su validez.

Desde la óptica de la naturaleza del derecho fundamental, el método de ponderación de principios, se ajusta mejor a la teoría del interés que a la de la voluntad. Si para que haya un derecho es necesario que exista la posibilidad de exigir de otros el cumplimiento de las obligaciones correlativas, habría conflicto cuando las obligaciones exigibles son incompatibles. En tal caso, no hay nada que ponderar: la obligación se cumple y entonces se satisface el derecho o simplemente no hay derecho. En la línea del interés tutelado, por otra parte, la obligación a ser cumplida dependerá del modo en que el ordenamiento jurídico tutela tal interés.

Con otra perspectiva, no hace falta recurrir a una sofisticada justificación de decisiones en casos concretos en los que, atendiendo las circunstancias fácticas, se puede delimitar el alcance de enunciados normativos generales con potencial semántico extenso como ocurre con los que se reconocen los derechos fundamentales. De este modo, el desarrollo normativo secundario y la casuística permiten modelar progresivamente el régimen hasta tratar con una institución arraigada en la sociedad. El positivismo normativista que describe el derecho como un sistema, necesita asumir que aquello que se puede verificar como prescripción en un ordenamiento, o bien es válido, o bien no es una norma del sistema. Un tipo de esfuerzo es establecer el alcance del enunciado de modo tal que no se requiera afirmar su invalidez. Este procedimiento exige extender o acotar el significado de un enunciado poniéndolo en contexto; emplear alcances generales y contraponer a la regla, las excepciones que se estiman pertinentes; definir la pertinencia de un enunciado normativo caracterizando la situación de hecho; invocar precedentes o apartarse de ellos a partir de la diferenciación de los casos; etcétera. Al ejecutar las tareas tendientes a velar por la integridad de la labor del legislador, del administrador o del juez, según sea el caso, la autoridad a la que le compete adoptar una decisión en el caso concreto ha asumido que su función es alcanzar una solución sistemática. La versión negativa de quien procede como se ha descrito, es la de buscar las razones para expulsar el producto de la actividad del legislador, del administrador o del juez del sistema jurídico. En ese cometido hay

razones de jerarquía, competencia, especialidad, temporalidad, entre otras técnicas para dar solución al conflicto producido por el mismo interprete.⁸⁴

A la luz de las posibilidades que ofrecen los sistemas jurídicos y las doctrinas que los explican, es muy evidente que no es sencillo resolver conflictos entre derechos fundamentales,⁸⁵ precisamente porque resulta difícil identificar la naturaleza misma de las relaciones jurídicas implicadas en el concepto «derecho fundamental» y el alcance de sus contenidos.

Si el conflicto entre derechos fundamentales permite identificar las bases conceptuales de las que parte un jurista, la tensión posible entre ellos se agudiza en las tareas más concretas de planificar material y financieramente la actividad pública destinada a satisfacer determinadas prestaciones derivadas del reconocimiento de derechos.

Se sostiene con frecuencia que de la limitación existente en la disponibilidad de recursos financieros se desprende la necesidad de «jerarquizar» los derechos fundamentales y, por tanto, considerar que no todas las prestaciones que se desprenden de la concepción de cada derecho pueden tener la misma importancia.⁸⁶ El ejemplo de la salud propuesto por Waldron⁸⁷ nos es útil para mostrar el sentido de esta proposición. ¿Sería viable atender a toda las personas demandantes de un servicio de salud, titulares del derecho fundamental, del mismo modo y al mismo tiempo? Como una cuestión de hecho, esto no es posible. La organización del servicio exige algún esquema de planificación que permita priorizar los casos, aunque se deba excluir, con algún criterio razonable y temporal, ciertas prestaciones por otras. Waldron muestra las limitaciones en un mismo derecho; sin ningún tipo de conflicto entre derechos. Lo mismo ocurre en un conjunto mayor de personas y derechos, cuando le corresponde al Estado múltiples prestaciones en distintos ámbitos. Incluso cuando se ha alcanzado un estado ideal de organización institucional, capaz de responder teóricamente a todas las demandas, en la práctica la capacidad de prestar los servicios públicos para asegurar el goce del derecho fundamental siempre estaría a merced de circunstancias coyunturales. Hemos podido confirmarlo recientemente con los problemas que han debido afrontar los sistemas sanitarios mejor organizados en el mundo, con ocasión de la pandemia. Por ello, los problemas de escasez siempre están presentes, especialmente cuando la demanda de derechos es simultánea.

Una idea más atenuada frente a la jerarquización de derechos en sí mismos es que son las prestaciones implicadas en los derechos las que estarían jerarquizadas. Los derechos no son entidades idénticas por lo que, de entre las prestaciones derivadas de

⁸⁴ Cfr. R. Guastini. «Antinomias y lagunas», en *Jurídica: Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana* [en línea], núm. 29, 1999, [consulta: 7/09/2011]. Disponible: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/29/cnt/cnt22.pdf>

⁸⁵ Cfr. J. Waldron. *Los derechos en conflicto*. Bogotá: Universidad de Externado, 2006, p. 42.

⁸⁶ En el caso Q, la Corte Suprema argentina observó que en ocasiones el problema no está en la cantidad de recursos destinados a la satisfacción de las prestaciones originadas en los derechos sociales reconocidos (en el caso el de una vivienda digna), y cuya protección y promoción debe asegurar el Estado, sino «en el uso adecuado de sus propios servicios asistenciales especializados». [Argentina] Corte Suprema de Justicia de la Nación. CSJN Fallos 335:452, [causa Q. 64. XLVI. «Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo», sent. 24/04/2004].

⁸⁷ Cfr. J. Waldron. *Los derechos en conflicto*. Bogotá: Universidad de Externado, 2006, p. 21.

cada derecho, cualquiera sea la relevancia que se dé a uno u otro derecho, se debe elegir la precedencia de la prestación.⁸⁸

En la mayor parte de los países hispanoamericanos el señalamiento de que existe alguna jerarquía entre los derechos fundamentales o sus contenidos mínimos resulta inaceptable.⁸⁹ En España, es evidente la jerarquía incorporada en su propia Constitución por el tipo de tutela otorgada, al menos entre ciertos derechos civiles y políticos,⁹⁰ frente a la mayor parte de los derechos económicos, culturales y sociales.⁹¹

Aunque los derechos fundamentales no estén jerarquizados, moral o jurídicamente, la actividad pública dirigida a su satisfacción, en cualquier caso, debe ser planificada en función de las normas de organización institucional, las de desarrollo de cada derecho fundamental y de los medios disponibles. Esta cuestión de hecho no implica ningún conflicto entre los derechos o sus contenidos prestacionales, sino un aspecto fáctico limitante que está presente, incluso cuando no hay razón para poner en relación distintos derechos.

Ferrajoli agrega la idea de la «opción política» como algo inevitable en la priorización y la medida de satisfacción de un derecho:⁹²

[L]os costes económicos y las dificultades de hecho que encuentra la satisfacción de los distintos derechos sociales no deben confundirse con los conflictos entre derechos. Simplemente, hay que reconocer las inevitables opciones políticas en orden a la prioridad y a la medida de su satisfacción. Se podrán establecer, como se dirá en el § 15.18, vínculos constitucionales presupuestarios al gasto público. Pero es claro que, respetando la obligación de una legislación de realización que satisfaga los «contenidos esenciales» de tales derechos, aquellas opciones corresponden al legislador ordinario y a la Administración Pública y ninguna constitución podrá nunca predeterminar su medida.

Aunque el espacio de discrecionalidad en manos de la autoridad con competencia para adoptar decisiones de política pública —legislativas, judiciales o administrativas— existe en mayor o menor grado en toda decisión de relevancia jurídica, el mismo sistema jurídico se ha encargado de definir un marco, más detallado en algunas materias que en otras.

En mi concepto, la necesaria priorización de la actividad pública y el destino del gasto público para satisfacer prestaciones de servicio público tendientes a la realización de los derechos fundamentales —todos ellos y no solo los sociales— se debe a que el contenido y alcance de un derecho fundamental no se puede describir como si se lo hiciera de una situación jurídica plena en la que se encuentra cada integrante de la comunidad al momento del reconocimiento del derecho. En su lugar, el reconocimiento de un derecho determina el estado de cosas al que una persona o comunidad puede legítimamente aspirar a partir de su enunciación y, luego, con el desarrollo de los

⁸⁸ Cfr. J. Waldron. *Los derechos en conflicto*. Bogotá: Universidad de Externado, 2006, p. 36.

⁸⁹ [Ecuador] Constitución ecuatoriana, art. 11. 6 («Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía»).

⁹⁰ [España] Constitución Española, arts. 14, los contenidos en la Sección 1.ª del Capítulo II del Título I, 30 y 53.2. Entre los «derechos fundamentales y libertades públicas» están el derecho a la educación (art. 27) y la libertad sindical y a la huelga (art. 28) que son sociales.

⁹¹ [España] Constitución Española, Capítulo III del Título I y art. 53.3.

⁹² Cfr. L. Ferrajoli. *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, t. 2. Madrid: Trotta, 2013, p. 72.

medios de protección y las formas de promoción.⁹³ Los participantes en la realización del derecho fundamental y las prestaciones de no hacer, hacer o dar dependen del modo en que el sistema jurídico desarrolla institucionalmente el derecho fundamental y, en tal contexto, el Estado y sus órganos asumen específicos deberes positivos y negativos que se ubican en ámbitos materiales, territoriales y temporales extensos.

Hemos apuntado ya que el contenido de los derechos fundamentales es múltiple. Por ello, es fácil entender que una conducta de autoridad o de un integrante de la comunidad directamente atentatoria contra el derecho fundamental, según el contenido desarrollado a través de los instrumentos del mismo sistema jurídico —norma de carácter general, decisión administrativa o judicial—, está limitada desde el momento de su reconocimiento, pero una prestación que supone una organización institucional específica requerirá que esta se implemente y para ello se necesita una serie de actuaciones operativas y los medios necesarios con este fin. Como lo veremos inmediatamente, para el caso de las prestaciones positivas atribuidas a la comunidad organizada, la exigencia normativa homogénea para España y todos los países hispanoamericanos es que las prestaciones a cargo del Estado sean progresivas, no haya decisiones de tipo regresivo y, en lo que nos interesa, se emplee el máximo de los recursos disponibles.

Todo cuanto se ha explicado puede ser contemplado en la relación básica que he descrito en cada momento: el contenido de los derechos fundamentales representa los fines o valores de salida del sistema jurídico. Esto quiere decir que cada decisión con relevancia jurídica que se integra en el sistema es ordinariamente un medio y, por ello, su función en el mecanismo es conducirse a sí mismo y estimular el sentido de la acción de los demás componentes del sistema hacia la realización de unos fines normativamente impuestos.

4. La planificación material y financiera del Estado

(a) Nociones de la planificación material y la financiera: integración al sistema jurídico

La planificación material y la planificación financiera son actividades indisolublemente vinculadas en todo sistema jurídico, aunque se pueda observar maneras diversas de relacionamiento.⁹⁴

⁹³ Ferrajoli señala que los derechos sociales, en particular, «consisten principalmente en expectativas positivas de prestación». L. Ferrajoli. *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, t. 2. Madrid: Trotta, 2013, p. 384.

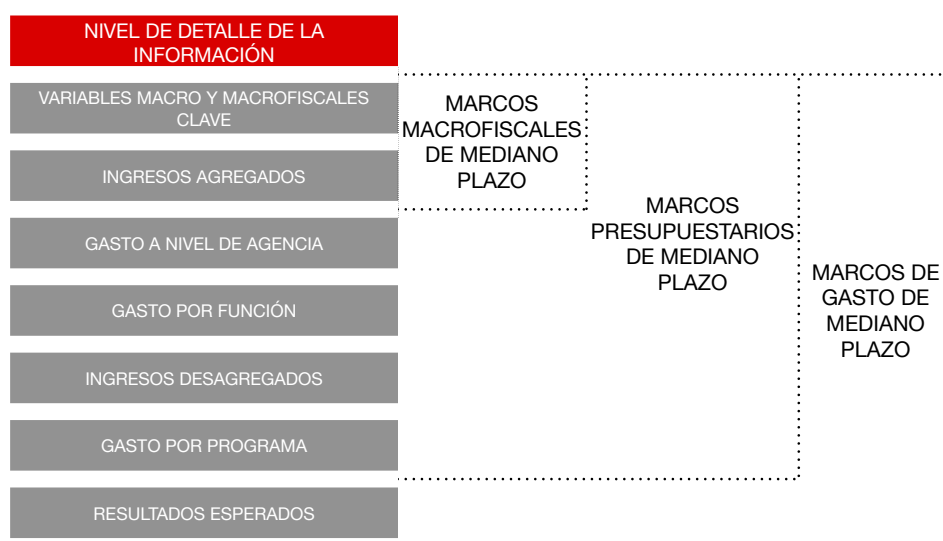
⁹⁴ Por ejemplo, la planificación material puede estar condicionada por el presupuesto, cuando le corresponde al rector del sistema financiero determinar techos que limitan el desarrollo de programas y proyectos sectoriales; o, a la inversa, el presupuesto se define con base en la priorización en la ejecución intertemporal de planes de desarrollo más generales bajo la rectoría de un órgano distinto al responsable de los aspectos financieros de la Administración pública. En Ecuador el art. 280 de la Constitución determina que el Plan Nacional de Desarrollo (el «PND») es el instrumento al que se sujetarán (i) las políticas, programas y proyectos públicos; (ii) la programación y ejecución del presupuesto del Estado y la inversión y la asignación de los recursos públicos; y, (iii) la coordinación en el ejercicio de las

Lo que la Administración «debe hacer» está previsto en el sistema jurídico que se desarrolla a través de políticas e instrumentos de planificación pública; a ello, en lo posterior, lo llamo «planificación material».

Es usual que se confunda la planificación estratégica de las actividades a cargo de los órganos del Estado y la competencia de planificación de las actividades públicas y privadas que se pueden desarrollar en el ámbito territorial de un país. En el primer caso, estamos frente a un instrumento técnico de buena administración; en el segundo, a una opción de política económica, casi siempre determinada por una específica línea ideológica.⁹⁵

La aproximación a la planificación material de la actividad pública puede ser diversa y estas diferencias se pueden observar en los sistemas jurídicos hispanoamericanos y español. Desde una perspectiva conceptual, por ejemplo, los términos «plan estratégico», «programa» o «proyecto» dicen relación con el nivel de generalidad y el enfoque del instrumento de planeamiento; por su contenido, se pueden concebir, planes generales, sectoriales o institucionales; o, por la temporalidad, los tipos de planes pueden ser anuales o plurianuales.

Gráfico 7.1: El marco de mediano plazo para la planificación financiera pública



Fuente: M. Ardanaz, A. Barreix, L. Corrales y S. Díaz de Sarralde. «Las reglas fiscales: tipologías, funciones y complementariedad con otras instituciones fiscales», en A. Barreix y L. Corrales (ed.). Reglas fiscales resilientes en América Latina. Washington: BID, 2019, pp. 41-60.

competencias exclusivas entre el Estado Central y los gobiernos autónomos descentralizados. El PND es obligatorio para el sector público e indicativo para los demás sectores.

⁹⁵ En España la posibilidad de planificar la economía está autorizada constitucionalmente. En efecto, el art. 131.1 del Constitución determina que «[e]l Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución».

Cuando el planeamiento se refiere al uso de los recursos públicos para mantener o incrementar la riqueza y las capacidades sociales y del Estado para satisfacer objetivos estratégicos, se hace referencia a planes de inversión.⁹⁶

El presupuesto como componente de un sistema financiero público, presupone un conjunto de normas jurídicas y técnicas que fijan el marco material y formal, para la programación, formulación, aprobación, ejecución, evaluación y seguimiento, clausura y liquidación del instrumento de planificación financiera del Estado en el que se prevén ingresos y se autorizan los gastos para la realización de las actividades (*v. gr.*, la prestación de servicios públicos o la provisión de bienes) destinadas a satisfacer los fines determinados en el sistema jurídico, las políticas e instrumentos de planificación material de la Administración.

Pese a todas las diferencias que se pueden encontrar en los sistemas jurídicos, lo cierto es que la inversión pública —como elemento sustancial de la planificación material— y el presupuesto —como instrumento de planificación financiera pública— de una u otra manera se integran dentro de las regulaciones de cada país.

(b) Modelos conceptuales de integración de la planificación material y financiera públicas: ubicación de las APP como modalidad de financiación de la actividad pública

La financiación de las actividades a cargo de los órganos Estado, o lo que es lo mismo, la financiación pública, no es un proceso destinado a ajustar unos flujos de ingresos disponibles a los gastos requeridos para atender las múltiples actividades públicas, de modo que aquello de lo que se dispone sea distribuido entre los gestores públicos participantes para el cumplimiento de objetivos parciales o específicos considerados desde las unidades administrativas de gestión. En un modelo de planificación material y financiera de este tipo la priorización es sectorial o territorial de acuerdo a una cuota de gasto asignado.

La alternativa, es que se defina los objetivos generales de la actividad pública en periodos más o menos extensos y, a partir de ello, se prioricen los programas y proyectos específicos para alcanzar tales objetivos, en función de la disponibilidad de recursos financieros propios o ajenos para atenderlos en el periodo de referencia.

La diferencia entre estos dos modelos es evidente. En un esquema en que se priorizan los límites en el gasto, al que lo podríamos llamar de «planificación material limitada *ex ante*», la integración de las actuaciones públicas a acometer y toda priorización sectorial o territorial, se produce luego de que se han fijado cuotas de gasto alineadas a objetivos de tipo financiero público. El lema que corresponde a este proceder podría ser: «haga lo que debe con lo que tiene».

A diferencia de este esquema, en el que podríamos denominar el modelo de «planificación material limitada *ex post*», la discusión sobre los asuntos financieros se

⁹⁶ En este sentido, [Ecuador] Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, art. 55 («Para la aplicación de este código, se entenderá por inversión pública al conjunto de egresos y/o transacciones que se realizan con recursos públicos para mantener o incrementar la riqueza y capacidades sociales y del Estado, con la finalidad de cumplir los objetivos de la planificación»).

realiza a partir de la determinación de las necesidades marcadas por los objetivos colectivos generales a ser cumplidos, en el marco de la determinación de las metas estratégicas y operativas, de corto, mediano y largo plazo. Esta aproximación induce a pensar en la frase «el dinero no importa» como lema de actuación.

En la práctica, una planificación dirigida a alcanzar mejores resultados es la que combina las dos aproximaciones, la que podríamos denominar de «planificación material y financiera convergentes», mediante instrumentos tales como los de planificación estratégica, que se suelen denominar planes de desarrollo, y otros específicos referidos al ámbito material de la actuación pública o que se construyen a partir de unidades territoriales de gestión —*v. gr.*, planes sectoriales y planes de gestión u ordenamiento territorial—, que finalmente se integran en algún momento del proceso de planificación material.

La priorización de los programas y proyectos a ser ejecutados en el corto, mediano y largo plazo, desde la perspectiva financiera, por otra parte, viene determinada especialmente por (i) la habilidad de los órganos o entes competentes para estructurar un sistema de financiación público que permita que la actividad bajo su responsabilidad sea financiable, cualquiera sea la forma o la fuente que haya sido agregada o autorizada en la ley; (ii) las reglas sobre la vinculación entre las fuentes y los usos de los recursos financieros públicos; y, (iii) cualquier otro límite respecto de las fuentes de financiación o sus usos.

Al referirnos a la capacidad financiera del Estado, la primera idea que se nos presenta es la que corresponde a las posibilidades que los entes con autonomía financiera tienen para allegar dinero para cubrir los gastos vinculados con su planificación material. Esas posibilidades tienen que ver con la consolidación de un esquema de ingresos públicos y, por supuesto, con los programas políticos de coyuntura.

En el ámbito de los ingresos públicos, por ejemplo, están los sistemas financieros públicos cuyos ingresos dependen de un subsistema tributario especialmente estructurado con una combinación de impuestos directos (*v. gr.*, impuesto a la renta) e indirectos (*v. gr.*, impuesto sobre el valor añadido) y otros tributos (tasas y contribuciones), que es más o menos progresivo —o regresivo—, según la importancia que tiene uno u otro tipo de imposición. Otros sistemas financieros públicos son dependientes de la explotación de recursos naturales no renovables de titularidad pública, como el petróleo (*v. gr.*, en Ecuador o México) u otros minerales (*v. gr.*, en Bolivia o Chile), aunque en estos casos los subsistemas tributarios tienen también una relevancia fundamental en la sostenibilidad fiscal.

Esta primera idea no agota el alcance de aquello a lo que nos referimos como capacidad financiera del Estado. En efecto, el Estado también puede participar en el mercado financiero y proveerse de dinero a través de la captación del ahorro local o internacional, asumiendo la posición de deudor. Como es comprensible, la preocupación actual se ha centrado en esta materia.

Los recursos provenientes del subsistema tributario, el endeudamiento público y la explotación de los bienes públicos, en cuyo detalle se puede incluir la venta de bienes y la provisión de servicios al «mercado», tienen una importancia fundamental en la concepción del sistema financiero público y el subsistema jurídico que lo regula.

Como lo he apuntado, en el Derecho Financiero Público, como disciplina, se hace referencia ordinariamente a estos ítems porque los sistemas jurídicos otorgan un tratamiento unificado a los flujos de ingresos derivados de estas fuentes y también a sus empleos posibles, el flujo de egresos, mediante un instrumento característico y especialmente regulado de la planificación financiera pública: el presupuesto público.

No obstante, el presupuesto público y su régimen, en ocasiones, no tiene relación alguna con un subconjunto de instrumentos de carácter financiero que los sistemas jurídicos reconocen como mecanismos de cobertura del gasto implicado en la satisfacción de ciertas necesidades y objetivos ubicados como parte de aquellos para los que se desenvuelve la actividad pública. Se suelen denominar «fondos extrapresupuestarios» a los recursos financieros que no se registran en el presupuesto público, y que son administrados de manera autónoma y según un específico régimen jurídico, sea por entidades públicas o por privadas. Desde la perspectiva de su naturaleza jurídica, en este conjunto de herramientas de financiación de la actividad pública, si se acuerda que siempre deben ser establecidas para atender una finalidad pública, estarían aquellas prestaciones patrimoniales de carácter público que no constituyen un ingreso público, en el sentido de que no se incorporan al presupuesto público para su gestión.

Los fondos extrapresupuestarios y las prestaciones patrimoniales impuestas a las que me refiero, en último término, son instrumentos de financiación de la actividad pública y, en este sentido, al hablar de capacidad financiera del Estado no solo señalo los medios que se configuran en el sistema jurídico para allegar los recursos financieros que son gestionados a través del presupuesto público, sino también a todos los instrumentos que el Estado está habilitado a emplear para cubrir los gastos de las actividades que, en principio, constituyen una competencia de un órgano o entidad públicos.

Esta concepción exige una visión amplia de lo que significa el sistema financiero público, pero fundamentalmente, presupone que un sistema financiero público puede mudar en sus elementos, precisamente, cuando se emplean modalidades de financiación de la actividad pública en la que, como las APP, se puede trasladar fuera del presupuesto público, parcial o totalmente, los gastos de actividades que originariamente y de acuerdo con el sistema jurídico son de cargo del Estado, modificando los puntos de conexión y así el régimen jurídico aplicable a las prestaciones y contraprestaciones que en su contexto se producen.

He apuntado también que la vinculación de las fuentes y usos de los recursos financieros públicos y otras reglas sobre fuentes y usos, pueden ser límites prácticos en la planificación de los programas y proyectos a ser ejecutados, dentro de un modelo de planificación material y financiera convergente. En efecto, los subsistemas jurídicos que tienen por objeto la regulación de las finanzas públicas suelen introducir reglas fiscales tendientes a vincular los ingresos permanentes con gastos permanentes, mientras que aquellos que se consideran coyunturales —no permanentes— se los dirige a gastos no permanentes, especialmente de inversión. Del mismo modo, los sistemas jurídicos, pueden, por ejemplo, delimitar el uso del endeudamiento público de modo que, en principio, este únicamente puede ser empleado para la financiación de proyectos autoliquidables. Una medida de este tipo lo que busca es que un proyecto de inversión, una vez ejecutado, genere el flujo de recursos necesarios para el repago de la obligación. El criterio empleado en una regla fiscal como la comentada puede ser útil en relación con las APP si tuvieran un tratamiento paralelo al del endeudamiento público, pues, el sentido de ellas es que, en principio, pueda ser satisfecha la recuperación de la inversión privada, el endeudamiento privado incurrido para atender la ejecución del proyecto y la retribución por la referida inversión, el riesgo y el trabajo del gestor privado, con los flujos derivados del proyecto ya implementado.

En el caso de límites específicos sobre fuentes y usos, están también las regla fiscales que, por ejemplo, limitan el endeudamiento público según un índice como el de deuda agregada respecto del producto interno bruto, o cualquier otro similar.

Finalmente, conviene señalar que la confluencia de los diversos instrumentos de planificación material y su efecto financiero, se alcanza dentro de procedimientos administrativos, más o menos complejos, y con la intervención de estructuras de la organización pública, con participación plural que integran a los distintos órganos y entidades públicos implicados y, en ocasiones, a los destinatarios de la actividad pública, ya en la definición y control de las políticas públicas, ya en su ejecución.

5. Introducción al régimen que regula el ciclo presupuestario en España

La Constitución Española introduce el régimen de planificación, no tanto como un instrumento técnico para la organización de las actividades propias del Estado, sino como uno enfocado hacia la regulación de la actividad económica.

En efecto, el art. 131.1 *ibidem* establece que «[e]l Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución»; y, para tal propósito, le corresponde al Gobierno elaborar los planes de acuerdo con las previsiones de la Comunidades Autónomas y la asesoría de un Consejo con participación múltiple.⁹⁷

La Ley General Presupuestaria española vincula la proyección plurianual de los presupuestos públicos y el objetivo de estabilidad.⁹⁸

La Ley de Presupuestos Generales del Estado, con vigencia anual, se ha de enmarcar en las previsiones realizadas para escenarios presupuestarios de tres años,⁹⁹ actualizados en cada ocasión según los efectos de los eventos producidos en los ejercicios precedentes. El sentido de ello es determinar los límites de actuación pública en un ejercicio fiscal que tenga efectos en el presupuesto público futuro con el objetivo de mantener los equilibrios presupuestarios —diríamos la sostenibilidad de la finanzas públicas—. Para ello, los escenarios presupuestarios plurianuales, consideran la previsión de ingresos y egresos futuros, en un contexto macroeconómico proyectado, atendiendo los compromisos ya asumidos (compromisos explícitos) y los que se espera realizar para atender los objetivos de la programación plurianual de los ministerios.

La programación de la actividad pública, determinada por sus objetivos, medios, actividades, procedimientos e indicadores de seguimiento, está a cargo de cada ministerio en España. La programación plurianual ministerial¹⁰⁰ concentra, pues, la planificación material de todos los «centros gestores de gastos» dependientes, e integra

⁹⁷ [España] Ley 21/1991, de 17 de junio, por la que se crea el Consejo Económico y Social, publicado en el BOE núm. 145, de 18 de junio de 1991. Una importante atribución otorgada a este Consejo es la de emitir informes con carácter preceptivo respecto de anteproyectos de leyes del Estado y proyectos de reales decretos legislativos que regulen materias socioeconómicas y laborales (art. 7, 1, 1.1, a).

⁹⁸ Así se lo declara en la exposición de motivos de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, publicada en el BOE núm. 284, de 27 de noviembre de 2003.

⁹⁹ [España] Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, publicada en el BOE núm. 284, de 27 de noviembre de 2003, art. 28.

¹⁰⁰ [España] Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, publicada en el BOE núm. 284, de 27 de noviembre de 2003, art. 29.

aquella que corresponde a las entidades del sector público adscritas con presupuestos no limitativos (p. ej., de las entidades públicas empresariales).¹⁰¹

En el marco plurianual de los escenarios presupuestarios se enmarcan anualmente los Presupuestos Generales del Estado y están orientados, igualmente, hacia la estabilidad. La ley define los programas plurianuales y el detalle de su contenido (objetivos, medios, actividades, procesos inversores e indicadores de seguimiento). Estos programas plurianuales, que deben aprobarse por el Ministro de cada departamento, se remitirán anualmente al Ministerio de Hacienda para la elaboración de los escenarios presupuestarios plurianuales.

Las políticas de gasto pasan a ser el elemento nuclear de las asignaciones de los recursos, la evaluación de la gestión y el logro de los objetivos. Se prevé que las asignaciones presupuestarias a los centros gestores de gasto se efectúen tomando en cuenta el nivel de cumplimiento de los objetivos en ejercicios anteriores.

6. Inversiones públicas e integración con la planificación financiera en Hispanoamérica: casos seleccionados

Las técnicas de organización administrativa y de vinculación entre la planificación materiales y la financiera son múltiples. No obstante, es evidente la tendencia a integrar los procesos de modo tal que cualquier decisión que afecte la planificación financiera del Estado, se integre a los procesos de evaluación general de los proyectos de inversión pública, incluso empleando la modalidad de gestión de las APP.

En Argentina, se prevé a nivel constitucional la vinculación del presupuesto y la planificación material. En efecto, le corresponde al Congreso de la Nación «[f]ijar anualmente [...] el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la administración nacional, en base al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas y aprobar o desechar la cuenta de inversión».¹⁰²

Así en Perú, con el Decreto Legislativo N.º 1252, de 1 de diciembre de 2016, se estableció el denominado Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones, «como sistema administrativo del Estado, con la finalidad de orientar el uso de los recursos públicos destinados a la inversión para la efectiva prestación de servicios y la provisión de la infraestructura necesaria para el desarrollo del país».¹⁰³ Luego de las reformas practicadas el 16 de setiembre de 2018 con el Decreto Legislativo N.º 1432, ciclo de inversiones peruano se desarrolla en cuatro fases:

- Programación Multianual de Inversiones (PMI): se define indicadores de brechas y se desarrolla la programación multianual. Además, se establece la cartera de proyectos y se realiza la consolidación en el Programa Multianual de Inversiones del Estado (PMIE).

¹⁰¹ [España] Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, publicada en el BOE núm. 284, de 27 de noviembre de 2003, arts. 64 y 65.

¹⁰² [Argentina] Constitución argentina, art. 75.8

¹⁰³ [Perú] Decreto Legislativo N.º 1252, publicado en el Diario Oficial, de 1 de diciembre de 2016, modificado por el Decreto Legislativo N.º 1341, publicado en el Diario Oficial de 7 de enero de 2017; y, la Ley N.º 30680, publicado en el Diario Oficial de 14 de noviembre de 2017.

- **Formulación y Evaluación (FyE):** en esta etapa completan las fichas técnicas o se desarrollan estudios de preinversión, según corresponda. También se realiza la evaluación y registro de cada proyecto en el Banco de Inversiones.
- **Ejecución:** se trabaja en la elaboración del expediente técnico y ejecución del proyecto. Además, se desarrollan labores de seguimiento físico y financiero a través del Sistema de Seguimiento de Inversiones (SSI).
- **Funcionamiento:** se realiza el reporte del estado de los activos. Así también, se programa el gasto para fines de operación y mantenimiento, y finalmente, ocurre la evaluación expost de los proyectos de inversión.

La competencia de seleccionar y priorizar los proyectos estratégicos de inversión está encomendada al Ministerio de Economía y Finanzas,¹⁰⁴ con base en determinados principios rectores que incluyen su alineamiento a la planificación estratégica del país.¹⁰⁵ En el Perú, sin perjuicio de las reglas aplicables, la vinculación de la planificación material (en lo que respecta la inversión pública) y el presupuesto se ha reforzado a través de la consolidación de estas dos materias en una única entidad.

En República Dominicana, la entidad responsable de la planificación material es el «Ministerio de Economía, Planificación y Desarrollo», aunque los regímenes aplicables no están codificados, ni articulados sistemáticamente, deben operar de manera interrelacionada. El Sistema Integrado de Administración Financiera del Estado dominicano, a cargo del Ministerio de Hacienda, está compuesto por los subsistemas de presupuesto, crédito público, tesorería y contabilidad gubernamental,¹⁰⁶ y se vincula, por expresa disposición normativa,¹⁰⁷ con otros subsistemas, entre los que se encuentra el sistema de planificación e inversión pública.

¹⁰⁴ Las reglas básicas del subsistema constan en: [Perú] Decreto Legislativo N°. 1252, publicado en el Diario Oficial de 1 de diciembre de 2016, modificado por: el Decreto Legislativo N°. 1341, publicado en el Diario Oficial de 7 de enero de 2017; la Ley N°. 30680, publicado en el Diario Oficial de 14 de noviembre de 2017; y, el Decreto Legislativo N°. 1432, publicado en el Diario Oficial de 16 de septiembre de 2018. Con el Decreto Legislativo N°. 1435, publicado en el Diario Oficial de 16 de septiembre de 2018 se organizó el Fondo Invierte para el Desarrollo Territorial – FIDT, que tiene como finalidad (art. 3) «la financiación o cofinanciación de inversiones y de estudios de pre inversión, incluyendo los estudios de perfil y las fichas técnicas, de los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, en el marco del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones, orientados a reducir las brechas en la provisión de servicios e infraestructura básicos [...]».

¹⁰⁵ En el Perú la inversión pública está separada del —aunque debe alinearse al— marco del Sistema Nacional de Planeación Estratégica, a cargo del Centro Nacional de Planeamiento Estratégico — CENAPLAN— adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, regulado mediante Decreto Legislativo N°. 1088, publicado en el Diario Oficial de 28 de junio de 2008

¹⁰⁶ [República Dominicana] Ley 5-07, Sistema de Administración Financiera del Estado, publicada en , art. 2.

¹⁰⁷ [República Dominicana] Ley 5-07, Sistema de Administración Financiera del Estado, publicada en , art. 3 («Están también relacionados con el Sistema Integrado de Administración Financiera del Estado, los sistemas de Planificación e Inversión Pública, Gestión de Recursos Humanos, Administración Tributaria, Compras y Contrataciones, Administración de Bienes Nacionales y Control Interno. Estos sistemas, a partir de sus propias leyes y normas, mantendrán con el Sistema Integrado de Administración Financiera del Estado una unidad conceptual y metodológica en materia de registros, procesamiento y presentación de información financiera.

A diferencia del caso peruano, en el Ecuador, el modelo ha sido más bien de integración normativa,¹⁰⁸ aunque desde la perspectiva organizacional las tareas de construcción de un banco de proyectos desde el que se priorizan aquellos que se agregan en los planes de inversión pública a ser financiados en el periodo se han atribuido a una entidad distinta —la Secretaría Técnica de Planificación— al rector de las finanzas públicas —el Ministerio de Economía y Finanzas—.

Una visión integral de un sistema más amplio que incluye los componentes de planificación material, especialmente respecto de la inversión pública, y el presupuesto público también se puede observar en otros países hispanoamericanos, tales como, Uruguay.¹⁰⁹

7. Progresividad, no regresividad y recursos escasos

(a) El rol del Estado prestacional y los derechos fundamentales

Una democracia constitucional,¹¹⁰ en la que los principios fundamentales en los que se basa la organización del Estado y la protección de las personas, expresados por las mayorías, coloca a la tutela de los derechos fundamentales como fin esencial de la actividad pública.¹¹¹ El presupuesto es un instrumento para la realización de tales derechos y está sujeto a control constitucional en este sentido.

Esta idea se refleja en los textos de las constituciones. Así, por ejemplo, en Argentina aparece el «deber de desarrollar políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y

¹⁰⁸ El art. 1 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas ecuatoriano señala que este cuerpo normativo está destinado a «organizar, normar y vincular el Sistema Nacional Descentralizado de Planificación Participativa con el Sistema Nacional de Finanzas Públicas, y regular su funcionamiento en los diferentes niveles del sector público, en el marco del régimen de desarrollo, del régimen del buen vivir, de las garantías y los derechos constitucionales».

¹⁰⁹ Le corresponde a la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, entidad adscrita a la Presidencia, la administración y gestión del Sistema Nacional de Inversión Pública. [Uruguay] Ley N°. 18996, publicada en el Diario Oficial N°. 28601, de 22 de noviembre de 2012, arts. 22-25.

¹¹⁰ Sobre esta proposición se puede ver los planteamientos de L. Ferrajoli. *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2010, p. 35. En otro trabajo señala: «[S]i las normas constitucionales sustanciales no son otra cosa que derechos fundamentales, éstas pertenecen a todos nosotros, que somos los titulares de los mismos. Es en esta titularidad común que reside el sentido de la democracia y de la soberanía popular». L. Ferrajoli. «Positivismo crítico, derechos y democracia», en *Isonomía*, núm. 16, 2002, p. 15 [pp. 7-20].

¹¹¹ «La Constitución no admite la validez de una voluntad mayoritaria expresada sin respetar los principios del estado de derecho ni les permite derogar principios fundamentales sobre los que se basa la organización republicana del poder y la protección de los ciudadanos. La Democracia es Constitucional, y por ello la función de esta Corte en este caso se dirige a garantizar la vigencia de principios regulativos del modo en que expresan las mayorías. El escrutinio judicial de los procedimientos resulta esencial para robustecer las prácticas democráticas. El buen juicio de un estadista es afirmar reglas que constituyan incentivos apropiados para los futuros participantes en la competencia electoral. El cumplimiento de los principios que constituyen el núcleo del estado de derecho es lo que orienta a una sociedad hacia una expresión madura y plural, mientras que su apartamiento condena al futuro a repetir un pasado que se desea mejorar». [Argentina] Corte Suprema de Justicia de la Nación. CSJN Fallos 330:3160, c. 11 [causa B. 903. XL. «Bussi, Antonio Domingo c/ Estado Nacional (Congreso de la Nación - Cámara de Diputados) s/ incorporación a la Cámara de Diputados», sent. 13/07/2007].

humanos», asistir a las «personas con necesidades básicas insatisfechas» o procurar el «acceso a los servicios públicos» para quienes tienen limitadas sus posibilidades.¹¹²

La concepción de un Estado de derechos y justicia, donde la constitución es la norma positiva de referencia y central en el sistema, muestra la decisión democrática de que hay derechos que deben ser atribuidos a las personas por el hecho de serlo, *i. e.*, reconocerlos en razón de su naturaleza y dignidad, y que estos deben ser protegidos y promovidos para hacerlos efectivos.

Especialmente en los derechos fundamentales en los que las pretensiones amparadas se conciben para la construcción de las condiciones materiales e inmateriales que permitan la satisfacción de necesidad individuales, pero en el ámbito de la vida colectiva, que coloca a las personas, con sus diferencias naturales y adquiridas, en circunstancias homogéneas de intercambio y frente a barreras cuya remoción no solo depende del esfuerzo individual. La libertad e igualdad materiales están vinculadas, entonces, con la idea de solidaridad.

La solidaridad que hace posible la libertad y la igualdad reales, justifica la organización de la comunidad en forma de Estado social y que la organización asuma un rol específico en la construcción de las condiciones para el goce y ejercicio efectivo de los derechos fundamentales y la remoción de las barreras estructurales que lo impide.

Los derechos fundamentales, liberales y sociales, suponen prestaciones de no hacer, pero también de dar y hacer. En este contexto, aunque no sea la única modalidad para proteger y promover los derechos fundamentales, el Estado debe asumir un rol prestacional regulado de acuerdo con el régimen jurídico-administrativo que se integra en el sistema jurídico positivo. Este rol exige, además, que el Estado pueda organizar y gestionar los medios de los que dispone para atender las funciones que le son atribuidas a través del sistema jurídico.

La consecución de la libertad e igualdad reales, entonces, es el valor de salida de todo el sistema jurídico positivo contemporáneo que identifica al Estado social y de derecho.

(b) Alcance del principio de desarrollo progresivo de los derechos fundamentales y no regresividad

El art. 11, numeral 8, de la Constitución ecuatoriana determina que «[e]l contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas» y, además, «[s]erá inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos». Esta disposición incluye en el sistema jurídico ecuatoriano el principio de desarrollo progresivo que se encuentra en varios instrumentos internacionales.

Por otra parte, el art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece el deber de los Estados Partes de adoptar medidas, económicas y técnicas, conducentes al logro progresivo de la plena efectividad de los derechos reconocidos en dicho instrumento con el máximo de los recursos disponibles:

¹¹² [Argentina] Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, art. 17.

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.¹¹³

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, con respecto al principio de desarrollo progresivo, en la Observación General núm. 3 ha señalado que el concepto de «progresiva efectividad» implica que la satisfacción plena de todos los derechos no se puede realizar en el corto plazo. Pero este hecho no quiere decir que la obligación de los Estados Partes no tenga un «contenido significativo». Aunque existe alguna flexibilidad afincada en la realidad de cada país para alcanzar el objetivo, impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo, «todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga [...]».¹¹⁴

Incluso en el caso de que se llegue a justificar que los recursos disponibles son insuficientes, se mantiene la obligación de «asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos pertinentes dadas las circunstancias reinantes. Más aún, de ninguna manera se eliminan, como resultado de las limitaciones de recursos, las obligaciones de vigilar la medida de la realización, o más especialmente de la no realización, de los derechos económicos, sociales y culturales y de elaborar estrategias y programas para su promoción».¹¹⁵

El art. 26 de la CADH, en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales, determina:

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.¹¹⁶

La Corte IDH, por su parte, ha señalado que el principio de desarrollo progresivo se debe medir «en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, [...] sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social».¹¹⁷

¹¹³ [ONU] PIDESC, art. 2.1

¹¹⁴ [ONU] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N.º 3, «La índole de las obligaciones de los Estados Partes (pár. 1 del art.2 del Pacto)», de 14 de diciembre de 1990, párrafo 9.

¹¹⁵ [ONU] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N.º 3, «La índole de las obligaciones de los Estados Partes (pár. 1 del art.2 del Pacto)», de 14 de diciembre de 1990, párrafo 12.

¹¹⁶ [OEA] Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 26.

¹¹⁷ Corte IDH. Sentencia excepciones preliminares, fondo y reparación caso «Cinco Pensionistas v. Perú», de 6 de marzo de 2019.

Por el principio de desarrollo progresivo de los derechos es necesaria «la adecuación jurídica de las normas, leyes, reglamentos, ordenanzas, resoluciones a los preceptos constitucionales y los tratados internacionales, correspondiendo esta obligación a la Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa, adecuación que —reiteramos— debe ser formal y material para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades».¹¹⁸ Este principio supone, pues, un límite a la potestad normativa. En este sentido, la Corte Constitucional ecuatoriana ha señalado que «si un derecho, en su configuración, alcanzó determinado nivel de protección, dicho nivel no puede ser menoscabado de forma injustificada, a partir de una regulación normativa».¹¹⁹ De modo que, la libertad de configuración jurídica del legislador está limitada por la carga de «efectuar todos los esfuerzos por respetar su grado de protección expresamente reconocido»¹²⁰ cuando debe desarrollar el contenido de un derecho fundamental, para no incurrir en el vicio de regresividad proscrito constitucionalmente. El corolario del principio de desarrollo progresivo de los derechos es, pues, la proscripción de regresividad injustificada.

Ahora bien, aunque desde la perspectiva constitucional, la tarea de control que le incumbe a la Corte tiene que ver muy especialmente con la actividad legislativa o, en cualquier caso, normativa de carácter general, es muy claro que el Estado en su conjunto es el que está impedido de adoptar decisiones que puedan disminuir el reconocimiento y cumplimiento de los derechos fundamentales, por lo que «ningún acto legislativo, administrativo o judicial puede afectar un derecho previamente reconocido, y menos aún, privar a las personas de condiciones de protección adquiridas y colocarlas en situación de vulnerabilidad».¹²¹

En el entendimiento de la Corte Constitucional ecuatoriana es posible la regresión de un derecho fundamental, especialmente aquellos cuya satisfacción implica alguna prestación con contenido económico, únicamente «en virtud de una razón plenamente justificada en la Constitución de la República o alguna norma que forme parte del bloque de constitucionalidad, y debe haberle precedido la más cuidadosa consideración para su adopción».¹²²

El efecto de que alguna regresividad es posible en circunstancias en que se haya demostrado que se ha procedido con un «estricto escrutinio de sus causas y consecuencias»¹²³ o con «sumo cuidado» en función de la satisfacción de otro derecho, es que las autoridades públicas tienen mayor carga argumentativa y probatoria para justificar la medida.

¹¹⁸ [Ecuador] Corte Constitucional. SCC núm. 005-13-SIN-CC, de 23 de abril de 2013.

¹¹⁹ [Ecuador] Corte Constitucional. SCC núm. 049-16-SIN-CC, de 11 de octubre de 2016; y núm. 037-16-SIN-CC, de 30 de junio de 2016.

¹²⁰ [Ecuador] Corte Constitucional. SCC núm. 049-16-SIN-CC, de 11 de octubre de 2016; y núm. 037-16-SIN-CC, de 30 de junio de 2016.

¹²¹ [Ecuador] Corte Constitucional. SCC núm. 017-17-SIN-CC, de 19 de junio de 2017.

¹²² [Ecuador] Corte Constitucional, SCC núm. 002-18-SIN-CC, de 21 de marzo de 2018, p. 73.

¹²³ [Ecuador] Corte Constitucional, SCC núm. 008-13-SIN-CC, de 5 de julio de 2013; y núm. 002-09-SAN-CC, de 24 de abril de 2017.

(c) **Escasez de recursos financieros y derechos fundamentales**

Las carencias presupuestarias no justifican la vulneración de los derechos fundamentales. De hecho, el presupuesto público está sujeto a control de constitucionalidad.¹²⁴

Por ejemplo, la Corte Suprema argentina en el caso *Badín*,¹²⁵ que se refiere a daños derivados del fallecimiento de un reo, producto de un incendio relacionado con las condiciones de la infraestructura, ha señalado que «las carencias presupuestarias, aunque dignas de tener en cuenta, no pueden justificar transgresiones de este tipo. Privilegiarlas sería tanto como subvertir el Estado de Derecho y dejar de cumplir los principios de la Constitución y los convenios internacionales que comprometen a la Nación frente a la comunidad jurídica internacional, receptados en el texto actual de aquella (art. 5º, inc. 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)».

Otro caso que ilustra muy bien los problemas en la relación del presupuesto con los derechos fundamentales es *Q*.¹²⁶ *Q* [sigla que corresponde al apellido de la actora y que no se publica] solicitó al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que le incluya en los programas gubernamentales vigentes para acceder a una vivienda en condiciones dignas de habitabilidad, algo que se le había denegado. Al no proporcionarle alternativas para salir de la «situación de calle» en la que se encontraba junto a su hijo que adolecía de una encefalopatía, la actora consideró que la autoridad violaba sus derechos fundamentales a la salud, la dignidad y la vivienda reconocidos en la Constitución local, en la Constitución Nacional y en diversos tratados internacionales. La actora propuso un amparo que en el último nivel local fue desestimado¹²⁷ y que llegó

¹²⁴ H. Corti. *Derecho Constitucional Presupuestario*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007 [pp. 693 y ss.]; H. Corti. «Los principios comunes del derecho constitucional presupuestario, el gasto público justo y la Teoría General de la Constitución Financiera», en *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Tributario*, núm. 78, 2018, pp. 393-421; H. Corti. «Los principios materiales de justicia del gasto público», en R. Asorey, C. Billardi, J. Casás, A. Torrealba y M. Plazas Vega (dir.). *Derecho Tributario: Reflexiones. Estudios en homenaje a Victor Uckmar*. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 2018, pp. 17-36; H. Corti. «Plurales procesos históricos y un problema global: Ley de Presupuesto y Derechos Humanos», en *Revista Institucional de la Defensa Pública de la CABA*, núm. 11, 2017; H. Corti. «La decisión presupuestaria y los derechos humanos en el sistema constitucional argentino», en C. Grosman (dir.). *Hacia una armonización del derecho de familia en el MERCOSUR y Países Asociados*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007, pp. 426-440; H. Corti. «Derechos Fundamentales y Presupuesto Público: Una renovada relación en el marco del neoconstitucionalismo periférico», en J. M. Conti y F. Facury Scaff (coord.). *Orcamentos Públicos e Direito Financeiro*. San Pablo: Revista Dos Tribunais, 2011, pp. 127-186; H. Corti. «Hacienda Pública y Derecho Constitucional», en *Boletín de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales*, 1998, s/p.; H. Corti. «Crítica y defensa de la supremacía de la Constitución», en *La Ley*, s/n, 1997, p. 1033; H. Corti. «Constitucionalización del gasto público», en *Lecciones y Ensayos*, núm. 64/65, 1995, pp. 33-91.

¹²⁵ [Argentina] Corte Suprema de Justicia de la Nación. CSJN Fallos 318:2002, c. [causa B. 142. XXIII. «*Badín, Rubén y otros c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios*», sent. 19/10/1995].

¹²⁶ [Argentina] Corte Suprema de Justicia de la Nación. CSJN Fallos 335:452, [causa Q. 64. XLVI. «*Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo*», sent. 24/04/2004].

¹²⁷ Según el tribunal que desestimó el requerimiento, el PIDESc no obliga a los Estados parte a proporcionar vivienda a cualquier habitante al que le falta una. La obligación se limita a fijar programas y condiciones de acceso a una vivienda dentro del marco de las posibilidades financieras que tenga y aprovechando al máximo los recursos disponibles. El PIDESc impone una obligación de progresividad que implica demostrar avance en la garantía plena de los derechos reconocidos en ese instrumento. Esto se mide respecto al conjunto general de la población, y no por lo que le toca a cada persona. Finalmente, el

a la Corte Suprema argentina por vía de un recurso extraordinario. Para ese nivel no se encontraba en debate que la situación personal, económica y social de la actora y su hijo no les permitía, «pese a sus razonables esfuerzos», procurarse los medios para acceder a un lugar para vivir en condiciones dignas.¹²⁸ La Corte estimó que, aunque no hay una única manera de proteger y promover el derecho de vivienda, en el caso no se había implementado una «respuesta adecuada, definitiva y acorde a las extremas circunstancias» que debe afrontar la actora,¹²⁹ por lo que otorgó el amparo requerido, disponiendo medidas específicas a favor de la actora y su hijo. En lo fundamental, en esta resolución judicial se afrontó el problema de la escasez de recursos públicos frente a la obligación del Estado respecto de las prestaciones de hacer derivadas del reconocimiento, protección y promoción de los derechos fundamentales.¹³⁰ En efecto, la autoridad alegó que sus deberes en relación con un caso como el propuesto está limitado por restricciones de orden presupuestario. Ante esta alegación, la Corte argentina invocó el PIDESC y las observaciones generales del Comité DESC para interpretar el deber de los Estados parte del tratado de adoptar medidas para satisfacer «progresivamente» las prestaciones derivadas de los derechos sociales «hasta el máximo de los recursos de que disponga».

El Comité DESC ha sostenido que, aunque la referencia a la disponibilidad de recursos puede condicionar la obligación, ello no implica que la obligación no sea exigible, *i. e.*, que varíe el carácter inmediato de la obligación. Del mismo modo —razonó la Corte argentina—, la limitación de los medios financieros no justifica el incumplimiento de la obligación de adoptar algún tipo de medida. De modo que, aunque se llegara a demostrar que los recursos financieros son insuficientes, los Estados deben velar por el goce «más amplio posible» de los derechos sociales y, en cualquier caso, deben proteger a la población más desfavorecida y vulnerable.¹³¹

La Corte argentina, resaltó el pronunciamiento del Comité DESC, respecto al hecho de que la tutela de los derechos sociales no requiere forzosamente la asignación de ingentes recursos, de modo que, para considerar el argumento de la limitación financiera, debían analizarse ciertos criterios objetivos, de los que la Corte empleó: (i) el nivel de desarrollo del país, (ii) la situación económica del país en ese momento, teniendo particularmente en cuenta si atraviesa un periodo de recesión económica y (iii) si el estado intentó encontrar opciones de bajo coste.¹³²

La misma Corte argentina ha señalado que la evaluación de las políticas no es justiciable, pero que al juez constitucional le corresponde «garantizar la eficacia de los

PIDESC únicamente impone el deber de asegurar los mínimos y esenciales de cada derecho. En el caso del derecho a la vivienda, este mínimo sería brindar «abrigo» a quienes no tienen vivienda, por lo que un red de albergues y paradores estatales para las personas en «situación de calle» satisfecería el deber. Además, el otorgamiento de subsidios no es discrecional y, por esta razón, los jueces intervienen para asegurarse de que no se subsidie a unos y a otros no cuando hay otro sector más necesitado. El que reclama la aplicación de un subsidio debe probar su situación prioritaria.

¹²⁸ [Argentina] Corte Suprema de Justicia de la Nación. CSJN Fallos 335:452, c. 7.

¹²⁹ [Argentina] Corte Suprema de Justicia de la Nación. CSJN Fallos 335:452, c. 13.

¹³⁰ [Argentina] Corte Suprema de Justicia de la Nación. CSJN Fallos 335:452, c. 14.

¹³¹ [NU] Consejo Económico y Social. Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, E/C. 12/2007/1, apartado 4.

¹³² Para ello se cita el apartado 10, de la Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, E/C. 12/2007/1.

derechos, y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias»; así, no se busca determinar positivamente qué política es más conveniente, sino establecer cuáles, por sus consecuencias, «clara y decididamente ponen en peligro o lesionan bienes jurídicos fundamentales».¹³³ Reconoce que la política y el control constitucional se encuentran cuando aquellas son lesivas a los derechos, por lo que no hay una indebida injerencia del juez cuando, «en su respectivo ámbito de competencia y con la prudencia debida en cada caso, es tutelar los derechos e invalidar esa política sólo en la medida en que los lesiona», porque estas tienen un marco constitucional y, aunque los jueces limitan y valoran la política, lo hacen cuando la medida excede ese marco. «Desconocer esta premisa sería equivalente a neutralizar cualquier eficacia del control de constitucionalidad».¹³⁴

El Comité de Derechos Humanos (el «CDH») es el órgano constituido para la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos («PIDCYP») y el Primer Protocolo Facultativo, en el ámbito de las Naciones Unidas. El CDH examinó el sexto informe periódico presentado por España los días 6 y 7 de julio de 2015, y el 20 de julio del mismo año, aprobó sus observaciones finales.¹³⁵ Entre ellas, conviene resaltar dos en la línea de discurso adoptada en este espacio:

(a) El CDH observó que, pese a la previsión del art. 10 de la Constitución Española, (i) el país «no asegura la aplicación directa del Pacto en el ordenamiento interno» y (ii) no existe un procedimiento específico de implementación de los dictámenes adoptados por el CDH.¹³⁶ Se trata de una observación que justifica la reiteración de la recomendación que hizo a España en la revisión de su informe precedente: el país debe garantizar la plena aplicación del PIDCYP y los dictámenes emitidos con base en el Protocolo Facultativo del Pacto.¹³⁷

(b) En el párrafo 6 de sus Observaciones (CCPR/C/ESP/CO/6), el CDH, además de requerir su pronta aprobación, apunta en relación con el «Segundo Plan de Derechos Humanos» que España debe «asegurarse también de que, una vez aprobado, el plan se aplique efectivamente, entre otras cosas a través de la asignación de recursos humanos y materiales suficientes y el establecimiento de mecanismos de vigilancia y de rendición de cuentas».¹³⁸ Con el mismo criterio de la relación entre la eficacia de los derechos civiles y políticos y el examen sobre la aplicación del PIDCYP, el CDH manifestó su preocupación acerca de que «pese al reciente aumento de la financiación

¹³³ [Argentina] Corte Suprema de Justicia de la Nación. CSJN Fallos 328:1146, c. 27, [causa V. 856. XXXVIII. «*Verbitsky*, Horacio s/ habeas corpus», sent. 03/05/2005].

¹³⁴ [Argentina] Corte Suprema de Justicia de la Nación. CSJN Fallos 328:1146, c. 27

¹³⁵ [NU] Comité de Derechos Humanos. «Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España», CCPR/C/ESP/CO/6 (14 de agosto de 2015).

¹³⁶ En la observación, el CDH hace hincapié en las comunicaciones núm. 1945/2010, *Achabal c. España*, y núm. 2008/2010, *Aarrass c. España*, en los que encuentra que no existen avances significativos hasta la emisión de sus observaciones.

¹³⁷ [NU] Comité de Derechos Humanos. «Examen de los informes presentados por los Estados partes con arreglo al artículo 40 del Pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos. España», CCPR/C/ESP/CO/5 (5 de enero de 2009), párr. 8.

¹³⁸ [NU] Comité de Derechos Humanos. «Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España», CCPR/C/ESP/CO/6 (14 de agosto de 2015), párr. 6.

al Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica, este no disponga de recursos suficientes para ejecutar su mandato».

(d) Licitud de la decisión y cargas argumentativa y probatoria

La presunción de licitud de las decisiones de la autoridad es una regla general incorporada en los sistemas jurídicos de los países de referencia. Se manifiesta en enunciados normativos como los que incorporan el principio de conservación del acto normativo o los que determinan la legitimidad del acto administrativo.¹³⁹ Así, por ejemplo, el art. 39.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas¹⁴⁰ determina que «[l]os actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa». El mismo criterio de regulación consta en los arts. 104 y 229, primer inciso, del Código Orgánico Administrativo ecuatoriano¹⁴¹ y en otros regímenes administrativos hispanoamericanos.

La presunción de licitud de las decisiones de autoridad supone en la práctica que, cuando estas son atacadas, la carga argumentativa y la de probar hechos que lleven a declarar la vulneración de las normas del sistema jurídico en un procedimiento de control en principio le correspondería a quien afirma tal desvío. Tal procedimiento de control podría desarrollarse en el ámbito judicial o administrativo, de acuerdo con los mecanismos y habilitaciones previstos en el mismo sistema jurídico. La idea de la atribución de la carga de la prueba se concreta en que, si el actor espera tener éxito en su cometido, está en la necesidad de proveer a satisfacción de la autoridad a cargo de la decisión de control suficiente evidencia sobre los hechos en que funda su ataque. Además, el mismo sujeto atacante tiene la «carga argumentativa» de su acusación; no obstante, la aplicación del principio *iura novit curia*, cuando se lo ha incluido en el sistema jurídico, puede llevarnos a una conclusión distinta. Pronto podemos percatarnos que, si normativamente la autoridad está habilitada a cubrir las omisiones o corregir defectos de la fundamentación jurídica, en la práctica, el actor está llamado a convencer presentando sus argumentos normativos. En otros términos, el actor, no solo debe probar los hechos que afirma, sino que, en la realidad, requiere guiar a la autoridad sobre el régimen que estima aplicable a su caso y realizar una explicación convincente

¹³⁹ Ver al respecto, entre tantos, M. Aramberri. «La presunción de legitimidad del acto administrativo», en *Anuario de derecho administrativo*, núm. 14, 2007, pp. 11-20; M. Gallardo Castillo. «Los vicios de procedimiento y el principio de conservación del acto: doctrina jurisprudencial», en *Revista de Administración Pública*, núm. 171, 2006, pp. 217-247. Hay quien se opone a la idea, pese a su previsión explícita en los sistemas jurídicos. Por ejemplo, en Uruguay, véase el criterio de A. Durán Martínez. «La presunción de legitimidad del acto administrativo. Un mito innecesario y pernicioso», en *Revista de Derecho* [Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay], núm. 2, 2007, pp. 119-151.

¹⁴⁰ [España] Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, publicada en BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015.

¹⁴¹ [Ecuador] Código Orgánico Administrativo, publicado en el Registro Oficial (Suplemento) núm. 31, de 7 de julio de 2017, arts. 104 («Es válido el acto administrativo mientras no se declare su nulidad») y 229, inc. 1 («Por regla general, los actos administrativos regulares se presumen legítimos y deben ser ejecutados luego de su notificación»).

sobre su alcance y la correspondencia que tiene con los hechos que ha buscado probar, si es que aspira una decisión estimatoria que destruya la presunción de licitud de la decisión sujeta a control.

La excepción a esta regla es la inversión de las cargas argumentativa y probatoria. En ciertos casos explícitamente contemplados en los sistemas jurídicos, se exige al actor de producir la evidencia sobre los aspectos fácticos implicados en la decisión o, como se ha señalado, de proveer el fundamento jurídico de su pretensión. Este sería el caso de la inversión de la carga de la prueba sobre la importancia del impacto ambiental negativo en materia de responsabilidad por daños ambientales.

En el contexto internacional, el cumplimiento del deber de progresividad en materia de derechos sociales es un caso de inversión de la carga de la prueba. De acuerdo con el Comité DESC, les corresponde a los Estados demostrar que han empleado el máximo de los recursos financieros disponibles para satisfacer las prestaciones debidas con base en el PDESC.

(e) Inversión de las cargas argumentativa y probatoria en la elección de la modalidad de gestión y financiación de la actividad pública

El criterio empleado por el Comité DESC para determinar la responsabilidad internacional de los Estados en el contexto del cumplimiento del PDESC, me permite aseverar que la carga argumentativa y probatoria sobre la licitud de las decisiones acerca de la modalidad de gestión y financiación de la actividad pública le corresponde a la autoridad que adopta la decisión. A este aspecto central en la investigación le destinamos este apartado.

Las decisiones que se adoptan sobre la modalidad de gestión y financiación de la actividad jurídicamente encomendada a la Administración son de medio para alcanzar los fines objetivados a través del reconocimiento de derechos fundamentales en el sistema jurídico. La discusión sobre qué le corresponde a la Administración pública está fuera de él; se encuentra en el entorno del sistema jurídico. Bien puede corresponder a la política legislativa, a contenidos de política pública general, a los debates en materia económica, a reflexiones en la filosofía política, etcétera. Lo relevante es que determinadas las competencias de la Administración pública a través del sistema jurídico, queda determinada una conclusión provisional sobre el modo en que se organiza la comunidad para atender ciertas actividades de interés común. El mismo proceso se cumple respecto de los fines a ser alcanzados a través de las competencias atribuidas a los órganos del Estado y los medios habilitados. En este contexto, se muestran los derechos fundamentales como fines institucionales y las decisiones sobre la modalidad de gestión de las actividades a cargo de la Administración como parte de los medios habilitados para su consecución.

Se trata de una conclusión práctica muy importante porque exige que las autoridades competentes, en un ambiente de control institucional, están obligados a justificar jurídica y fácticamente que estas decisiones no afectan el criterio de igualdad en la distribución de las cargas y beneficios colectivos, en clave de derechos fundamentales. Por señalarlo de otro modo, si se consiente que la actividad pública se dirige a unas metas que, aunque generales, están previstas en el mismo sistema jurídico, le correspondería a la autoridad a cargo de la decisión inicial, que introduce elementos en el sistema jurídico, justificar ante la autoridad de control que tal decisión no altera el funcionamiento del sistema jurídico de modo que arroje como resultado inequidad.

Como tendré oportunidad de examinar más adelante, quienes afirman que el cumplimiento del principio de capacidad económica se evalúa con respecto al sistema tributario en su conjunto, ordinariamente detienen el razonamiento en el momento en que se presenta la necesidad de establecer el modo en que puede ser útil un principio predicable de un sistema y no de la norma tributaria cuya constitucionalidad se juzga. Se preguntan: «¿cómo un juez constitucional estaría en condiciones de evaluar el sistema tributario en su conjunto a la luz del principio de capacidad económica?». Pues bien, nos encontramos ante la misma cuestión cuando se busca establecer el modo en que la decisión de adoptar la APP como modalidad de gestión y de financiación de la actividad pública: ¿cómo una autoridad de control puede evaluar la decisión sobre la modalidad de gestión en términos de equidad, si este es un valor de salida del sistema jurídico en su conjunto? Considero que el primer elemento para acometer esta evaluación está dado por la determinación del sujeto que está llamado a justificar que la decisión adoptada no afecta el criterio de igualdad material.

8. Análisis de equidad y la capacidad económica como capacidad de pago

La capacidad de pago de los potenciales beneficiarios es un elemento importante en la evaluación privada de los proyectos de inversión.¹⁴² En este primer aspecto lo que se mira es la «aptitud» de los beneficiarios a pagar el nivel de contraprestación que se requiere para financiar completamente el proyecto. A partir de esta determinación se observa también las variaciones en la demanda que se pueden producir.

No obstante, en un análisis de equidad el problema no se reduce a la predisposición de pago que puede tener el beneficiario, sino al hecho de que eventualmente estaría en situación de coactividad frente al servicio, porque se trata de un medio para satisfacer un derecho fundamental. En tales circunstancias la aptitud de pago se identifica con el criterio objetivo de la capacidad económica, entendida como la renta disponible para satisfacer la canasta de bienes y servicios necesarios para satisfacer los derechos reconocidos en el sistema jurídico, ajustada por la intervención prestacional del Estado

Un proyecto público debe tener un efecto redistributivo de la riqueza entre los integrantes de la comunidad si se orienta hacia el objetivo de la distribución equitativa de cargas y beneficios públicos.

Precisamente en el momento de preparación del proyecto de APP, las ciencias básicas deben proveer los insumos para construir el argumento fáctico de la decisión normativa particular que se agrega al sistema jurídico, cuando se selecciona una modalidad de gestión como la APP. El principio es que la equidad distributiva es uno de los criterios de la función de bienestar que debe determinar la decisión pública.

Las ciencias básicas proveen un número importante de metodologías que pueden ser empleadas. Lamentablemente, hasta ahora, los indicadores siempre parten de tesis

¹⁴² H. Roche. *Metodologías General y Sectoriales de Formulación y Evaluación de Proyectos*: Universidad de la República [Facultad de Ciencias Económicas y de la Administración], 2012 [Convenio OPP-UDELAR/FCEA], pp. 87-88.

prescriptivas en cada ámbito de conocimiento que no necesariamente has sido recogidas como elecciones sociales en los sistemas jurídicos.

Los coeficientes de ponderación del bienestar social consisten en un análisis financiero que incluye precios sociales o precios de cuenta a los objetivos gubernamentales. Las preferencias en las políticas redistributivas se ponderan en función del consumo per cápita (o los ingresos) estratificando a la población objetivo.

Un buen ejemplo lo propone Roche.¹⁴³ Nos propone que consideremos dos conjuntos de personas: uno pobre y otro no-pobre, donde el primero tiene la mitad de ingresos que el segundo. Cada unidad monetaria invertida en el primero tendrá un efecto redistributivo distinto a la inversión que se haga en el segundo: desde la perspectiva del bienestar social el impacto redistributivo podría llegar a ser el doble.

Otra de las metodologías redistributivas, es emplear en el análisis de impacto algún indicador de desigualdad, como el índice de Gini. Como se puede apreciar el indicador de desigualdad que se emplee modifica el resultado. Por ello es muy importante impulsar la construcción de indicadores vinculados con los objetivos de satisfacción de derechos fundamentales.

Cuando se tiene un análisis de este tipo (impacto redistributivo), índice objetivo puede ser agregado a un estudio multicriterio que, con las ponderaciones adecuadas, pueden permitir una evaluación del proyecto desde la perspectiva de la equidad y también de cualquier otro criterio que se estime relevante.

9. Cómo medir derechos fundamentales: cuantificación de una canasta de derechos

Los tribunales tienen gran importancia para establecer vulneraciones de derechos fundamentales en la casuística. No obstante, es aún más importante desde la perspectiva estructural establecer los mecanismos generales de control con los que establecer si la acción colectiva institucionalizada se dirige a proteger y promover los derechos fundamentales reconocidos en los sistemas jurídicos. Esto tiene sentido si lo que se busca es prevenir el daño, más que repararlo.

La misma función tiene un análisis de equidad en el contexto de la decisión de seleccionar una modalidad de gestión para la implementación de un proyecto de APP, como parte del procedimiento administrativo preparatorio. En este momento es cuando se construye el argumento fáctico que luego sería empleado para justificar la corrección de la decisión, precisamente porque una institución tendencialmente inequitativa ha sido aplicada de modo tal que se han corregido los desvíos posibles.

Para este propósito las herramientas prácticas más importantes son las medidas estadísticas de satisfacción de derechos.

¹⁴³ H. Roche. *Metodologías General y Sectoriales de Formulación y Evaluación de Proyectos*: Universidad de la República [Facultad de Ciencias Económicas y de la Administración], 2012 [Convenio OPP-UDELAR/FCEA], pp. 87-88.

(a) Indicadores e información estadística

Un «indicador» es la variable o conjunto de variables cuyo valor muestra, en el tiempo y en el espacio,¹⁴⁴ la evolución de alguno de los aspectos de la realidad que se busca conocer o cuya modificación se persigue.

La información que emplea un indicador tiene una base estadística y, por tanto, la metodología de levantamiento de datos, su tratamiento y presentación es fundamental para poder medir el cumplimiento de los fines que la comunidad se ha planteado.

De acuerdo con el informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre los avances con respecto los Objetivos de Desarrollo Sostenible,¹⁴⁵ en el año 2019, 132 países habían ajustado su ordenamiento jurídico para acoger los Principios Fundamentales de Estadísticas Oficiales y 141 tenían un plan estadístico. En 2017, se realizaron donaciones hasta por US\$ 689 millones para estadísticas en los países.

De modo que, el esfuerzo nacional e internacional para mantener una base de información sólida y comparable es enorme. No obstante, los indicadores y metas de la actividad pública tradicionalmente no tienen como referencia los derechos fundamentales, sino políticas comunes en torno a objetivos convenidos o asumidos domésticamente con base en referentes internacionales, como los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

Es reciente la preocupación de ligar estos criterios de política pública con los derechos fundamentales. Aunque las Naciones Unidas, del mismo modo que organismos regionales, han iniciado un proceso tendiente a medir los avances de los derechos fundamentales, el esfuerzo, por ahora, se dirige a poner en relación lo que ya se ha hecho con los referidos derechos.

Es de esperar que los objetivos de desarrollo del mundo y de cada uno de los países se ajusten a las necesidades que implican el reconocimiento, protección y promoción de los derechos fundamentales si, como queda indicado, son el factor determinante de ajuste de la actividad pública y son los que jurídicamente justifican la organización política de la comunidad.

Parecería que la planificación material de la actividad pública marcha paralela a las determinaciones de valor que las comunidades hacen a través de los sistemas jurídicos positivos internacionales y locales. Los objetivos de desarrollo no son, pues, los valores de salida de la acción colectiva institucionalizada y, en particular, de los sistemas jurídicos que la organizan. Por el contrario, son (o deberían ser, si se emplea el punto de vista normativo) un segundo nivel de concreción, una etapa posterior de desarrollo de aquello que en forma de valores positivados aparecen en los instrumentos internacionales de derechos fundamentales y en las constituciones políticas.

En cualquier caso, se ha generado la inquietud al respecto y ahora —muy recientemente— se pueden observar iniciativas a este respecto.

¹⁴⁴ Se ha puesto énfasis en que el indicador es la variable y no su valor.

¹⁴⁵ [NU] Consejo Económico y Social. Progress towards the Sustainable Development Goals. Report of the Secretary-General, E/2020/57 [20/04/2020].

(b) Medir los resultados en relación con los Objetivos del Desarrollo Sostenible (ODS)

(i) Construcción de indicadores para el desarrollo sostenible

Se han empleado aproximaciones sistemáticas, conmesuralistas o una combinación de ellas para la construcción de indicadores de sostenibilidad. Desde la primera perspectiva, la información se presenta desagregada. Un ejemplo de esta aproximación es la matriz del sistema socio-económico-ambiental-institucional del proyecto Evaluación de la sostenibilidad en América Latina y el Caribe (ESALC) de CEPAL. Los indicadores conmesuralistas se presentan como índices, en los que se integran variables previamente calificadas como relevantes. Este es el caso del Índice de Desarrollo Humano o el Índice Sostenibilidad Ambiental —ESI— del Foro Económico Mundial de Davos. Finalmente, una aproximación combinada, permite transparentar las variables empleadas de modo desagregado, para aprovechar luego las ventajas de la simplificación y facilidad de comunicación de los índices.

En el año 2009, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe publicó la *Guía metodológica para desarrollar indicadores ambientales y de desarrollo sostenible en países de América Latina y el Caribe*,¹⁴⁶ con el propósito de proveer una herramienta para la construcción, implementación y mantenimiento de un sistema de indicadores para que los países de América Latina y el Caribe puedan evaluar y la definir prioridades en la adopción de decisiones de política pública.

El documento contiene tres partes; la primera destinada a perfilar el sistema conceptual; la segunda, en la que se describe el método que incluye una etapa de preparación, otra de diseño y, luego, la institucionalización y actualización de los indicadores; y, finalmente, en la tercera parte, se provee un conjunto de ejemplos de hojas metodológicas.

El caso de la construcción de los indicadores referidos a las metas establecidas para cada objetivo de desarrollo de la Agenda 2030 es una muestra de la metodología de desagregación de variables temáticas.

Por otra parte, está el supuesto del Índice de Desarrollo Humano. Para su determinación se ha partido de la definición del significado de «desarrollo humano» como la ampliación de las «opciones» de los individuos.¹⁴⁷ Se asume que las opciones comunes a los individuos son principalmente: (i) tener una existencia sana y duradera, (ii) acceder al conocimiento, (iii) disfrutar de recursos materiales suficientes para tener un buen vivir y (iv) tener la posibilidad de participar en la vida de la comunidad y en asuntos colectivos.

Definidas así las variables que describen la evolución del desarrollo humano, se presenta el Índice de Desarrollo Humano como el promedio simple de los indicadores

¹⁴⁶ Ver R. Quiroga. *Guía metodológica para desarrollar indicadores ambientales y de desarrollo sostenible en países de América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile: CEPAL, 2009 [Serie Manuales, núm. 61].

¹⁴⁷ Cfr. G. Arriola. *Desarrollo Humano: una introducción conceptual*. Guatemala: PNUD, 2007 [Textos para las nuevas generaciones].

obtenidos para cada componente considerado.¹⁴⁸ Ver a este respecto la tabla 8.1, «Construcción del Índice de Desarrollo Humano».

Tabla 7.1: Construcción del Índice de Desarrollo Humano

COMPONENTE	INDICADOR	ÍNDICE DEL COMPONENTE
Vida larga y saludable	Esperanza de vida al nacer	Índice de esperanza de vida
Educación	Tasa de alfabetización de	Índice de alfabetización de
	Tasa bruta de matriculación (TBM)	Índice de la TBM
Nivel de vida digno	PIB per cápita	Índice del PIB

Fuente: C. Valdivieso. «Medición de pobreza y desarrollo humano, dos extremos de los mismos ejes» [en línea], PNUD, 2015, [consulta: 1/11/2017]. Disponible: <http://www.escuelapnud.org/biblioteca/documentos/abiertos/dadh-u2_Pobreza.pdf>.

El desempeño de cada componente se expresa como el valor entre 0 y 1, de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$\text{índice del componente} = \frac{\text{valor real} - \text{valor mínimo}}{\text{valor máximo} - \text{valor mínimo}}$$

(ii) *ODS de la Agenda 2030 y sus indicadores*

En septiembre del año 2000, durante la Cumbre del Milenio, en Nueva York, se suscribió la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas que dio origen a 8 objetivos, los Objetivos de Desarrollo del Milenio, que debían ser alcanzados hasta el año 2015.¹⁴⁹

En la Cumbre de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible de 2015, en el contexto de la ONU se aprobó la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, que incluye un conjunto de 17 objetivos de desarrollo sostenible (ODS) que según se declaró se establecen para poner fin a la pobreza, corregir la desigualdad y atender los problemas del cambio climático. La Agenda 2030 continúa las tareas emprendidas por el sistema de las Naciones Unidas entorno a los Objetivos de Desarrollo del Milenio. Los Objetivos de Desarrollo del Milenio fueron elaborados sobre la base de la

¹⁴⁸ Cfr. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. *Informe sobre desarrollo humano 2016. Desarrollo humano para todos*. Washington: PNUD, 2016.

¹⁴⁹ [NU] Objetivos de Desarrollo del Milenio Informe de 2015. Nueva York: NU, 2015.

Declaración del Milenio que integra los resultados de las principales cumbres y conferencias efectuadas desde la década de los noventa y de otros instrumentos internacionales en el sistema, *v. gr.*, por una parte, la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social y la Segunda Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos y, por otra, la Tercera Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo, Modalidades de Acción Acelerada para los Pequeños Estados Insulares en Desarrollo, el Programa de Acción de Viena, el Marco de Sendái para la Reducción del Riesgo de Desastres 2015-2030, el Acuerdo de París sobre el Cambio Climático, la Nueva Agenda Urbana y el Programa de Acción en favor de los Países Menos Adelantados para el Decenio 2011-2020, entre otros.¹⁵⁰

El «desarrollo sostenible» supone la integración simultánea y equilibrada de los componentes económicos, sociales y ambientales en la idea de progreso.¹⁵¹ Se sustituye una aproximación por estancos del desarrollo y la puramente económica del crecimiento, y se promueve una visión multidimensional e interrelacionada entre sus distintos aspectos.¹⁵² De modo que, los indicadores del desarrollo sostenible «intentan mostrar las dinámicas económicas, sociales y ambientales y sus interrelaciones»¹⁵³ de aquello que se concibe como desarrollo.

El primer problema que se enfrenta al construirse indicadores del desarrollo sostenible es, precisamente, la determinación del significado de «desarrollo sostenible».¹⁵⁴

Quiroga señala que la discusión consiste en «establecer qué proceso es lo que se quiere sustentar en el tiempo, por ejemplo el proceso de desarrollo económico, el mejoramiento de la calidad de vida, la capacidad de los recursos naturales de proveer de ingreso económico, los modos de vida de los pueblos originarios, la biodiversidad, la gobernabilidad, por citar unos cuantos».¹⁵⁵ Se trata, pues, de la determinación de los objetivos que se persiguen y las metas que se quieren alcanzar en cada uno de los componentes. «Se trataría de ver cómo una unidad territorial dada (país o región) avanza en forma simultánea en la producción económica, la equidad social y la sostenibilidad ambiental».¹⁵⁶

El desarrollo de indicadores de desarrollo sostenible se inicia en su componente ambiental, en Canadá y algunos países europeos, durante la década de los ochenta. Luego el empeño se extendió a nivel mundial, a partir la Conferencia de Naciones

¹⁵⁰ Cfr. [NU] «Integración de las tres dimensiones del desarrollo sostenible en el sistema de las Naciones Unidas» [Informe del Secretario General], A/72/75-E/2017/56, 5 de abril de 2017.

¹⁵¹ Cfr. R. Quiroga. *Guía metodológica para desarrollar indicadores ambientales y de desarrollo sostenible en países de América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile: CEPAL, 2009 [Serie Manuales, núm. 61], p. 12.

¹⁵² Cfr. [NU] «Integración de las tres dimensiones del desarrollo sostenible en el sistema de las Naciones Unidas» [Informe del Secretario General], A/72/75-E/2017/56, 5 de abril de 2017.

¹⁵³ R. Quiroga. *Guía metodológica para desarrollar indicadores ambientales y de desarrollo sostenible en países de América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile: CEPAL, 2009 [Serie Manuales, núm. 61], p. 12.

¹⁵⁴ Cfr. R. Quiroga. *Indicadores ambientales y de desarrollo sostenible: avances y perspectivas para América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile: CEPAL, 2007 [Serie Manuales, núm. 55], p. 17.

¹⁵⁵ R. Quiroga. *Indicadores ambientales y de desarrollo sostenible: avances y perspectivas para América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile: CEPAL, 2007 [Serie Manuales, núm. 55], p. 17.

¹⁵⁶ R. Quiroga. *Indicadores ambientales y de desarrollo sostenible: avances y perspectivas para América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile: CEPAL, 2007 [Serie Manuales, núm. 55], p. 17.

Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, en la que se creó la Comisión de Desarrollo Sostenible y se acordó, en el Programa 21, capítulo 40, la generación de información ambiental e indicadores de desarrollo sostenible para monitorear el avance en el desarrollo sostenible.¹⁵⁷

Dentro del «Programa de Trabajo de Indicadores de Desarrollo Sostenible», en el contexto del sistema de la ONU, se produjeron un conjunto de 135 indicadores de desarrollo sostenible y sus hojas metodológicas,¹⁵⁸ bajo un el marco FER (fuerza motriz – estado – respuesta) que tiene origen en el modelo PER (presión – estado – respuesta) orientado a la construcción de indicadores ambientales.¹⁵⁹ Luego de pruebas piloto, el número de indicadores de desarrollo sostenible se redujeron a 58.

(c) Medir los derechos fundamentales a partir de los ODS

Los ODS y los derechos fundamentales pueden tener relación y afectarse mutuamente de muchas maneras. Pero no son lo mismo. Los ODS pueden auxiliar como horizontes de actuación para que los países adopten medidas concretas que en muchos casos pueden servir para satisfacer derechos fundamentales, pero los derechos fundamentales son algo más distinto a la determinación de un objetivo de actuación coyuntural. Conviene recordar que los ODS, sustituyeron a los Objetivos del Milenio, vigentes hasta el año 2015. ¿Se podría sostener este tipo de temporalidad con respecto a un derecho fundamental?

Los deberes asumidos por el Estado con respecto a los derechos fundamentales le constriñen a actuar de cierta manera permanente, mientras que los ODS no son jurídicamente vinculantes y expresan una decisión de carácter político que integra las preocupaciones de una pluralidad de Estados, aunque se hayan basado en muchos aspectos en el sistema jurídico internacional en materia de derechos fundamentales.

Además, el contenido de los derechos fundamentales tiene un alcance mayor al de los ODS. Hay muchos aspectos que no son abordados desde la perspectiva de los ODS y que son preocupaciones constantes en el ámbito de los DESC. Esta misma afirmación se aplica a la inversa. Considere por ejemplo la participación privada en materia de infraestructura. Los ODS considera el tema como un asunto de política común de los países del mundo, mientras que en relación con los derechos fundamentales el asunto debe ser tratado con prudencia. O, en el caso de la educación. Las preocupaciones que se derivan del sistema internacional de derechos fundamentales, el tema alcanza hasta la educación universitaria. En los ODS la meta e indicador se refiere exclusivamente a la educación primaria que, además, como condición del PIDESC debe ser gratuita.

Considérese también la importancia que tiene el principio de equidad. Desde la perspectiva de los ODS es posible alcanzar la meta, según el indicador y medio de

¹⁵⁷ Cfr. R. Quiroga. *Indicadores ambientales y de desarrollo sostenible: avances y perspectivas para América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile: CEPAL, 2007 [Serie Manuales, núm. 55], p. 16.

¹⁵⁸ [NU] Department of Economic and Social Affairs. *Indicators of Sustainable Development. Framework and Methodologies*. Nueva York: NU, 2007.

¹⁵⁹ Los modelos o marcos ordenadores de los indicadores PER o FER se refieren a la determinación de variables que permitan definir las causas, los efectos y las soluciones emprendidas en relación con los factores analizados. Los modelos así definidos tienen origen en los trabajos de la OCDE.

verificación empleado. No obstante, desde la perspectiva de los derechos fundamentales no solo es relevante el dato, sino la condición de quien accede a las prestaciones que permiten satisfacer el ODS. Por ejemplo, es posible cumplir la meta del ODS, a partir de un trato discriminatorio efectivo con respecto a algún grupo de la población.

Finalmente, cuando los ODS hacen referencia a los problemas más acuciantes de la población recaen específicamente en determinadas zonas geográficas. Los problemas de derechos fundamentales, desde la perspectiva internacional, no tienen ninguna referencia territorial.

(d) Las APP se consideran un objetivo de desarrollo en sí mismo, aunque instrumental respecto de los restantes ODS

Mayores niveles de inversión de calidad como medio para mejorar los niveles de inversión son parte de los ODS. El ODS 9, de modo general, define la relación de la infraestructura con el desarrollo sostenible y establece la necesidad de promover infraestructura de calidad, fiable, sostenible y resiliente. A partir de este criterio general los ODS 6, 7 y 11 ubican el desarrollo de la infraestructura con objetivos específicos en materia de agua y saneamiento, energía y el hábitat. La infraestructura se ha de promover, así, para «garantizar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua y el saneamiento para todos», «garantizar el acceso a una energía asequible, fiable, sostenible y moderna para todos» y «lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles». Estas ideas muestran criterios de evaluación de los proyectos de inversión pública, cualquiera sea el gestor, alineados a los ODS.

Ahora bien, en el ODS 17, en el contexto de la promoción de la denominada «Alianza Mundial para el Desarrollo Sostenible», se considera el fomento de las APP como parte de las fórmulas de cooperación para la consecución de los ODS. La promoción de las APP es en sí misma es una meta a cumplir que tiene como indicador la suma de recursos financieros destinados a este propósito. Este enunciado parte de la idea el gasto necesario para alcanzar los ODS no puede ser satisfecho únicamente a través de los medios que dispone el país, por lo que se requiere la cooperación internacional y, en lo que nos interesa, la intervención privada.¹⁶⁰ Es notoria la base financiera del planteamiento, pero en el caso de los ODS, como se ha anotado, estos determinan los criterios conforme a los cuales se puede afirmar que un proyecto de inversión coadyuva a la consecución de los restantes objetivos de desarrollo.

Aunque parece un error estimar que la modalidad de gestión de la actividad pública hacia la satisfacción de las necesidades que la comunidad estima fundamentales pueda ser considerado un objetivo de actuación en sí mismo, su incorporación en entre las metas de los ODS permite comprender la importancia que ha adquirido el mecanismo en un análisis más amplio de la base material en la que se apoya el desarrollo sostenible. esta calificación no corresponde a los sistemas jurídicos de referencia, se ha empleado la Agenda 2030 y los ODS para afirmar que la modalidad

¹⁶⁰ Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa, UNECE. «Principios rectores Asociaciones Público-Privadas “Primero las personas” en apoyo de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas», ECE/CECI/2019/5, (21/01/2019), p. 4.

de APP es determinante en la consecución de la meta, que evidentemente se refiere a muchos más aspectos de la cooperación para el desarrollo (Tabla 9.4, «Agenda 2030 de las Naciones Unidas. ODS 17, meta e indicador»). En contrario, se ha afirmado también que el uso de la modalidad de APP en apoyo de los ODS requiere un estudio profundo y, en cierta medida, vistos los resultados obtenidos hasta ahora, conviene asumir una posición de «esperar y ver».¹⁶¹

Tabla 7.2: Agenda 2030 de las Naciones Unidas. ODS 17, meta e indicador

OBJETIVOS DE DESARROLLO	METAS	INDICADORES
ODS 17 Fortalecer los medios de implementación y revitalizar la Alianza Mundial para el Desarrollo Sostenible.	17.17 Fomentar y promover la constitución de alianzas eficaces en las esferas pública, público-privada y de la sociedad civil, aprovechando la experiencia y las estrategias de obtención de recursos de las alianzas.	17.17.1 Suma en dólares de los Estados Unidos comprometida para asociaciones público-privadas y asociaciones con la sociedad civil.

Fuente: [ONU] Asamblea General. Resolución núm. 71/313, de 6 de julio de 2017, «Labor de la Comisión de Estadística en relación con la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible», A/RES/71/313, (10/07/2017)

(e) Medir la equidad con indicadores de cumplimiento de derechos fundamentales

El ACNUDH preparó un marco para utilizar indicadores cuantitativos y cualitativos con el propósito de monitorear y supervisar el reconocimiento, protección y promoción de los derechos fundamentales, incluidos los DESC.¹⁶² Como he venido proponiendo a lo largo de esta investigación, la función de estos indicadores es hacer operativos los contenidos de las prescripciones normativas.¹⁶³

En síntesis, la propuesta de la ACNUDH es transformar los contenidos de los instrumentos internacionales sobre derechos fundamentales indicadores estructurales, de procesos y de resultados. La idea inicial es emplear los indicadores para evaluar las decisiones adoptadas por los Estados en el marco de los deberes asumidos en el contexto internacional. Los indicadores propuestos se refieren al reconocimiento mismo de los derechos fundamentales (indicadores estructurales), a las actividades y tareas emprendidas como principal obligado para la protección y promoción de los

¹⁶¹ Cfr. R. Sánchez y J. Lardé. «Las Asociaciones Público Privadas bajo la mirada de “Primero las personas”», en *Facilitación, Comercio y Logística en América Latina y el Caribe*, [boletín 383], núm. 7, 2020, pp. 1-15.

¹⁶² Ver Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH). *Indicadores de derechos humanos. Guía para la medición y la aplicación*. Nueva York y Ginebra: NU, 2012. HR/PUB/12/5

¹⁶³ [NU] Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH). Informe sobre indicadores para vigilar el cumplimiento de los instrumentos internacionales de derechos humanos. HRI/MC/2006/7.

compromisos adoptados (indicadores de procesos) y el monitoreo de los resultados alcanzados (indicadores de resultados).

Por ejemplo, en el caso del derecho a la salud, siguiendo el contenido del art. 12 del PIDESC y desarrollado en la Observación General N.º 14 por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,¹⁶⁴ el ACNUDH plantea como indicadores para la salud reproductiva, la mortalidad infantil y la atención de la salud de los niños, el entorno natural y ocupacional, la prevención, el tratamiento y el control de las enfermedades y la accesibilidad a los servicios de salud y los medicamentos esenciales. En el concepto de «salud reproductiva» se incluyen indicadores como el alcance de una política nacional sobre salud materna y reproductiva (indicador estructural), la proporción de nacimientos asistidos por personal sanitario especializado (indicador de proceso) y la tasa de mortalidad derivada de la maternidad (indicador de resultados).

Una metodología de este tipo resulta muy útil para construir una canasta de derechos fundamentales para incluirla en el balance técnico que permita comparar la capacidad económica de las personas y las necesidades a ser satisfechas en el marco de los contenidos de los derechos fundamentales. Por supuesto, los dos términos de la ecuación en equilibrio serían afectados por la actividad y tareas prestacionales del Estado debidamente cuantificada.

10. APP que sirven para satisfacer derechos fundamentales

(a) ¿Qué se mide en el modelo internacional?

En la introducción de esta investigación hemos expuesto el modo en que el entorno institucional de un país es evaluado desde la perspectiva de su capacidad para llevar adelante un programa de proyectos APP. El Infrascopio, preparado por la The Economist Intelligence Unit define determinados indicadores que —ahora conviene señalarlo— están dirigidos a unos específicos objetivos hacia los que, a juicio del gestor del índice deben estar direccionadas las acciones de las autoridades públicas para asegurar el éxito de la ejecución de programas APP. Estos objetivos son:

- Desarrollar un régimen especializado para las APP que haga predecible el mercado de infraestructuras en el país anfitrión. Se busca que el régimen proteja, especialmente, el interés del inversionista y, a través de él, los intereses de los prestamistas. En definitiva, el propósito a perseguir es que los proyectos sean «financiables» y comercial y financieramente viables.
- Estructurar en el ámbito administrativo unidades especializadas que operen como el punto de contacto de los inversionistas en la estructura administrativa de un país, bajo el entendido de que esta suele ser compleja y se requiere que todo el aparato gubernamental se alinee a las necesidades del proyecto APP.
- Aproximar las relaciones entre inversionistas y la Administración al modelo de contratos comerciales, de modo que, al mismo tiempo, por un lado, se tenga un régimen jurídico estable que ampare la relación contractual y, por otro, se

¹⁶⁴ [NU] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N.º 14, de 11 de agosto de 2000. *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. E/C.12/2000/4.

autorice un grado de flexibilidad en el contrato que proteja la continuidad de la relación.

- Focalizar la decisión de emplear las APP en criterios de eficiencia económica, lo que implica una serie de actividades de evaluación (antes, durante y luego de la implementación de proyectos APP), procesos competitivos, transparencia y publicidad y alto grado de intervención pública en la tarea de reducir los riesgos en la implementación de los proyectos APP.
- Compatibilizar la promoción de la modalidad de gestión de lo público con otra de las líneas de intervención de los organismos internacionales: la sostenibilidad fiscal, entendida como la gestión de largo plazo y equilibrio de las finanzas públicas, frente a los compromisos firmes y contingentes que asume el Estado.

Entre estos objetivos que marcan un índice que publicita internacionalmente el marco institucional y demás condiciones con las que cada país busca emprender un proyecto APP, además de promover un modelo homogéneo, no pone el acento en el fin de los proyectos APP, sino en la herramienta: el modelo de gestión.

Para avanzar en indicadores de proyectos APP en los que se pone acento en el mayor valor para la gente, sin dejar de lado el valor por dinero, es necesario estructurar una batería de indicadores vinculados con el cumplimiento de los objetivos normativamente impuestos para la actividad pública que complementen aquellos reducidos a los aspectos que incumben exclusivamente al proyecto y su viabilidad.

(b) *People-first* APP de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas (United Nations Economic Commission for Europe — UNECE)

La UNECE se ha ocupado de adoptar estándares en materia de APP con un enfoque hacia el cumplimiento de los ODS de las Naciones Unidas,¹⁶⁵ que se reflejan en la calificación de *People-First* atribuida a la APP. Las APP con este enfoque —según lo señala la misma organización— podrían aliviar la pobreza, impulsar la economía y proteger el medio ambiente.¹⁶⁶

En el año 2016, la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (UNECE), luego de que en el seno de las Naciones Unidas se adoptará la Agenda 2030 y en su contexto los ODS de 2015 que promueven el uso de las APP, estimó que de entre los proyectos de APP posibles era necesario promover aquellos que pongan al ser humano en el centro de sus preocupaciones. A este conjunto de proyectos de APP y a la metodología para su identificación y evaluación se le atribuyó la denominación de *PPP People-first*.

Aunque la inversión en infraestructura, en sí misma, está asociada al crecimiento económico y la reducción de la pobreza económica, con la implementación de un proyecto de APP, en teoría, se podría lograr un acceso universal y la distribución más

¹⁶⁵ Cfr. P. Berrone et al. «EASIER: an Evaluation Model for Public-Private Partnerships Contributing to the Sustainable Development Goals», en *Sustainability*, vol. 11, núm. 8, 2019, pp.). More information at <https://www.mdpi.com/2071-1050/11/8/2339>.

¹⁶⁶ United Nations Economic Commission for Europe — UNECE. *UNECE International PPP Centre of Excellence*. 2019 [consulta: 12/04/2016]. Disponible: <https://www.uneceppp-icoe.org>

eficaz y equitativa de los servicios públicos asociados a una infraestructura. Las necesidades de inversión para cubrir las necesidades de suministro de servicios asociados a infraestructura son enorme¹⁶⁷ y por ello es preferible acudir a la participación privada pensando el modo que alcanzar lo que en teoría se ve posible. *PPP People-first* es una propuesta para alcanzar un equilibrio entre el interés público y el privado a largo plazo, priorizando y poniendo como punto de referencia central a las personas, lo que no necesariamente está incluido en los aspectos financieros de la estructuración de un proyecto de inversión pública. Desde la perspectiva de la financiación público, se trata de movilizar recursos privados para la realización de los intereses de la comunidad.

Se define como objetivo general colocar a las personas en el centro de la modalidad. Se presentan los objetivos específicos del siguiente modo:

Se enfoca en mejorar la calidad de vida de las comunidades, particularmente aquellas que luchan contra la pobreza, mediante la creación de empleos locales y sostenibles, las que luchan contra el hambre y promueven el bienestar, promueven la igualdad de género, el acceso al agua, la energía, el transporte y educación para todos, y que promueva la cohesión social, la justicia y rechace todas las formas de discriminación basadas en la raza, el origen étnico, el credo y la cultura. Las APP primero en la gente deben expandirse en escala, velocidad y propagarse con más personas que tengan acceso a mejores servicios a precios asequibles.

Se insiste en la necesidad de que las APP promuevan: (i) la *accesibilidad-equidad*, en el sentido de que su enfoque debe ser la provisión de servicios esenciales (v. gr. agua y saneamiento, energía) facilitando el acceso especialmente a los sectores más vulnerables; (ii) la *sostenibilidad ambiental*, esto es, promoviendo una economía verde; (iii) la *efectividad*, es decir, se busca asegurar que los proyectos sean exitosos en términos económicos, logrando una buena relación calidad-precio y midiendo su impacto; (iv) la *replicabilidad*, i. e., que los conocimientos adquiridos en el proceso con respecto al modo, permitan repetir las experiencias positivas localmente; y, (iv) la participación de quienes están involucrados directamente en las APP y quienes podrían verse afectados durante todo el ciclo del proyecto.

Hay varias actividades promovidas dentro de programa, pero la que mayor interés genera es la producción de estándares generales y sectoriales, definidos como mejores prácticas internacionales. La UNECE los ha compilado y sistematizado, en función de un conjunto de casos de estudio,¹⁶⁸ para divulgar unas políticas de guía¹⁶⁹ para los

¹⁶⁷ Por ejemplo, se ha señalado que en AL únicamente el 30 % de la red vial está pavimentada, lo que menoscaba la calidad de vida de las personas y la eficiencia del sistema productivo. Cfr. R. Sánchez y J. Lardé. «Las Asociaciones Público Privadas bajo la mirada de “Primero las personas”», en Facilitación, Comercio y Logística en América Latina y el Caribe, [boletín 383], núm. 7, 2020, pp. 1-15.

¹⁶⁸ Cfr. United Nations Economic Commission for Europe — UNECE. «Implementing the United Nations 2030 Agenda for Sustainable Development through effective, people-first Public-Private Partnerships». International PPP Forum, realizado los días 30 de marzo a 1 de abril de 2016, Ginebra.

¹⁶⁹ Cfr. United Nations Economic Commission for Europe — UNECE. Revised Guiding Principles on People-First Public-Private Partnerships for the United Nations Sustainable Development Goals. Part I-Introduction to the Guiding Principles for People-First PPPs in Support of the UN SDGs [en línea], 3 de mayo de 2018, [consulta: 05/07/2020]. Disponible: https://www.unece.org/fileadmin/DAM/ceci/documents/2018/PPP/Forum/Documents/Revised_Guiding_Principles_for_Peoplefirst_PPPs_in_support_of_the_UN_SDGs-Part_I.pdf

países, de modo que puedan llevar adelante procedimientos transparentes en los que se alcancen estos objetivos.

Tabla 7.3: Indicadores en la metodología de evaluación PPP *People-first*

ACCESO Y EQUIDAD	EFICIENCIA Y SOSTENIBILIDAD FISCAL	RESILIENCIA Y SOSTENIBILIDAD AMBIENTAL	REPLICABILIDAD	PARTICIPACIÓN
► Prestación de servicios básicos.	► Medidas anticorrupción y contratación abierta y transparente.	► Reducir las emisiones de gases de efecto invernadero y mejorar la eficiencia energética.	► Fomentar la replicabilidad y adaptabilidad de proyectos APP.	► Plan para la participación de los interesados y la participación pública.
► Asequibilidad económica y acceso universal.	► Maximizar la viabilidad financiera de largo plazo.	► Reducir el desperdicio y restaurar la tierra degradada.	► Mejorar la capacidad del gobierno, la industria y la comunidad.	► Maximizar el compromiso de las partes interesadas y la participación pública;
► Avance en equidad y justicia social.	► Empleo de calidad y oportunidades económicas para todos.	► Sostenibilidad ambiental del agua.	► Apoyar la innovación y la transferencia de tecnología.	► Proporcionar información transparente y de calidad del proyecto
► Acceso y equidad para el largo plazo.	► Contribución a la innovación y la transferencia de tecnología.	► Sostenibilidad de la biodiversidad.		► Gestionar las quejas públicas y comentarios de los usuarios.
		► Estrategia para el manejo de desastres.		
		► Fortalecimiento de la capacidad institucional y comunitaria para la mitigación de desastres.		
		► Programa de desarrollo comunitario <i>People-first</i> .		

Fuente: [OUN] Economic Commission for Europe. [Committee on Innovation, Competitiveness and Public-Private Partnerships]. *A draft People-first Public-Private Partnerships Evaluation Methodology for the Sustainable Development Goals*. ECE/CECI/WP/PPP/2020/3 (28/09/2020). R. Sánchez y J. Lardé. «Las Asociaciones Público Privadas bajo la mirada de “Primero las personas”», en *Facilitación, Comercio y Logística en América Latina y el Caribe*, [boletín 383], núm. 7, 2020, pp. 1-15.

Nos interesan, especialmente, los criterios de evaluación del acceso y equidad considerados en el programa que, aunque constituyen un borrador, muestran hacia donde se dirige el organismo internacional.¹⁷⁰

En primer término, se define el «acceso y equidad» como criterio general a través de los ODS (que buscan mejorar «el acceso a servicios críticos para el desarrollo social y la erradicación de la pobreza»),¹⁷¹

Desde la perspectiva de la UNECE los ODS apuntan a la mejora en el acceso a los servicios básicos para el desarrollo social y la erradicación de la pobreza. Se reconoce

¹⁷⁰ United Nations Economic Commission for Europe — UNECE [Working Party on Public-Private Partnerships (WP PPP)]. *UNECE People-First PPP Impact Assessment Tool. Draft* [en línea], [consulta: 05/07/2020]. Disponible:

¹⁷¹ United Nations Economic Commission for Europe — UNECE [Working Party on Public-Private Partnerships (WP PPP)]. *UNECE People-First PPP Impact Assessment Tool. Draft* [en línea], [consulta: 05/07/2020]. Disponible:

que el acceso a estos servicios determina los medios de vida y bienestar de las personas.¹⁷²

Con esta perspectiva la equidad, con respecto a las APP, se define como «el acceso igualitario a los productos/servicios del proyecto PPP, y que se empleen medidas proactivas, cuando sea necesario, para garantizar que los desfavorecidos económicamente y los que sufren de exclusión social también puedan compartir los beneficios del proyecto».¹⁷³

Con el enfoque señalado, dentro del modelo analizado, la equidad se persigue teniendo como referencia los siguientes aspectos:

- La prestación de servicios básicos de calidad a grupos previamente no atendidos.
- La asequibilidad de los servicios a todos los ciudadanos (acceso universal).
- La promoción de la equidad y la justicia social, según la definición primitiva.
- La aplicación del concepto de equidad (como acceso) en todo el ciclo del proyecto APP.

Para cada aspecto se definen indicadores (22 en total) como criterios de evaluación:

Con relación a la prestación de servicios básicos de calidad a la población marginada se espera que (i) el proyecto APP permita que las personas que antes no tenían acceso al servicio, luego de su implementación, lo hagan; (ii) que teniendo acceso al servicio, la mejora pueda ser estimada en términos de calidad; (iii) el acceso sea continuo; (iv) involucre como beneficiarios a la comunidad directamente afectada por la implementación del proyecto; y, (v) la ejecución del proyecto mejore también el nivel de vida de la comunidad en su conjunto.

Con relación a la asequibilidad del servicio (acceso universal), se espera que con el proyecto APP (i) se facilite el acceso al servicio a todos los ciudadanos; (ii) se asegure el beneficio a los grupos marginados y los grupos más vulnerables de la población con subvenciones u otros regímenes similares; (iii) se realice una evaluación del impacto en la pobreza del proyecto;¹⁷⁴ (iv) se introduzcan medidas para asegurar la provisión continua del servicio a quienes se encuentran en situación vulnerable; y, (v) se identifica y mide el acceso real de los sujetos en situación vulnerable o marginada, en lugar de emplear estadísticas puramente nominal sobre número de sujetos servidos.

La promoción de la equidad y la justicia social, en el contexto de la evaluación propuesta por UNECE se mide en función de las medidas positivas que promueven el acceso a los servicios derivados del proyecto frente a circunstancias históricas o vigentes

¹⁷² Cfr. United Nations Economic Commission for Europe — UNECE. «Implementing the United Nations 2030 Agenda for Sustainable Development through effective, people- first Public-Private Partnerships». International PPP Forum, realizado los días 30 de marzo a 1 de abril de 2016, Ginebra.

¹⁷³ Cfr. United Nations Economic Commission for Europe — UNECE. «Implementing the United Nations 2030 Agenda for Sustainable Development through effective, people- first Public-Private Partnerships». International PPP Forum, realizado los días 30 de marzo a 1 de abril de 2016, Ginebra.

¹⁷⁴ Este tipo de evaluación se define como el proceso mediante el que las autoridades responsables evalúan las políticas y los programas en las etapas de planificación, ejecución y revisión para determinar los efectos que tendrán o han tenido con respecto a la pobreza o las desigualdades que conduzcan a ella con el objetivo de superarla. Sobre este tipo de evaluación, véase, por ejemplo, Asian Development Bank [Economics and Development Resource Center (EDRC)]. *Handbook for Integrating Poverty Impact Assessment in the Economic Analysis of Projects*. Manila: Asian Development Bank, 2001.

de marginalidad y vulnerabilidad. De modo que lo que se busca establecer es (i) igualdad en acceso de los distintos grupos de población vulnerable, (ii) remoción de factores históricos que limitan el acceso a la población destinataria y (iii) si se ha tratado de manera explícita la situación de vulnerabilidad y acceso de la población y las medidas para superar situaciones de injusticia.

Finalmente, la accesibilidad y equidad durante el ciclo del proyecto se mide en función de (i) si se ha incorporado en la matriz de riesgos del proyecto problemas vinculados con la accesibilidad al servicio durante la implementación del proyecto APP y (ii) las medidas adoptadas para enfrentar tales riesgos de accesibilidad.

Esta visión de la equidad se limita a estimar la situación de las personas con respecto a los *outputs* del específico proyecto, que se espera se alinee al cumplimiento de los ODS como criterio rector de lo que se debe hacer.

D. DIMENSIÓN TERRITORIAL DE LA DISTRIBUCIÓN EQUITATIVA DEL GASTO PÚBLICO

(a) Introducción

En este apartado nos ocupamos de los criterios que se emplean para la distribución de los recursos financieros que se obtienen a través de la contribución de las personas al sostenimiento de los gastos públicos en el territorio.

Cuatro aspectos que preceden al tema deben ser tratados brevemente, pese a la dificultad de los problemas que implican, y que no corresponden al objetivo de esta investigación.

Primero, cada país de referencia tiene su específica manera de organización política administrativa del territorio.

Segundo, el alcance y tipo de intervención de las Administraciones públicas en los territorios depende del nivel de autonomía que el sistema jurídico otorga a cada nivel de gobierno. En términos generales, los niveles de autonomía otorgados definen el tipo de administración que caracteriza al Estado.

Entiendo por autonomía la situación de independencia, definida por su grado, en la que se encuentran los órganos del Estado para adoptar decisiones con relevancia en el sistema jurídico positivo. En otros términos, la plena autonomía, esto es, la ausencia de límites o constricciones externas, formales y/o materiales, es lo que entendemos por soberanía. Una vez sometida la autoridad al sistema jurídico positivo no existe autonomía plena que pueda ser invocada en beneficio de un órgano del Estado. El principio de legalidad administrativa es un primer límite al ejercicio de cualquier potestad pública y, solo a partir de la Constitución y la ley, es posible aproximarse al grado de autonomía otorgado a los órganos públicos.

Dentro de este marco, en función del grado y tipo de independencia otorgada a los órganos públicos, se diferencian esquemas de organización y funcionamiento preferentemente centralizados y otros preferentemente descentralizados. El mismo criterio se puede emplear en el caso del binomio concentrado-desconcentrado para referirse al modo en que se desarrollan las funciones encomendadas en la misma estructura administrativa.

El concepto de «preferencia» que se emplea en estas líneas, implica que ninguna organización política administrativa en el territorio corresponde a los dos extremos y tampoco se puede predicar del mismo modo en todas las materias a cargo de la Administración pública.

Tercero. En el ámbito de la autonomía otorgada a los diversos niveles de organización político-administrativa, se encuentra el subtipo de la autonomía financiera. Esto es, el grado de independencia para adoptar decisiones con respecto a los ingresos y los gastos públicos.

En relación con la autonomía financiera otorgada, las decisiones de gasto suelen ser muy amplias, con el único límite de que tales decisiones estén sometidas a la Constitución y la ley, especialmente, en lo que respecta a la competencia material de cada gestor y al mecanismo de autorización para su realización (presupuesto).

Además, se especifican las competencias que les corresponde a cada nivel de gobierno para allegarse directamente los medios financieros que requieren para cubrir los gastos públicos que corresponden a las competencias materiales que deben satisfacer en los territorios que les corresponde. El régimen se refiere, por supuesto, a los ingresos no tributarios y a aquellos tributarios.

Como la obtención de medios financieros, por vía del ejercicio de la potestad tributaria, finalmente recae sobre una manifestación de riqueza que detentan los sujetos afincados en sus territorios, todos los sistemas jurídicos reparten los sujetos y objetos de imposición sobre los que se pueden adoptar legítimamente decisiones.

En este marco, dentro de las técnicas que se aplican es posible observar el caso de los ingresos tributarios, usualmente los de mayor importancia recaudatoria, respecto de los cuales los distintos niveles de gobierno participan. Los objetos de imposición privativos se aíslan de la distribución.

Cuarto, las tasas y contribuciones especiales, por su carácter paraconmutativo, no resultan especialmente útiles para tratar, desde un punto de vista activo, los problemas de redistribución de la riqueza en el Estado, a nivel del territorio. Lo mismo cabe señalar respecto de ingresos no tributarios de carácter conmutativo.

No obstante, desde una perspectiva pasiva, los ingresos tributarios y no tributarios de carácter retributivo son relevantes en lo que respecta a la equidad, porque (i) modifican la aptitud de los sujetos pasivos para contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, achicando la renta disponible; y, (ii) representan una barrera económica para el acceso a los medios destinados a satisfacer algunas de las necesidades a las que se refieren los derechos fundamentales.

Con estos antecedentes, el asunto central que ahora se discute es el modo en que es posible alcanzar la equidad a través del gasto público tomando como referencia el territorio. Para atender esta preocupación, presento ejemplos demostrativos de la problemática que abordamos:

- ¿Cuáles son los criterios empleados en los sistemas jurídicos para distribuir los ingresos públicos en el territorio? Preliminarmente, hay que considerar que, si el gasto público debe ser dirigido al protección y promoción de los derechos fundamentales que se han reconocido en el sistema jurídico, como función primaria del Estado, lo que interesa determinar es si el modo de distribución de los recursos coadyuva en la eliminación de los obstáculos de las personas para este propósito. Esta idea ordinariamente está vinculada con criterios tales como las necesidades básicas insatisfechas y su relevancia como criterio de distribución de los recursos públicos en el territorio.
- ¿Qué efectos se derivan de la variación del modelo de gestión y de financiación en el desarrollo de las actividades públicas dirigidas a reconocer, proteger y promover derechos fundamentales, con respecto a la distribución de ingresos públicos en el territorio? La preocupación que motiva la cuestión, está en que el modelo de gestión y financiación de los proyectos de inversión en lo que respecta

a las APP, implica un efecto extendido de los tributos al consumo, como el IVA y cualquier otro que afecte a quien asume la posición de consumidor del bien o servicio del que se trate. Pues bien, de esta situación se deriva que, cuando quien asume la carga de pagar al gestor privado por los servicios suministrados es la Administración pública, y esta es una subnacional, el efecto extendido de los tributos al consumos traen como consecuencia el traslado de los recursos financieros destinados a la satisfacción de las necesidades objeto de los derechos fundamentales en el territorio hacia el nivel nacional. Aún cuando exista un mecanismo de devolución de la captura de recursos públicos o una compensación del efecto que se produce en los presupuestos subnacionales, se debe apuntar el hecho como: (i) una alteración indirecta de los términos de la autonomía financiera otorgada; y, (ii) una limitación impuesta por el modelo de gestión y financiación respecto de la disponibilidad de los medios financieros para atender aquellas prestaciones a cargo de los niveles subnacionales de gobierno, lo que, necesariamente conlleva una vulneración de los derechos fundamentales implicados en estas prestaciones.

2. Autonomía y solidaridad: equidad en el balance fiscal

Cualquier sistema de distribución del gasto público en un país se construye a partir de los conceptos de autonomía financiera y solidaridad interterritorial.

En virtud de la autonomía financiera, los distintos niveles de gobierno en el territorio tienen asignadas competencias para decidir «el nivel y la estructura de sus gastos e ingresos».¹⁷⁵ El grado de autonomía otorgado se lo puede verificar con la determinación del ámbito en el que, sin restricción, pueden adoptar decisiones especialmente en lo que corresponde a los ingresos con los que financian sus propias decisiones de gasto. Lo ordinario es que, aunque haya un alto grado de autonomía en las decisiones de gastos, en materia de ingresos las capacidades se encuentren limitadas en el sistema jurídico. El nivel de dependencia financiera se puede definir como la relación entre los ingresos establecidos autónomamente (los ingresos propios) y el total de los ingresos administrados por el gobierno del nivel territorial del que se trate.

Por otra parte, desde una perspectiva conceptual el total de ingresos públicos en un país (cualquiera sea su fuente) sería equivalente al de los gastos a ser realizados. En otros términos, es posible concebir un conjunto de ingresos obtenidos desde la comunidad considerada como un todo destinados a financiar el conjunto de las actividades encomendadas a todos los entes públicos. Las diferencias entre las necesidades de financiación del gasto previsto y los ingresos que se pueden obtener como participación de la riqueza de la comunidad es, de modo simplificado, lo que constituye el déficit a ser cubierto mediante endeudamiento, esto es con la obligación de que su importe sea restituido al acreedor.

Prescindiendo del problema del endeudamiento público, cuando se contempla la relación entre los ingresos que pueden ser obtenidos desde la comunidad para financiar las actividades a cargo de los órganos territoriales, el balance no necesariamente está equilibrado. Prestablecidos los gastos que deben ser satisfechos en cada territorio con la

¹⁷⁵ Cfr. J. Sevilla. *Manual de política y técnicas tributarias del CIAT*. Panamá: CIAT, 2006, p. 185.

algún criterio de equiparación —*v. gr.*, NBI— es posible que las necesidades que deben ser satisfechas en un territorio específico excedan los ingresos propios obtenidos en la misma circunscripción y, por el contrario, también es posible que, manteniendo la misma constante, los ingresos producidos excedan aquello que corresponde ser satisfecho.

La determinación de los objetos a los que se debe dirigir el gasto es el problema general de la equidad material, mientras que el sistema para cubrir las brechas entre los balances en los ámbitos espaciales específicos es el problema de la equidad territorial.

La relación entre la producción de ingresos propios y el gasto público que debe ser realizado según los criterios de equidad material es lo que se denomina «balanza fiscal».¹⁷⁶ El grado de solidaridad interterritorial se observa a partir de las transferencias que se producen desde los territorios con mayores ingresos hacia los deficitarios.

3. Distribución equitativa del gasto público en el territorio español

(a) Autonomía financiera de las Comunidades Autónomas

(i) Régimen básico de la autonomía financiera de las comunidades

Las Comunidades Autónomas tienen autonomía financiera para el desarrollo y ejecución de sus competencias. Esta autonomía está sujeta a los principios de coordinación con la Hacienda estatal y al de solidaridad.¹⁷⁷

De conformidad con LOFCA,¹⁷⁸ que regula las competencias financieras, la resolución de controversias y la colaboración con el Estado, el sistema financiero público en el nivel territorial a cargo de las Comunidades Autónomas tiene como ingresos (i) los impuestos cedidos total o parcialmente por el Estado, recargos sobre impuestos estatales y otras participaciones en los ingresos del Estado; (ii) sus propios impuestos, tasas y contribuciones especiales; (iii) las transferencias de un Fondo de Compensación interterritorial y otras asignaciones con cargo a los Presupuestos Generales del Estado; (iv) los rendimientos procedentes de su patrimonio e ingresos de Derecho privado; y, (v) el producto de las operaciones de crédito.¹⁷⁹ Además de las especificaciones que se practican en la LOFCA en relación con estas fuentes, en ella se agrega a la enumeración de ingresos de las Comunidades Autónomas, el producto de las multas y sanciones en el ámbito de su competencia y sus propios precios públicos.¹⁸⁰

(ii) Autonomía financiera de las Comunidades Autónomas y potestades legislativas

La libertad de configuración jurídica del legislador estatal en España se ha puesto a prueba también con respecto a la autonomía de las Comunidades Autónomas con relación a las restricciones originadas en leyes de base sobre el gasto público.

¹⁷⁶ Cfr. J. Sevilla. *Manual de política y técnicas tributarias del CIAT*. Panamá: CIAT, 2006.

¹⁷⁷ [España] Constitución Española, art. 156.1

¹⁷⁸ [España] Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, publicada en el BOE núm. 236, de 1 de octubre de 1980.

¹⁷⁹ [España] Constitución Española, art. 157.1

¹⁸⁰ [España] Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, art. 4.

Así, por ejemplo, dentro del recurso de inconstitucionalidad propuesto por el Presidente del Gobierno con respecto a la Ley de Asturias 10/1996, de 31 de diciembre, de presupuestos generales del Principado para 1997, en la STC 178/2006, de 6 de junio,¹⁸¹ el TC español determinó que la competencia general de ordenación general de la economía¹⁸² y el principio de coordinación de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas con la hacienda estatal, son suficientes para que el legislador estatal pueda limitar de modo general la oferta de empleo público en las Administraciones públicas,¹⁸³ como una medida para contener la expansión relativa del gasto público, sin afectar el margen de maniobra de las Comunidades Autónomas.¹⁸⁴

(b) Solidaridad y el nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales como criterio de igualación de las personas en el territorio

Los arts. 138 y 139 de la Constitución Española incorporan dos referencias normativas vinculadas con la idea de equidad territorial, que luego se desarrollan en el mismo texto constitucional en lo concerniente a la planificación y gestión financiera públicas.

Primero, en función del principio de solidaridad, el Estado está a cargo de velar por «el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, y atendiendo en particular a las circunstancias del hecho insular».¹⁸⁵ Uno de los instrumentos más importantes en esta materia es el presupuesto público y la distribución de los recursos públicos.

El equilibrio económico al que se refiere el art. 138.1 de la Constitución quedó regulado en términos del marco previsto para la sostenibilidad fiscal (equidad en el tiempo), de acuerdo con el art. 2.b) de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de

¹⁸¹ [España] STCnúm. 178/2006, de 6 de junio, publicada en el BOE núm. 161, de 7 de julio de 2006. Siguiendo su doctrina sobre la vulneración mediata o indirecta de la Constitución (el mismo TC se refiere a sus SSTC 109/1998, de 21 de mayo, FJ 3, 62/1993, de 18 de febrero, FJ 1, y 151/1992, de 19 de octubre, FJ 1), el TC español analizó en primer lugar si la Ley de presupuesto generales del Estado para 1997, art. 17.4, tiene o no el carácter de norma básica. Excluyó que la competencia estatal para expedir una norma básica que incluye una limitación provisional pueda tener cobertura en el art. 149.1.18 de la Constitución que autoriza la producción de legislación básica en materia del régimen estatutario de la función pública. No obstante, entendió que este tipo de restricción sí tendría cobijo en los principios enunciados.

¹⁸² [España] Constitución Española, art. 149.1.13. Sobre la competencia estatal para regular algunas materias con carácter básico que limita la autonomía financiera en materia de retribuciones de los funcionarios públicos y la pertenencia de la ley de presupuestos para estos propósitos, ver [España] STCnúm. 63/1986, de 21 de mayo, FJ 11; núm. 96/1990, de 24 de mayo, FJ 3; núm. 24/2002, de 31 de enero, FJ 5; núm. 171/1996, de 30 de octubre, FJ 4; y, núm. 24/2002, de 31 de enero, FJ 5.

¹⁸³ [España] Constitución Española, art. 156.1. Sobre los criterios tratados jurisprudencialmente en lo que respecta a los límites de la autonomía financiera y las competencias del legislador estatal en la materia, ver [España] SSTCnúm. 63/1986, de 21 de mayo, FJ 11; núm. 24/2002, de 31 de enero, FJ 5 (margen de maniobra); núm. 171/1996, de 30 de octubre, FJ 2 y 3; núm. 62/2001, de 1 de marzo, FJ 4; y, núm. 24/2002, de 31 de enero, FJ 5 (relación con objetivos de política económica).

¹⁸⁴ [España] STCnúm. 178/2006, de 6 de junio, publicada en el BOE núm. 161, de 7 de julio de 2006, FJ 3.

¹⁸⁵ [España] Constitución Española, art. 138.1

Financiación de las Comunidades Autónomas, conforme al cual la garantía del equilibrio económico, a través de la política económica general le corresponde al Estado, al que se le atribuye la potestad de adoptar cualquier medida dirigida «a conseguir la estabilidad económica interna y externa, la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera, así como el desarrollo armónico entre las diversas partes del territorio español». Con este propósito la regla se remite a la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

Segundo, el criterio que ilumina el equilibrio territorial es que los españoles tengan los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio.¹⁸⁶

El art. 158.1 de la Constitución, determina que con cargo al presupuesto se pueden establecer asignaciones a las Comunidades Autónomas en función de (i) el volumen de los servicios y actividades estatales que hayan asumido y (ii) la garantía de un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio español.

(i) *Fondo de Garantía de Servicios Públicos Fundamentales*

En aplicación del art. 158.1 de la Constitución Española, uno de los principios de coordinación con la Hacienda estatal es «[l]a garantía de un nivel base equivalente de financiación de los servicios públicos fundamentales, independientemente de la Comunidad Autónoma de residencia».¹⁸⁷ Esta garantía se hace efectiva a través del Fondo de Garantía de Servicios Públicos Fundamentales.¹⁸⁸

Se consideran servicios públicos fundamentales la educación, la sanidad y los servicios sociales esenciales.¹⁸⁹ El Estado garantiza un nivel mínimo de estos servicios en todo el territorio, que está representado por el su nivel medio en el país.

A través del Fondo de Garantía de los Servicios Públicos Fundamentales se busca que cada Comunidad reciba los mismos recursos por habitante, ajustados en función de sus necesidades diferenciales, para financiar los servicios públicos fundamentales.

El Fondo de Garantía de los Servicios Públicos Fundamentales se nutre de un porcentaje de sus tributos cedidos y de la aportación con cargo al presupuesto.¹⁹⁰

(ii) *Fondo de Compensación y Fondo Complementario*

Por otra parte, para corregir desequilibrios económicos interterritoriales y hacer efectivo el principio de solidaridad, el art. 158.2 de la Constitución Española dio origen al Fondo de Compensación para gastos de inversión.¹⁹¹

¹⁸⁶ [España] Constitución Española, art. 139.1

¹⁸⁷ [España] Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, art. 2.c)

¹⁸⁸ [España] Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, art. 4.1.d)

¹⁸⁹ [España] Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, art. 15.1

¹⁹⁰ [España] Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, art. 15.1

¹⁹¹ [España] Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, art. 4.2.b); y, Ley 22/2001, de 27 de diciembre, reguladora de los Fondos de Compensación Interterritorial, publicada en el BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 2001.

El Fondo de Compensación se destina a financiar gastos de inversión en los territorios comparativamente menos desarrollados, para la creación de renta y riqueza.¹⁹²

El Fondo de Compensación se integra de la siguientes manera:¹⁹³

- Al menos el 22,5 % del presupuesto de inversión pública previsto en los Presupuestos Generales del Estado del ejercicio respectivo (el «componente A»). Se entiende por inversión pública, la que conste en el Presupuesto del Estado y sus Organismos Autónomos como inversiones reales nuevas de carácter civil. Este valor se pondera en función de la población (total de la población de la Comunidades Autónomas beneficiarias respecto del total de la población de España) y la renta per cápita tomando como base el Valor Añadido Bruto a coste de factores (renta por habitante media nacional para renta por habitante de las Comunidades Autónomas beneficiarias).¹⁹⁴
- El 1,5 % del componente A y el 0,7 % del componente A como variable «Ciudad con Estatuto de Autonomía» (el «componente B»)
- El 4,02 % del componente A y el 1 % del componente A como variable de «región ultraperiférica» (el «componente C»).
- El componente A se distribuye entre las Comunidades Autónomas, según los siguientes criterios:¹⁹⁵
- La inversa de la renta por habitante.
- La tasa de población emigrada en los últimos diez años.
- El porcentaje de desempleo sobre la población activa.
- La superficie territorial.
- El hecho insular, en relación con la lejanía del territorio peninsular.
- Otros criterios que se estimen pertinentes.

En la Ley 22/2001, de 27 de diciembre, reguladora de los Fondos de Compensación Interterritorial, se agregó a las previsiones del art. 16.4 de la LOFCA, el criterio de dispersión territorial y se ajustaron dos de los criterios con factores de corrección: (i) la inversa de la renta por habitante de cada territorio y (ii) la insularidad, que se considerará incrementando en un 63,1 % de la cantidad que le haya correspondido a la Comunidad Autónoma de Canarias.

El componente B se distribuye en partes iguales entre las Ciudades con Estatuto de Autonomía propio.

Por otra parte, el Fondo Complementario se destina a gastos de inversión y, a requerimiento del beneficiario, para los gastos de operación asociada a las inversiones realizadas con cargo a los fondos de Compensación o Complementario, hasta por dos años desde la conclusión de la infraestructura. El Fondo Complementario se integra con

¹⁹² Ley 22/2001, de 27 de diciembre, reguladora de los Fondos de Compensación Interterritorial, art. 2.2

¹⁹³ [España] Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, art. 16.3; y, Ley 22/2001, de 27 de diciembre, reguladora de los Fondos de Compensación Interterritorial, art. 2.

¹⁹⁴ Ley 22/2001, de 27 de diciembre, reguladora de los Fondos de Compensación Interterritorial, art. 3.

¹⁹⁵ [España] Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, art. 16.4; y, Ley 22/2001, de 27 de diciembre, reguladora de los Fondos de Compensación Interterritorial, arts. 4 y 5.

una cantidad equivalente al 33,33 % del Fondo de Compensación que le corresponde a cada Comunidad Autónoma o Ciudad con Estatuto.¹⁹⁶

(iii) *Fondo de Suficiencia Global*

Finalmente, las Comunidades Autónomas participan de los ingresos del Estado a través del Fondo de Suficiencia Global que cubre la diferencia entre las necesidades de gasto y la suma de la capacidad tributaria y la transferencia del Fondo de Garantía de Servicios Públicos Fundamentales.¹⁹⁷

Las Haciendas locales en España deben contar con los recursos suficientes para atender las competencias que se le atribuyen en la ley. Las fuentes principales de ingresos que tienen son sus tributos propios y de participación en los del Estado y de las Comunidades Autónomas.¹⁹⁸

4. Modelo de Equidad Territorial en el Ecuador

(a) La norma de autonomía financiera de los gobiernos subnacionales

El art. 6 del COOTAD dispone que «[n]inguna función del Estado ni autoridad extraña podrá interferir en la autonomía política, administrativa y financiera propia de los gobiernos autónomos descentralizados, salvo lo prescrito por la Constitución y las leyes de la República». La autonomía atribuida a los gobiernos subnacionales en el Ecuador, impide, especialmente, de acuerdo a la regla referida:

- b) Impedir o retardar de cualquier modo la ejecución de obras, planes o programas de competencia de los gobiernos autónomos descentralizados, imposibilitar su adopción o financiación, incluso demorando la entrega oportuna y automática de recursos. (...).
- d) Privar a los gobiernos autónomos descentralizados de alguno o parte de sus ingresos reconocidos por ley, o hacer participar de ellos a otra entidad, sin resarcir con otra renta equivalente en su cuantía, duración y rendimiento que razonablemente pueda esperarse en el futuro;

El efecto de actuaciones de la Administración Pública Central contrarias a la norma de autonomía de los gobiernos subnacionales consiste, especialmente, en la nulidad del acto y de destitución del funcionario público responsable; y, cuando se trata de una autoridad sujeta a juicio político, el inicio de uno a cargo de la Asamblea.

¹⁹⁶ [España] Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, art. 16.5; y, Ley 22/2001, de 27 de diciembre, reguladora de los Fondos de Compensación Interterritorial, arts. 6.

¹⁹⁷ [España] Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, art. 13.

¹⁹⁸ [España] Constitución Española, art. 142.

(b) El régimen de equidad territorial

El art. 192 del COOTAD establece que los gobiernos subnacionales participan del 21 % de ingresos permanentes y del 10 % de los ingresos no permanentes del PGE.

En virtud de las competencias constitucionales, el monto total que se transfiere y distribuye entre los gobiernos subnacionales ecuatorianos es el siguiente: (a) veintisiete por ciento (27 %) para los consejos provinciales; (b) sesenta y siete por ciento (67 %) para las municipalidades y gobiernos de los distritos metropolitanos; y, (c) el seis por ciento (6 %) para los gobiernos de las juntas parroquiales.

Estos recursos se reparten de acuerdo con lo previsto en el art. 193 del COOTAD: (i) el monto que para el año 2010 le correspondía de acuerdo al régimen vigente en aquella época a cada gobierno subnacional («Componente del Año Base»); y, (ii) el monto que exceda al total de los recursos que le corresponde a cada gobierno subnacional de acuerdo con el nuevo régimen en el año de cálculo, respecto de aquello que le corresponde conforme a la regla del Año Base («Componente del Nuevo Régimen»).

Para la distribución de los recursos financieros del Componente del Nuevo Régimen, se emplean siete criterios, según la información provista por las Administraciones sectoriales y los mismos gobiernos subnacionales; estos criterios son los siguientes: (a) población; (b) densidad poblacional; (c) necesidades básicas insatisfechas; (d) mejora de los niveles de vida; (e) esfuerzo fiscal; (f) esfuerzo administrativo; y, (g) cumplimiento de metas del Plan de Desarrollo.

Los gobiernos subnacionales están autorizados a realizar gastos con cargo a las transferencias efectuadas por el nivel nacional en porcentajes preestablecidos en la ley. Conforme lo prevé el art. 198 del COOTAD, hasta el treinta por ciento (30 %) puede ser dirigido a financiar gastos permanentes y un mínimo del setenta por ciento (70 %) debe ser destinado a gastos no permanentes, de acuerdo con los instrumentos de planificación de cada gobierno subnacional.

De modo que, de acuerdo a las reglas de restricción del tipo de gasto que puede ser financiado con endeudamiento público, sería posible atender las transferencias a los GAD con esta fuente de financiación si se destinan a atender proyectos de inversión dentro del régimen de planificación de cada gobierno subnacional.

(c) Distribución territorial de los ingresos públicos en Hispanoamérica: el caso de Argentina

La equidad en el gasto público, según su dimensión territorial, en Argentina, es muy compleja.¹⁹⁹ El nivel federal recauda determinados tributo, por delegación de las provincias, retiene su porción y distribuye la cuota que les corresponde a cada provincia y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Una vez descontados los recursos con destino específico (reasignaciones), se distribuyen, garantizando la automaticidad, (i) las contribuciones indirectas internas que se establezcan por ley del Congreso de la Nación y (ii) las contribuciones directas que se establezcan por tiempo determinado,

¹⁹⁹ [Argentina] Constitución argentina, art. 75.2

proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación y con el objeto de sostener la defensa, la seguridad o el bienestar general del Estado Federal (los «tributos coparticipados»).

En principio la distribución depende de una ley convenio en la que se debe regular la participación de la Nación y las provincias en las rentas nacionales, con criterios objetivos. Con un trámite específico en el Congreso y votación calificada,²⁰⁰ es aprobada por las provincias, y no puede ser modificada unilateralmente ni reglamentada.

Para propósitos de la distribución de los recursos financieros en el territorio se ha determinado que se efectuará en relación con los siguientes criterios generales: (i) competencias, servicios y funciones de cada participante; y, (ii) equidad, solidaridad y prioridad para alcanzar la igualdad material en el territorio (grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades). Los criterios específicos deben ser objetivos.

No se puede transferir competencias, servicios y funciones sin la respectiva reasignación de recursos y, en su caso, la aprobación por ley del Congreso y la provincia interesada o la ciudad de Buenos Aires.

En la práctica, de acuerdo con la Ley 25.570,²⁰¹ la distribución de recursos se hace de acuerdo con el siguiente esquema:

- Por la ley 23.548²⁰² de Coparticipación Federal de Impuestos la distribución primaria será de: (i) 42,34 % al Tesoro Nacional; (ii) 56,66 % a las Provincias; y, (iii) 1 % al Ministerio del Interior (Fondo de Aportes del Tesoro Nacional a las provincias – ATN).
- No obstante, del total de tributos coparticipables, el nivel nacional retiene por Leyes 24.130²⁰³ y 26.078²⁰⁴: (i) el 15 % para atender el pago de las obligaciones previsionales nacionales y otros gastos operativos; y (ii) la suma de \$ 45,8 millones mensuales, para ser distribuida entre los estados provinciales.
- Además, existe en algunos impuestos un mecanismo de distribución previo a lo señalado anteriormente. Así, por ejemplo, la recaudación del impuesto al valor

²⁰⁰ La Cámara de origen es el Senado y debe ser sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Además, de acuerdo con el art. 75.3 las leyes que establezcan y/o modifiquen asignaciones específicas de recursos coparticipables requieren ser aprobadas por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

²⁰¹ [Argentina] Ley N.º 25.570, de 10 de abril de 2002, [«Ratificase el "Acuerdo Nación-Provincias sobre Relación Financiera y Bases de un Régimen de Coparticipación Federal de Impuestos" celebrado entre el Estado Nacional, los Estados Provinciales y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el 27 de febrero de 2002], publicada en el Boletín Oficial núm. 29891, de 6 de mayo de 2002

²⁰² [Argentina] Ley N.º 23.548, de 7 de enero de 1988, [«Establécese el Régimen Transitorio de Distribución entre la Nación y las Provincias, a partir del 1º de enero de 1988»], publicada Boletín Oficial núm. 26313, de 26 de enero de 1988.

²⁰³ [Argentina] Ley N.º 24.130, de 2 de septiembre de 1992, [«Ratificase el "Acuerdo entre el Gobierno nacional y los gobiernos provinciales", suscripto el 12 de agosto de 1992»], publicada Boletín Oficial núm. 27477, de 22 de septiembre de 1992.

²⁰⁴ [Argentina] Ley N.º 26.078, de 22 de diciembre de 2005, [«Apruébase el Presupuesto de Gastos y Recursos de la Administración Nacional para el Ejercicio 2006. Disposiciones generales. Normas sobre gastos. Normas sobre recursos. Cupos fiscales. Cancelación de deudas de origen previsional. Jubilaciones y Pensiones Operaciones de Crédito Público»], publicada Boletín Oficial núm. 30822, de 12 de enero de 2006.

agregado, luego de la reducción de los reintegros a las exportaciones, se distribuye de la siguiente manera: (i) 11 % al Régimen Nacional de Previsión Social; y, (ii) 89 % a la coparticipación entre la Nación y las provincias.²⁰⁵

En Argentina, el jefe de gabinete de ministros, tiene atribuidas las competencias de remitir el presupuesto al Congreso para su aprobación, luego del acuerdo en el gabinete y aprobación del Poder Ejecutivo.²⁰⁶ El jefe de gabinete, además, es responsable por la recaudación de las rentas y la ejecución de la ley de presupuesto nacional. La supervisión de estas actividad es competencia del presidente de la Nación.²⁰⁷

Desde la perspectiva de la equidad territorial, la Constitución peruana también prevé la participación de los entes territorial de una participación de los ingresos y rentas objetivos por el Estado de la explotación de los recursos naturales de cada circunscripción en forma de «canon».²⁰⁸

5. Incremento del gasto público y efecto expansivo de los tributos: pagos diferidos y otras aportaciones públicas

(a) ¿Los entes públicos tributan a favor de los entes públicos?

La intervención de los entes públicos en el mecanismo de aplicación de la imposición, según el diseño del tributo como concreción del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos colectivos, no debería llevarnos necesariamente a la conclusión de que los órganos del Estado tributan sobre los ingresos públicos que administran. Cuando observamos, por ejemplo, que los órganos públicos se encuentran en la posición de consumidor o empresario dentro del régimen del IVA y realizan pagos o cobros por concepto de las operaciones que realizan en la cadena de producción y distribución de bienes y servicios, intuitivamente consideramos que tal situación responde al mismo tipo de relación que se construye a partir del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos. Así, por ejemplo, en el contexto del estudio de los sujetos activos y pasivos de la obligación del pago por servicios locales, Pagès i Galtès entiende que «[h]oy en día se consideran superados los problemas suscitados por un sector doctrinal, especialmente nutrido por autores italianos, sobre la posibilidad teórica de que los entes públicos puedan asumir la titularidad pasiva de la obligación tributaria».²⁰⁹

Por ello, conviene cuestionarse nuevamente si es plausible una explicación de la situación jurídica de los órganos públicos en el marco regulatorio de los tributos a partir del concepto de sujeto pasivo de la potestad tributaria. Considero que la técnica

²⁰⁵ [Argentina] Decreto 280/97, de 26 de marzo de 1997, [«Apruébase el texto ordenado de la Ley de Impuesto al Valor Agregado, sustituido por el artículo 1º de la Ley N.º 23.349 y sus modificaciones»], publicado en el Boletín Oficial núm. 28626, de 15 de abril de 1997, art. 52.

²⁰⁶ [Argentina] Constitución argentina, art. 100 núm. 6 y 7.

²⁰⁷ [Argentina] Constitución argentina, art. 99.10

²⁰⁸ [Perú] Constitución, art. 77, inc. 2.

²⁰⁹ J. Pagès i Galtès. «Sujetos activo y pasivo de las tasas y los precios por servicios locales», en *Revista Española de Derecho Financiero*, num.167, 2015, pp. 205-252.

empleada por el legislador para regular el caso simplifica, con una perspectiva pragmática, el funcionamiento de los sistemas particulares de cada tributo. Pero la simplificación regulatoria fractura las bases teóricas de la institución del tributo, si es que no se ofrecen explicaciones alternativas que permitan mantener los elementos conceptuales básicos en el sistema que, además, orientan un sinnúmero de decisiones normativas y aplicativas específicas que atañen a los órganos públicos y a su rol en el mecanismo que el Estado dispone para allegarse recursos financieros para atender las necesidades de gasto de la organización de la sociedad.

No es el espacio para formular una hipótesis que responda a todas las preguntas que el tema suscita, pero creo conveniente dejar señalado el asunto y una línea de argumentación con el propósito de ubicar en el debate la relevancia del principio de interdicción de transferencias o compensación financiera oculta al que aludo en esta investigación.

Esta línea de argumentación parte de una proposición que describe la hipótesis básica: la sujeción de los órganos públicos al subsistema que regula un específico tributo no se inscribe en el conjunto de relaciones derivadas de la potestad tributaria que uno pueda ejercer sobre otro, pues, tal potestad en último término se atribuye al mismo Estado, cualquiera sea su forma de organización interna. Esta hipótesis se podría complementar con otra proposición explicativa: la simplificación regulatoria con la que el legislador coloca en situación análoga a los órganos públicos respecto de los titulares del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, determina una relación específica entre los presupuestos públicos de órganos dotados de cierto grado de autonomía, que se concreta en la redistribución de los ingresos públicos disponibles, por vía de transferencias o compensaciones.

(b) Posición pasiva de los entes públicos en el esquema del IVA

Así, por ejemplo, el rol de la Administración pública como «consumidor» en la cadena de producción y distribución, en mi opinión, es un mecanismo técnico-jurídico que dentro del esquema del IVA permite mantener las características del diseño del tributo, pero no convierte materialmente al órgano público en contribuyente. Cuando el órgano público asume formalmente la posición de consumidor, los ingresos liquidados e ingresados por concepto de IVA en el desarrollo de la cadena de producción y distribución de un bien o servicio en principio no dejaría importe alguno por este concepto en el presupuesto del sujeto activo de la imposición. Luego, la ubicación del órgano público en la cadena no es útil para allegar recursos públicos para la financiación del gasto público, sino para que funcione el mecanismo del tributo del modo en que ha sido diseñado.

La captura de ingresos de una entidad pública en beneficio de otra, con la aplicación del sistema tributario, difícilmente puede ser concebida como una imposición sobre una manifestación de riqueza, sino como parte de un mecanismo de transferencia o compensación presupuestaria que bien puede estar autorizada o no en el sistema jurídico, de manera explícita o de manera implícita.

De manera explícita, por ejemplo, en los sistemas jurídicos de referencia es posible observar supuestos de no sujeción²¹⁰ o exenciones que aplican a las entidades del sector público.²¹¹ De manera implícita, en mi concepto, la autorización de transferencia o compensación estaría dada, por ejemplo, por el hecho de que el sistema jurídico no excluye —y no debería hacerlo— del esquema IVA las adquisiciones de bienes y servicios de la Administración pública para la provisión del servicio público.²¹²

Otra cosa distinta es que con respecto a esta autorización de traslado de ingresos públicos de un presupuesto a otro se pueda llegar a alegar su inconstitucionalidad por el hecho de que no exista un mecanismo de restitución de estos flujos al presupuesto público de origen o por las afectaciones que se puedan plantear a la autonomía financiera de los entes subnacionales.²¹³ De este modo, aparece con claridad el principio de interdicción de transferencias o compensaciones financieras ocultas.

En Ecuador, como parte del bloque de constitucionalidad, el art. 6, letra d, del COOTAD determina que ninguna función del Estado puede interferir en la autonomía financiera de los gobiernos subnacionales, aunque tal autonomía puede estar limitada constitucional o legalmente. En tal contexto, está especialmente prohibido «[p]rivar a los gobiernos autónomos descentralizados de alguno o parte de sus ingresos reconocidos por ley, o hacer participar de ellos a otra entidad, sin resarcir con otra renta equivalente en su cuantía, duración y rendimiento que razonablemente pueda esperarse en el futuro».²¹⁴ En línea de principio, la interdicción de las transferencias o compensaciones ocultas está explícitamente regulada en el sistema ecuatoriano, pero puede estimarse que no existe limitación en transferencias o compensaciones de esta naturaleza cuando nos referimos al sistema tributario y a las previsiones de rango de ley sobre la participación de los gobiernos subnacionales en posiciones de sujeción dentro de la estructura del tributo.

Con estos antecedentes, en el caso del IVA, las dos cuestiones que se deben contestar son: ¿en el debate metajurídico, las actividades de los órganos públicos en la adquisición de los medios para la provisión de un servicio público y la prestación misma de tal servicio deben estar sujetas —o exentas— del IVA?; y, en caso de que el titular de los ingresos derivados del IVA asuma el rol de consumidor en la cadena de producción de bienes y servicios, ¿sería necesario que el IVA soportado deba ser restituido para no afectar el esquema básico de distribución de rentas nacionales?

²¹⁰ Como en el caso del art. 7.8 de la LIVA española.

²¹¹ Por ejemplo, el Código Tributario ecuatoriano establece en el art. 35, numerales 1, 2 y 3, exenciones generales d impuestos, pero no de tasas o contribuciones especiales de mejoras, a favor del «Estado, las municipalidades, los consejos provinciales, las entidades de Derecho público, las empresas públicas constituidas al amparo de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y las entidades de Derecho privado con finalidad social o pública»; las «instituciones del Estado, las municipalidades u otras entidades del gobierno seccional o local, constituidos con independencia administrativa y económica como entidades de Derecho público o privado, para la prestación de servicios públicos»; y las «empresas de economía mixta, en la parte que represente aportación del sector público».

²¹² El referido art. 35 del Código Tributario ecuatoriano de manera explícita señala que «[l]as exenciones generales de este artículo no serán aplicables al impuesto al valor agregado IVA e impuesto a los consumos especiales ICE».

²¹³ Ecuador] LRTI, artículo innumerado agregado luego del art. 73.

²¹⁴ [Ecuador] COOTAD, art. 6, letra d).

A la primera cuestión propuesta, la respuesta parece ser afirmativa. La estructura del IVA exige que todos los intervinientes en la cadena de producción de bienes y servicios, con independencia de su naturaleza, asuman el rol que les corresponde de modo tal que el tributo pueda funcionar de la manera en que ha sido diseñado. Si el objeto del tributo es captar una cuota de la porción del valor agregado en cada fase de la cadena, las desgravaciones que se puedan producir distorsionarían el mecanismo.

No obstante, los órganos públicos que intervienen en la cadena de producción y distribución de bienes y servicios, tienen una función particular con respecto al tributo mismo. El IVA, como los otros tributos, es el medio con el que los órganos del Estado financian las actividades que a través del sistema jurídico se le han asignado. En otros términos, no son proveedores de ingresos públicos, sino sus administradores.

En este contexto, la provisión de un servicio público podría estar no sujeto o exento del IVA, según cada sistema jurídico. En caso de que el IVA no afecte a la prestación del servicio público, el órgano público materialmente restituye el flujo de ingresos públicos obtenidos por el Estado en cada fase de la cadena de producción y distribución por los bienes y servicios utilizados para la provisión del servicio público. Si la prestación del servicio a cargo del órgano público está gravada con el IVA, con ocasión del ejercicio de la actividad pública, el órgano público habrá alcanzado además un flujo de ingresos públicos para alimentar el presupuesto que administra desde el usuario o beneficiario del servicio público, aminorando su renta disponible.

En estas circunstancias, la diferenciación que se hace del tipo de servicio provisto por la Administración pública resulta conceptualmente relevante desde la perspectiva de la situación del usuario con relación a la prestación implicada. Si la prestación es «esencial», en el sentido de que corresponde a aquellas que incumben a la satisfacción de un derecho fundamental, el Estado no puede comportarse como empresario, si se estima que el deber de garantizar el derecho fundamental se afecta con la introducción de barreras económicas para su acceso. Desde otra perspectiva, el Estado no podría asumir el rol de empresario, si la provisión del servicio se realiza en situación de monopolio. En tales circunstancias la prestación patrimonial de carácter público que corresponde a la situación de coactividad en la que se encuentra el individuo, tratándose de una prestación incluida en el ámbito de un derecho fundamental, nuevamente coloca al individuo frente a una barrera económica para el acceso al bien o servicio del que se trate.

6. Captura de ingresos públicos de los presupuestos de los gobiernos subnacionales: inequidad en la dimensión territorial en la distribución del gasto público

(a) Interdicción de transferencias o compensaciones financieras ocultas

Falcón y Tella se refiere al «principio de interdicción de la compensación financiera silenciosa (*versteckte Finanzausgleich*) u oculta (*stille Finanzausgleich*)»,²¹⁵ producto

²¹⁵ Cfr. R. Falcón y Tella. «Dos consecuencias del principio de interdicción constitucional de la compensación financiera silenciosa u oculta (*stille Finanzausgleich*) en el ITPYAJD: las concesiones y los

de la doctrina y la jurisprudencia alemana, para describir la prohibición de trasladar por vía indirecta recursos financieros públicos de un nivel de gobierno hacia otro.

En esencia consiste en la proscripción de medidas adoptadas en el ejercicio de una competencia, específicamente tributaria, que de manera indirecta afecten la situación financiera de una Administración en beneficio de otra sin una contrapartida.

Es contraria a las medidas transparentes de transferencia o compensación²¹⁶ que se estructuran en los sistemas jurídicos específicamente para la distribución de los ingresos públicos para alcanzar los objetivos atribuidos a cada Administración pública. En España, este sería el caso del Fondo de Compensación Interterritorial o los mecanismos de participación de los tributos estatales por los gobiernos subnacionales o, en el Ecuador, el denominado Modelo de Equidad Territorial.

El sentido de este principio es evitar que los mecanismos de distribución de los ingresos públicos en los territorios, ajustados en función de criterios de compensación y equilibrio explícitos y controlables, se afecten de manera indirecta.

Este principio se puede extraer, por ejemplo, de la prohibición de transferir competencias de un nivel de gobierno a otro sin el traslado de los recursos financieros correspondientes a este propósito. Este sería un caso en que se incrementan los gastos públicos de la Administración a cargo de la nueva competencia, en beneficio de la que la descentraliza.

Encuentro que otro de estos supuestos, sería la inclusión de exenciones o gratuidades respecto de tasas por servicios públicos en beneficio de entes públicos con patrimonios diferenciados, pues, en tal caso, los costes y gastos de la prestación, en beneficio de la Administración exenta, afectaría la posición financiera de la proveedora, extrayendo de su presupuesto los recursos necesarios para la prestación individualizada. Este caso justificaría la inclusión de la excepción sobre exenciones generales en materia de tasas por servicios provistos a entidades públicas que se incluyó en algunos de los códigos tributarios de los países hispanoamericanos.²¹⁷

A juicio de Falcón y Tella se trata de un límite objetivo, conforme al cual «[a]unque la medida adoptada tenga un objetivo legítimo, y no pretenda conscientemente alterar el sistema público de compensación o de distribución de ingresos y gastos, resulta constitucionalmente inadmisible si, de hecho, produce un efecto compensatorio grave o innecesario».²¹⁸

Específicamente se ha dicho que, en el caso de gravar con el ITP, por parte de la Comunidades Autónomas, a las concesiones de servicios públicos locales o estatales, se

tipos incrementados de AJD en caso de renuncia a la exención del IVA», en *Revista Quincena Fiscal*, núm. 7, 2007, pp. 5 - 8.

²¹⁶ El profesor Falcón y Tella se refiere a ellas como *offen Finanzausgleich*

²¹⁷ Por ejemplo, [Ecuador] Código Tributario, art. 35 («Dentro de los límites que establezca la ley y sin perjuicio de lo que se disponga en leyes orgánicas o especiales, en general están exentos exclusivamente del pago de impuestos, pero no de tasas ni de contribuciones especiales: 1. El Estado, las municipalidades, los consejos provinciales, las entidades de Derecho público, las empresas públicas constituidas al amparo de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y las entidades de Derecho privado con finalidad social o pública [...]»).

²¹⁸ Cfr. R. Falcón y Tella. «Dos consecuencias del principio de interdicción constitucional de la compensación financiera silenciosa u oculta (*stille Finanzausgleich*) en el ITPYAJD: las concesiones y los tipos incrementados de AJD en caso de renuncia a la exención del IVA», en *Revista Quincena Fiscal*, núm. 7, 2007, pp. 5 - 8.

estaría frente a una compensación silenciosa u oculta a favor de la Comunidad Autónoma que sería inconstitucional.²¹⁹

Esta preocupación referida al ITP en España, me parece que es plenamente aplicable al caso de otros tributos nacionales que afectan los presupuestos públicos de las Administraciones locales y también en sentido inverso, los tributos subnacionales que afectan el presupuesto nacional.

(b) La autonomía financiera de los gobiernos subnacionales para el ejercicio de las competencias materiales a su cargo: generalización de la prohibición de transferencias o compensaciones ocultas

El planteamiento expuesto para el caso de España y el ITP puede ser generalizado en los sistemas jurídicos en que es posible afirmar que los gobiernos subnacionales gozan de autonomía financiera para atender las competencias materiales que tienen asignadas en el sistema jurídico y para cualquier otro tipo de tributo o prestación que tenga como efecto el traslado de recursos públicos de un presupuesto a otro, sin contrapartida.

El profesor Falcón y Tella encuentra que el sistema jurídico español, el principio de interdicción de la transferencia o compensación financiera silenciosa se puede extraer de varias normas incluidas en la Constitución española y la LOFCA:

Primero, el art. 157.2 de la Constitución española establece que «[l]as Comunidades Autónomas no podrán en ningún caso adoptar medidas tributarias sobre bienes situados fuera de su territorio o que supongan obstáculo para la libre circulación de mercancías o servicio». Esta regla impide que los subsistemas tributarios construidos en ejercicio de las competencias atribuidas a los gobiernos subnacionales supongan límites dentro del territorio nacional para el desarrollo de la actividad económica. Esta regla, además, evita que entre las Comunidades Autónomas se produzca una especie de competencia fiscal y con ello se degrade su capacidad financiera para atender las competencias materiales que tienen atribuidas. Con el mismo sentido, el art. 9 de la LOFCA determina que las Comunidades Autónomas ejercen su potestad tributaria en la circunscripción territorial que les corresponde, por lo que no están autorizadas a imponer impuestos respecto de objetos que no tengan conexión directa con el ámbito espacial en el que ejercen sus competencias:²²⁰ no podrán gravar elementos patrimoniales ubicados fuera de su territorios; gastos o rendimientos que no se hubieran

²¹⁹ Cfr. R. Falcón y Tella. «Dos consecuencias del principio de interdicción constitucional de la compensación financiera silenciosa u oculta (*stille Finanzausgleich*) en el ITPYAJD: las concesiones y los tipos incrementados de AJD en caso de renuncia a la exención del IVA», en *Revista Quincena Fiscal*, núm. 7, 2007, pp. 5 - 8.

²²⁰ Lo que no significa que sus decisiones no tengan algún efecto por fuera de sus propios territorios. Así lo ha señalado el TC: «[P]ero esta limitación territorial de la eficacia de las normas y actos no puede significar, en modo alguno, que le esté vedado por ello a esos órganos, en uso de sus competencias propias, adoptar decisiones que puedan producir consecuencias de hecho en otros lugares del territorio nacional. La unidad política, jurídica, económica y social de España impide su división en compartimentos estancos y, en consecuencia, la privación a las Comunidades Autónomas de la posibilidad de actuar cuando sus actos pudieran originar consecuencias más allá de sus límites territoriales equivaldría necesariamente a privarlas, pura y simplemente, de toda capacidad de actuación». [España] STC37/1981, de 16 de noviembre de 1981, publicada en el BOE núm. 285, de 28 de noviembre de 1981, FJ 1.

realizado en él; negocios, actos o hechos producidos fuera de su ámbito espacial; o, la transmisión de bienes, el ejercicio derechos o el cumplimiento de obligaciones que no estén conectadas al territorio por su origen, el lugar de su cumplimiento o la residencia de los sujetos de la relación. hayan nacido ni hubieran de cumplirse en dicho territorio o cuyo adquirente no resida en el mismo. Como lo previó la norma constitucional, en ejercicio de la potestad tributaria, las Comunidades Autónomas no pueden afectar la libre circulación de personas, mercancías, servicios o capitales. No pueden interferir en la elección de la residencia de las personas, la ubicación de los emprendimientos o los capitales. De modo, muy especial, con el ejercicio de la potestad tributaria no se puede trasladar cargas a otras Comunidades. Uno de los principios básicos del orden público económico²²¹ en España es precisamente que todos tengan iguales derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio y que las decisiones de autoridad no afecten la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en el territorio.²²²

Segundo, de acuerdo con el art. 150.2 de la Constitución, cuando se transfieren o delegan a las Comunidades Autónomas competencias desde el nivel nacional, cuando por su naturaleza ello es posible, «la ley preverá en cada caso la correspondiente transferencia de medios financieros».

Tercero, de conformidad con el art. 6.3 de la LOFCA, debe «establecerse las medidas de compensación o coordinación adecuadas», en el caso de que las Comunidades Autónomas establezcan tributos sobre materias atribuidas a las Corporaciones Locales, «de modo que los ingresos de tales Corporaciones Locales no se vean mermados ni reducidos tampoco en sus posibilidades de crecimiento futuro».

Cuarto, a diferencia de lo que ocurre con los hechos imponibles gravados con tributos locales, respecto de los cuales no pueden establecer tributos las Comunidades Autónomas, aquellos sobre los que recae una imposición por las Comunidades Autónomas sí pueden ser gravados por el Estado, pero en este caso, «cuando supongan a estas una disminución de ingresos, instrumentará las medidas de compensación», según lo señala el art. 6.2 de la LOFCA.

Quinto, se consideran tributos propios de las Comunidades Autónomas, las tasas que llegue a fijar, de acuerdo con el art. 7.1 de la LOFCA, por el uso de bienes de dominio público o la prestación de servicios o la realización de actividades que les hayan sido transferidos por el Estado o las Corporaciones Locales.²²³

Sexto, según lo previsto en los arts. 7.3 y 8.2 de la LOFCA el importe de la tasa y de la contribución especial no puede exceder del coste del servicio o actividad a la que corresponde la tasa o del coste de la obra establecimiento o ampliación del servicio a los que se refiere la contribución especial, e soportado por la Comunidad.

²²¹ Cfr. R. Falcón y Tella. «Dos consecuencias del principio de interdicción constitucional de la compensación financiera silenciosa u oculta (*stille Finanzausgleich*) en el ITPYAJD: las concesiones y los tipos incrementados de AJD en caso de renuncia a la exención del IVA», en *Revista Quincena Fiscal*, núm. 7, 2007, pp. 5 - 8.

²²² [España] Constitución Española, art. 139.

²²³ [España] LOFCA, art. 7.2.

Séptimo, el punto de conexión territorial también se aplica a los tributos que se ceden a las Comunidades Autónomas.²²⁴ Así, en los impuestos personales se atribuyen en función del domicilio fiscal del sujeto pasivo o en el caso de adquisiciones por causa de muerte, el del causante; en el caso de los impuestos al consumo, según el lugar en que se realiza la operación por el lugar del establecimiento o por su el lugar del consumo con base estadística; y, para el caso de los impuestos reales, por el sitio en que se encuentre el inmueble.²²⁵

Octavo, por efecto de los recargos, que las Comunidades Autónomas pueden fijar respecto de los impuestos susceptibles de cesión (excepto en el Impuesto sobre Hidrocarburos) y en el caso de los Impuestos Especiales y el IVA cuando intervienen en el tipo del gravamen, no se puede afectar los ingresos del Estado por los impuestos afectados, ni tampoco desvirtuar su naturaleza o estructura.²²⁶

Noveno, el traspaso de nuevos servicios a las Comunidades Autónomas, la ampliación o revisión de traspasos que se hubieran producido previamente o la cesión de nuevos tributos, justifica la revisión del Fondo de Suficiencia Global de la Comunidad Autónoma, de conformidad con el art. 13.4 de la LOFCA.

Todas estas disposiciones tienen en común que (i) limitan competencias que de alguna manera pueden afectar la autonomía financiera entre las Comunidades Autónomas o entre estas y los otros niveles de gobierno; y, (ii) fijan algún criterio general de coordinación y compensación para los casos en que la transferencia de competencias materiales pueda afectar la capacidad de financiar las actividades que corresponden a las competencias de partida o aquellas que les son transferidas.

Esta reglas muestran el modo en que se busca mantener cierto equilibrio financiero que se asume corresponde a la situación inicial, donde las reglas de distribución de los ingresos públicos potenciales están predeterminado y es transparente.

(c) Traslado de recursos financieros desde los presupuestos de los gobiernos subnacionales hacia el presupuesto nacional: el caso del IVA

Consideremos el caso del IVA para la adquisición de bienes y servicios que realiza la Administración pública subnacional para la provisión de un servicio público a su cargo.

En España, el IVA pagado por los gobiernos subnacionales en la adquisición de los medios para la prestación de servicios públicos, cuando no se repercute el IVA soportado al usuario final (como precio público, por ejemplo), no se compensa de modo alguno entre los presupuestos de las Administraciones públicas implicadas.

Cuando un gobierno subnacional presta un servicio público a un integrante de la comunidad no cobra IVA si la provisión se la hace de manera gratuita o respecto del cual se ha fijado una tasa porque, como ha quedado anotado ya, se trata de un supuesto de no sujeción, si se reúne los requisitos señalados en el art. 7.8 de la LIVA. Como no se

²²⁴ [España] LOFCA, art. 10.1. Son tributos cedidos los establecidos y regulados por el Estado, pero que su producto les corresponde a las Comunidades Autónomas.

²²⁵ [España] LOFCA, art. 10.4.

²²⁶ [España] LOFCA, art. 12.

repercute el IVA soportado al usuario, el importe del IVA pagado en la adquisición de los bienes y servicios necesarios para la prestación del servicio público se agrega al coste del servicio provisto. En otros términos, el importe del impuesto que afecta los valores que se agregan en cada fase de la cadena productiva se restituye desde el presupuesto del gobierno subnacional con el pago del IVA a su proveedor directo.

A diferencia del caso descrito en las tablas 7.1 a 7.9 el efecto en el uso de los recursos públicos implicados no es el mismo que conceptualmente²²⁷ se presenta cuando el proveedor del servicio público es la Administración central. Como lo vimos, cuando estamos en presencia de un servicio público provisto por la Administración central y cuya provisión no está sujeta al IVA, el efecto neto en el presupuesto —cualquiera sea la regla contable aplicable— es que el suministro de los insumos para la provisión del servicio público, de hecho, no genera un ingreso por concepto de este tributo en el presupuesto nacional.

En el caso de un gobierno subnacional, por el contrario, el reconocimiento del IVA soportado como parte del coste de la provisión del servicio, produce una transferencia por concepto de IVA al presupuesto nacional. El rol de la Administración pública subnacional como consumidor final provoca una redistribución de los ingresos públicos según la dimensión territorial de la equidad.

(d) La relevancia de los efectos presupuestarios en relación con la idea de equidad en la distribución del gasto público

Esta especie de traslado o compensación financiera oculta entre la Administración competente para la provisión del servicio público hacia la titular del ingreso derivado de la aplicación del tributo, se produce con independencia de quién es el prestador del servicio público, es decir, sin importar si se ha elegido la modalidad de gestión directa o una APP. El punto focal en el análisis de la equidad desde esta perspectiva está en el hecho de que las alternativas para evitar una reducción de los medios disponibles en los presupuestos públicos para atender el deber de la Administración de garantizar y satisfacer aspectos esenciales de los derechos fundamentales son, o el empleo de precios públicos, o la delegación de la gestión del proyecto público a un gestor privado que, en principio, convierte cualquier contraprestación económica por un servicio público en precio.

Además, en la medida en que el IVA, como cualquier otro tributo indirecto, llega a tener un efecto expansivo, los flujos de los recursos públicos que se dirigen a los presupuestos nacionales desde los locales se incrementarían, del mismo modo que ocurre en el caso de las nuevas limitaciones en la renta disponible del individuo cuando se traslada el IVA soportado o cualquier otro impuesto indirecto al precio (público o privado) de la prestación del servicio público.

²²⁷ Las variaciones en la práctica pueden ser muchas. El efecto neto en el presupuesto público del titular del tributo es observable únicamente si se prescinde en el análisis de, al menos, las modificaciones que se producen por la liquidación del IVA devengado por adquisiciones y ventas en un mismo ejercicio, la aplicación del factor de proporcionalidad para el cálculo del crédito tributario, las variaciones en el tipo y la aplicación de dispensas y beneficios fiscales.

E. DIMENSIÓN TEMPORAL DE LA DISTRIBUCIÓN EQUITATIVA DEL GASTO PÚBLICO

1. Planteamiento

En este apartado reflexionamos sobre la relevancia que tienen las decisiones actuales respecto de las generaciones futuras. Junta a ello, en el centro de las preocupaciones está el tema de la estabilidad presupuestaria y el carácter que tienen los principios en la protección de los derechos de las personas que no participan en las decisiones del presente.

Lo que resulta relevante desde la perspectiva de la equidad es el efecto que puede tener una decisión en el ámbito de las finanzas públicas de autoridad que genera (i) restricciones para adoptar decisiones de gasto público en el futuro y (ii) el sobrecostes del tipo de financiación con respecto a la disponibilidad de recursos para satisfacer derechos fundamentales de las generaciones futuras.

Algunos economistas estiman que es posible aplicar una tasas de descuento al bienestar futuro para traerlo a valor presente y de este modo entender lo que significa el sacrificio actual frente al coste del bienestar de quienes no se encuentran hoy para participar en las elecciones acerca de su vida. Cualquier inversión que se haga hoy para atender las necesidades futuras sería mucho más costoso que aquellas que lleguen hacer las generaciones futuras para atender su bienestar.²²⁸ Stiglitz hizo un ejercicio de cómputo de las consecuencias futuras de las decisiones actuales, por ejemplo, con ocasión de la guerra en Irak.²²⁹ Aunque colocar este tipo de problemas únicamente en términos cuantitativos puede llevar a consecuencias engañosas, nos pone en perspectiva acerca del hecho de que las decisiones presentes pueden tener efectos indeseados en el futuro.

Rawls entendía que cada generación se encuentran en la «posición original», lo que permite que los acuerdos que permiten construir el contrato social sean equitativos; no obstante, la doctrina contractual exigiría que se adopte un principio de «adecuado ahorro», por el que cada generación aporta una contribución a los que le seguirán y la recibe de sus predecesores.²³⁰ Desde esta perspectiva, el principio referido lo que busca es que se trasladen las ventajas acumuladas alcanzadas por una generación a la que le sigue y no al revés: no sería justo que la generación futura reciba las desventajas provocadas por la presente.

El efecto que nos ocupa es el impacto que se puede generar en el acceso a los medios para satisfacer derechos fundamentales de las generaciones futuras cuando se

²²⁸ Si se gasta ahora 100 dólares hoy, esta suma equivaldría a menos de 10 centavos en 100, si se aplica una tasa de descuento del 7 %; lo que significa que resultaría mejor que el gasto lo realicen en el futuro. Ver L. Ferrer. *Los derechos de las futuras generaciones desde la perspectiva del derecho internacional: el principio de equidad intergeneracional*. México: UNAM [Instituto de Investigaciones Jurídicas], 2014, pp. 43 y ss.

²²⁹ Ver J. Stiglitz y L. Bilmes. *The Three Trillion Dollar War: The True Cost of the Iraq Conflict*. Nueva York: Norton, 2008, pp. 229-231.

²³⁰ Cfr. J. Rawls. *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 268.

agregan restricciones en los presupuestos públicos de los que dependen algunas prestaciones.²³¹

De hecho, es posible concebir que las limitaciones actuales que provoca la formulación y aplicación de políticas de restricción en el gasto actuales son el resultado de las decisiones de expansión del gasto que se ha producido en el pasado sin considerar los efectos que tales decisiones habrían tenido en nuestra época.

Un análisis de equidad en la distribución del gasto público con perspectiva intertemporal referida a las modalidad de gestión de APP nos debe ayudar a contestar la siguientes pregunta: ¿en qué medida los compromisos firmes y contingentes que la Administración asume con ocasión de la implementación de un proyecto de APP limita el acceso a los recursos financieros que se requerirán en el futuro para atender las obligaciones prestacionales del estado referidas a la satisfacción de derechos fundamentales?

En principio, considero que la respuesta a esta cuestión es exactamente la misma que se debe dar a la pregunta sobre el impacto de la deuda pública en el largo plazo. Por esta razón, aunque en circunstancias específicas los compromisos firmes y contingentes de un proyecto de APP no se reflejen en las cuentas públicas, el efecto material de una decisión de adoptar como modalidad de financiación de la actividad pública una APP requiere de la misma prudencia financiera que se asume cuando se enfrenta la decisión a los efectos del endeudamiento público.

2. Traslado de cargas a las generaciones futuras

Usualmente el Estado se endeuda para financiar inversiones públicas, cuando no puede obtener o destinar un superávit en la cuenta corriente. Cuando la inversión se financia con ahorro el patrimonio se incrementa, cuando se lo hace con deuda no se modifica.²³²

Hay equilibrio intergeneracional si los medios que se requieren para financiar la inversión de la que depende determinados servicios, depende de los tributos que son satisfechos por los perceptores de los respectivos servicios. El fundamento se encuentra en que la amortización de la deuda debe corresponda al de la infraestructura, de modo que las personas soporten el servicio de la deuda destinada a la obtención del mientras se benefician de los servicios vinculados a ella. El tiempo de pago de la deuda es el mismo o incluso menor al de utilidad de la infraestructura para los usuarios que absorben las cargas, pero también los beneficios.

Se produce un desplazamiento de la carga de la deuda, cuando el servicio de la deuda debe ser satisfecho por generaciones que no resultan beneficiarias del bien o servicio. La deuda sería un instrumento financiero adecuado si con ella se distribuye el coste de los servicios públicos prestados entre los sujetos beneficiarios de la prestación. No obstante, este criterio coloca en idéntica situación a las personas con independencia

²³¹ En Chile, los compromisos de inversión en su programa de concesiones, en el periodo 1994–2015, ascendió a un total de 19 mil millones, esto es, el 6.2 % de su PIB. El 88 % está destinado a infraestructura de transporte. Cfr. G. Reyes-Tagle (ed.). *Bringing PPPs into the sunlight*. Washington: BID, 2018, p. 34.

²³² Cfr. Sevilla. *Manual de política y técnicas tributarias del CIAT*. Panamá: CIAT, 2006, p. 563 y ss.

de la capacidad económica que tienen para poder acceder al bien o servicio del que se trate y presupone una especie de estabilidad en las necesidades de financiación presupuestario de otras prestaciones. Lo más relevante a este respecto es, por supuesto, el coste de emplear una u otra fórmula de financiación público que, generando el mismo efecto en el largo plazo, puede resultar más costoso.

En este contexto, el endeudamiento público forma parte de los factores determinantes de los que se ha llamado el principio de estabilidad presupuestaria.

3. Sostenibilidad fiscal

(a) Sostenibilidad fiscal y derechos fundamentales

¿Cómo se puede tratar el régimen de sostenibilidad fiscal con respecto al deber de reconocimiento, protección y promoción de los derechos fundamentales? La cuestión surge del hecho de que, en cierta medida, el goce y ejercicio de todos los derechos fundamentales requiere gasto público, sin que sea relevante la clase de derecho fundamental.

Las limitaciones de disponibilidad de recursos,²³³ como un aspecto que requiere una perspectiva técnica, frente a la presión social de las mayorías para que la organización a través de representantes y servidores públicos actúen para satisfacer derechos fundamentales con reconocimiento en sus sistemas jurídicos muestran una tensa relación entre la realidad financiera y las pretensiones legítimas cobijadas en los enunciados normativos. Con razón se podría pensar que la disponibilidad de recursos financieros es un límite más a la democracia, en el sentido de que no basta la decisión mayoritaria sobre lo que se pretende para poder satisfacer tales pretensiones.²³⁴

Desde otra perspectiva, hay que entender que las reglas de sostenibilidad fiscal son un límite al Estado social de derecho. Se argumenta que el enunciado, que se incluye en las constituciones de muchos países, tiene un contenido específico y, en tanto norma jurídica, sería vinculante, por lo que se hace necesario compatibilizar las reglas de sostenibilidad fiscal con la cláusula del Estado social de derecho.²³⁵

²³³ Desde la perspectiva de la equidad territorial, la Constitución peruana también prevé la participación de los entes territorial de una participación de los ingresos y rentas objetivos por el Estado de la explotación de los recursos naturales de cada circunscripción en forma de «canon»

²³⁴ Ver en este sentido los trabajos de James Buchanan, entre otros, J. Buchanan. «Democracia limitada o ilimitada», en *Estudios Públicos*, núm. 6, 1982, pp. 37-51; J. Buchanan y R. Wagner. *Déficit del sector público y democracia*. El legado político de Lord Keynes. Madrid: Rialp, 1983; J. Buchanan y R. Musgrave. *Public Finance and Public Choice*. Massachusetts: MIT Press, 1999.

²³⁵ A. Castaño. Las cláusulas de disciplina fiscal en las constituciones del Estado social de Derecho. La sostenibilidad fiscal en Colombia y el principio de estabilidad presupuestaria en España. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020.

(b) Sostenibilidad fiscal y derechos fundamentales en Colombia

En Colombia se subordina de manera explícita la sostenibilidad fiscal a la protección y promoción de los derechos fundamentales.²³⁶ Esta idea consta desarrollada en el art. 334 de la Constitución colombiana.

El Estado colombiano tiene atribuida la competencia de dirigir la economía. En este contexto, está autorizado, constitucionalmente y con arreglo a la ley, a intervenir en (i) la explotación de los recursos naturales; (ii) el uso del suelo; (iii) la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes; y (iv) los servicios públicos y privados.

La intervención autorizada al Estado está dirigida a racionalizar la economía con el fin alcanzar objetivos de equidad material, esto es alcanzar «el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano». La regla constitucional además aclara que, en el plano social, la intervención pública está destinada a alcanzar objetivos de pleno empleo —en la lógica de la autosatisfacción de necesidades individuales y familiares— y a asegurar progresivamente el acceso a los bienes y servicios básicos, poniendo énfasis en los grupos de menores ingresos. Junto a estos objetivos centrales, el Estado está autorizado a intervenir para «promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones».

El marco de intervención pública al que debe ajustarse, por mandato constitucional, es el de la sostenibilidad fiscal que no aparece como un instrumento enfocado hacia la restricción del gasto público, sino como un medio «para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho», donde el «gasto público social será prioritario». La indicación del régimen muestra con claridad que, en circunstancias limitadas en recursos financieros, la idea de preservar la capacidad de pago del Estado está dirigida a garantizar que los derechos fundamentales sean satisfechos con prioridad frente a cualquier otro concepto.

Por otra parte, una sostenibilidad fiscal enfocada hacia la satisfacción de derechos fundamentales marca el sentido de coordinación en el ejercicio de las competencias autorizadas a los órganos del Estado colombiano.

De manera explícita el constituyente colombiano ha señalado que al interpretar el art. 334 de la Constitución colombiana, ningún órgano público «podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva».

(c) Situación en España

El legislador español entiende que la estabilidad presupuestaria «es base para impulsar el crecimiento» y «ofrecer una perspectiva de futuro más próspera, justa y solidaria». En otros términos, la estabilidad presupuestaria se la presenta como el factor determinante para alcanzar el desarrollo en términos económicos, pero también a escala humana. Se entiende por consolidación fiscal, a la eliminación del déficit público estructural y la reducción de la deuda pública. Tal consolidación y una serie de

²³⁶ [Colombia] Constitución, art. 334.

reformas estructurales constituyen los ejes de acción pública hacia el crecimiento económico que, al ligarlo a la creación de empleo, se lo presenta como una proposición que incluye o presupone justicia social.

En el ámbito de la UE, los Estados miembros están obligados a formular y ejecutar sus políticas económicas como sus políticas económicas para contribuir en la realización de los objetivos comunitarios según el Derecho Comunitario y respetando el las bases de «una economía de mercado abierta y de libre competencia, favoreciendo una eficiente asignación de recursos y de conformidad con los principios enunciados en el artículo 119 del TFUE.²³⁷ El art. 3.1 del TFUE establece la competencia exclusiva de la UE en materia monetaria, el art. 121 del TFUE atribuye la competencia de orientar la política económica y su supervisión y, el art. 126 del TFUE, deja definido el sentido de actuación, evitando los déficit públicos excesivos y los excesos de deuda pública. El Protocolo nº 12, aplicable al déficit excesivo y los Reglamentos del Pacto de Estabilidad y Crecimiento y el Código de Conducta para la implementación de los programas de estabilidad y convergencia, completan el marco normativo al que se sujetan las actuaciones de los Estados miembros de la UE en materia de déficit, endeudamiento público y estabilidad presupuestaria.

La Oficina Estadística de la Comisión Europea, Eurostat, controla y publica (dos veces al año) los datos sobre el déficit y la deuda de los Estados miembros de la UE y, además, fija los criterios de contabilización de las operaciones de acuerdo con el Sistema Europeo de Cuentas, a través del *Manual sobre el déficit y la deuda del gobierno*.^{238 239}

Como lo he apuntado ya,²⁴⁰ los objetivos de estabilidad presupuestaria en el ámbito europeo iniciaron con los instrumentos de coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros²⁴¹ y continuaron en un proceso continuo.²⁴² Con el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la UE (TECG), art. 3.2, se

²³⁷ [UE] TFUE, art. 120.

²³⁸ [UE] Eurostat. *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA 2010*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2019. También conviene revisar acerca de la situación precedente [UE] Eurostat. *Manual del SEC95 sobre el déficit público y la deuda pública*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2002. Sobre la relevancia de las funciones de Eurostat, ver L. Ascoli. «El papel de Eurostat en el procedimiento de déficit excesivo y la crisis financiera», en A. Agulló Agüero (dir.). *Disciplina presupuestaria, colaboración público-privada y gasto público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, pp. 57-60.

²³⁹ «En dos ocasiones, las decisiones de Eurostat no han sido aceptadas por la Comunidad Autónoma de Madrid, que ha demandado a Eurostat frente al Tribunal de Justicia Europeo por asuntos relacionados con la clasificación de empresas públicas (Metro de Madrid y MINTRA), que Eurostat había clasificado dentro del sector administraciones públicas, fallando dicho Tribunal en ambas ocasiones a favor de Eurostat». L. Ascoli. «El papel de Eurostat en el procedimiento de déficit excesivo y la crisis financiera», en A. Agulló Agüero (dir.). *Disciplina presupuestaria, colaboración público-privada y gasto público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 59.

²⁴⁰ Ver *infra* apartado D.1.d) del capítulo I de esta investigación.

²⁴¹ [UE] «Libro Blanco de la Comisión al Consejo Europeo sobre la Conformación del Mercado Interior», COM(85) de 14.06.1985; y [UE] Acta Única Europea, de 17 de febrero de 1986 [Luxemburgo]. Entra en vigor el 1 de julio de 1987.

²⁴² En 1992 se suscribe el Tratado de Maastricht y, luego, en 1997, el Tratado de Amsterdam, y el Pacto de Estabilidad y Crecimiento que implica el control de los déficit públicos y el endeudamiento a través del Consejo. El Consejo ha expedido: [UE] Consejo Europeo. Reglamento (CE) 1466/1997, de 7 de julio de 1997; Reglamento (CE) 1467/1997, de 7 de julio de 1997; Reglamentos (CE) 1055/2005 del Consejo, de 27 de julio de 2005; Reglamento (CE) 1056/2005, del Consejo, de 27 de julio de 2005

estableció que los Estados miembros debían incorporar a sus sistema jurídicos (preferiblemente al nivel constitucional) el compromiso asumido de mantener presupuestos equilibrados o en superávit.²⁴³

Con este antecedente, en el año 2011, la Constitución Española fue reformada para introducir cambios sustanciales en su gestión presupuestaria y, de este modo, ajustarse a las políticas y marco regulatorio de la UE en materia de sostenibilidad fiscal.²⁴⁴

El art. 135.1 de la Constitución determina que las Administraciones públicas están sujetas al principio de estabilidad presupuestaria. En este marco, se sujeta al Estado y a las Comunidades Autónomas a las determinaciones que desde la UE se haga con respecto al déficit estructural. A través de una ley orgánica se debe fijar la relación entre el déficit estructural y el PIB para el caso del Estado y las Comunidades Autónomas, mientras que las Entidades Locales deben presentar siempre equilibrio presupuestario.

El apartado 3 del art. 135 de la Constitución reitera el principio contenido en del art. 133.4 *ibidem* cuando establece que solo por ley el Estado y las Comunidades Autónomas estarán autorizados a emitir deuda pública o contraer crédito, esto es, contraer una específico tipo de obligación financiera.²⁴⁵

Se fija como una prioridad absoluta el pago de los intereses y capital de la deuda pública, de modo tal que, se consideran incluidos en los presupuestos las respectivas partidas de gastos para atender estos compromisos y sus importes no pueden ser alterados si se ajustan a los términos de la emisión.

Además, se incluye a nivel constitucional la regla fiscal de relación entre la deuda pública total y el PIB por remisión al TFUE, esto es, el 60 %. Por las circunstancias actuales, conviene señalar que el artículo 5, apartado 1, y el artículo 9, apartado 1, del Reglamento (CE) 1466/97 establecen que «en períodos de crisis económica grave en la zona del euro o en el conjunto de la Unión, se podrá permitir a los Estados miembros que se aparten temporalmente de la trayectoria de ajuste hacia el objetivo presupuestario a medio plazo [...], siempre que dicha desviación no ponga en peligro la sostenibilidad presupuestaria a medio plazo». Se trata de una salvaguardia que usualmente acompaña la técnica de inclusión de reglas fiscales como la del límite del déficit y la relación deuda pública y PIB para enfrentar situaciones como las que se han debido atravesar en las finanzas públicas con ocasión de la pandemia. Una autorización similar a la señalada para el procedimiento preventivo existe para el caso del

²⁴³ Un completo estudio sobre estabilidad presupuestaria y el freno constitucional al endeudamiento en España puede consultarse en J. García Roca y M. A. Martínez Lago. *Estabilidad Presupuestaria y Consagración del Freno Constitucional al Endeudamiento*. Madrid: Civitas, 2013. Los autores reflejan en su análisis la preocupación sobre la eficacia de las instituciones comunitarias para reaccionar frente a la crisis económica, el carácter derivado del art. 135 de la Constitución Española, las dificultades de establecer un esquema efectivo en países con distintos niveles de gobierno autónomo y las prevenciones sobre tratar de alcanzar resultados positivos únicamente con reglas que buscan disciplinar el mercado y las finanzas.

²⁴⁴ [España] Reforma del artículo 135 de la Constitución Española, de 27 de septiembre de 2011, publicada en el BOE núm. 233, de 27 de septiembre de 2011.

²⁴⁵ El apartado 4 del art. 133 de la Constitución Española señala que la Administración únicamente puede «realizar gastos y adquirir obligaciones financieras» con arreglo a las leyes. Este caso no implica que deba existir una autorización para cada caso como ocurre en Costa Rica.

correctivo.²⁴⁶ Una cláusula de salvaguardia del mismo tipo también consta en el apartado 4 del art. 135 de la Constitución española: en caso de catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria es posible superar los límites de déficit estructural (3 % del PIB) y volumen de deuda pública (60 % del PIB). Para que opere la salvaguardia se requiere la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados.

Con el art. 135.5 de la Constitución se dispuso que en la ley orgánica se regularía (i) la distribución de los límites de déficit y de deuda entre las distintas Administraciones Públicas y la gestión del componente preventivo y correctivo a nivel interno; (ii) el modo de calcular el déficit estructural y (ii) las responsabilidades en caso de incumplimiento de los objetivos de estabilidad.

Finalmente, con sujeción a las reglas enunciadas, les corresponde a la Comunidades Autónomas la producción del régimen que permitan la aplicación del principio de estabilidad en el ámbito de sus competencias.

La necesidad de retomar una senda de equilibrio presupuestario, con restricciones en el gasto y el endeudamiento público, una nueva gobernanza económica fundada en la disciplina fiscal, siempre en el marco de los criterios de convergencia en la Unión Económica y Monetaria Europea, tiene causa en la crisis financiera de 2008²⁴⁷ y sus efectos en las economías de los Estados miembros.²⁴⁸

La estabilidad presupuestaria cumpliría el objetivo de generar confianza en los mercados y, con ello, mejores condiciones para conseguir financiación, que en cualquier caso queda limitado para el sector público; por lo que el enunciado se dirige a fijar un límite y, quizás un retroceso, en el tradicional modelo continental de un Estado de Bienestar, emparentado con el que, en el espacio hispanoamericano, se ha dado en llamar Estado de derechos. En su lugar se promueve un Estado promotor de la iniciativa privada para el crecimiento económico.

Los sintagmas «crecimiento económico» y «generación de empleo» definen la ideología central en los cambios institucionales. La garantía de los derechos fundamentales es, desde esta perspectiva, un resultado indirecto de un conjunto de instituciones que se ocupan de organizar el mercado en que participan los titulares de estos derechos en calidad de productores o consumidores y, frente a estados de carencia, una intervención moderada para ejecutar políticas de beneficencia. De este modo, el Estado cumpliría su cometido de garante y sus compromisos internacionales en la materia, mientras que, el mercado se ocuparía de proveer los bienes y servicios requeridos para satisfacer las necesidades de la comunidad.

En el preámbulo de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera se plantean estas proposiciones como justificantes materiales para que se haya reformado el art. 135 de la CE y, en aplicación

²⁴⁶ [UE] Consejo Europeo. Reglamento (CE) 1467/1997, de 7 de julio de 1997, art. 3.5 y art. 5.2. Ver sobre la cláusula general de salvaguardia: [UE] Comunicación de la Comisión relativa a la activación de la cláusula general de salvaguardia del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, COM(2020) 123 final [20.3.2020].

²⁴⁷ En el año 2009, el déficit público español habría alcanzado el 11,2 % del PIB.

²⁴⁸ Cfr. A. Agulló Agüero. «Quo vais? ¿Hacia dónde va el derecho del gasto público?», en A. Agulló Agüero (dir.). *Disciplina presupuestaria, colaboración público-privada y gasto público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, pp. 29-55.

de esta norma, se haya expedido la referida ley. Así mismo, se hace referencia al compromiso español con los compromisos asumidos en el ámbito europeo, especialmente con Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria de 2 de marzo de 2012.

La concepción de sostenibilidad fiscal o financiera, asociada con la estabilidad presupuestaria, corresponde a la idea de solvencia financiera de mediano y largo plazo, pero también a la de solvencia técnica.²⁴⁹ Los ingresos públicos previstos en un marco plurianual deben ser suficientes para atender los compromisos de pago del mismo periodo, atendiendo como constantes las restricciones autoimpuestas por el Estado en materia de endeudamiento público.

La Ley somete a todo el sector público, en materia de estabilidad presupuestaria, a criterios de igualdad (en las exigencias), responsabilidad y lealtad institucional. Además, somete la actividad pública en materia presupuestaria a los principios de estabilidad presupuestaria, plurianualidad, transparencia, eficacia y eficiencia en la asignación de los recursos públicos, sostenibilidad financiera, responsabilidad y lealtad institucional que son desarrollados en la Ley de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera

Por el de estabilidad presupuestaria se exige una situación de equilibrio o superávit, lo que se alcanza cuando no se incurre en déficit estructural.

Este principio se refuerza con el de sostenibilidad financiera, que consagra la estabilidad presupuestaria como conducta financiera permanente de todas las Administraciones Públicas. Debe destacarse también la inclusión en la Ley del principio de lealtad institucional, como principio rector para armonizar y facilitar la colaboración y cooperación entre las distintas administraciones en materia presupuestaria.

El régimen se complementa con la estructuración de autoridades independientes (en el espacio ejecutivo o legislativo) que permitan monitorear la gestión fiscal.²⁵⁰ Así, por ejemplo, en España se creó la Autoridad Independiente para la Responsabilidad Fiscal como un ente «con autonomía e independencia funcional respecto de las Administraciones Públicas»²⁵¹ destinado a «garantizar el cumplimiento efectivo por las Administraciones Públicas del principio de estabilidad presupuestaria previsto en el artículo 135 de la Constitución Española, mediante la evaluación continua del ciclo presupuestario, del endeudamiento público, y el análisis de las previsiones económicas».²⁵² Inició su funcionamiento en el año 2014 y, entre sus competencias

²⁴⁹ La solvencia técnica se refiere a la capacidad de una entidad para pagar sus obligaciones de corto plazo. En estricto sentido, la solvencia técnica es un problema de tesorería y por ello financiero. Mientras que la solvencia «efectiva» está vinculado a horizontes temporales en los que los activos de la entidad permiten generar los flujos, en forma de beneficios, o su realización permite atender los compromisos de mediano y largo plazo. Ver sobre estas materias de análisis financiero, entre otros, V. García Martín. *Solvencia y rentabilidad de la empresa española*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 1992; J. González Pascual. *Análisis de la empresa a través de su información económico-financiera*. Madrid: Pirámide, 1995; o, L. Haller. *¿Cómo comprender y utilizar la información contable?* Bilbao: Deusto, 1987.

²⁵⁰ Ver Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). *Recommendation of the Council on Principles for Independent Fiscal Institutions*. Paris: OCDE, 2014.

²⁵¹ [España] Ley Orgánica 6/2013, de 14 de noviembre, de creación de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, publicada en el BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2013, art. 1.

²⁵² [España] Ley Orgánica 6/2013, de 14 de noviembre, de creación de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, publicada en el BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2013, art. 2.

específicas le corresponde recibir y requerir información económico-financiera, y emitir opiniones e informes²⁵³ que importan, por razones de hecho o de derecho, en la motivación de las decisiones financieras a cargo de las Administraciones competentes en diversas materias y, en especial, en la transparencia de los procesos de gestión de las finanzas públicas, al facilitar el monitoreo y reporte de los objetivos de estabilidad financiera en todos los niveles de gobierno.²⁵⁴

En lo que corresponde a las opiniones que puede emitir la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, resulta de particular interés para los proyectos APP, las que corresponden a la «sostenibilidad de las finanzas públicas a largo plazo».²⁵⁵ Es en el largo plazo, precisamente, cuando los efectos de los compromisos firmes y, especialmente, los contingentes que asume el Estado con ocasión de la implementación de un proyecto APP producen sus efectos.

En el ámbito hispanoamericano el Consejo Federal de Responsabilidad Fiscal de Argentina cumple una función similar a la Autoridad Independiente para la Responsabilidad Fiscal española.

(d) Sospechas sobre el uso de la modalidad de gestión de APP en el ámbito de las políticas de estabilidad presupuestaria con sesgo ideológico

La evidencia empírica muestra que el enfoque neoliberal sobre el ajuste estructural ha tenido un impacto negativo en el crecimiento económico y el desarrollo a escala humana: un gobierno limitado y un mercado distribuidor de la riqueza, puede

²⁵³ Informe sobre las previsiones macroeconómicas (art. 14); informe sobre la metodología para calcular las previsiones tendenciales de ingresos y gastos, y la tasa de referencia de crecimiento (art. 15); informe sobre el proyecto de Programa de Estabilidad (art. 16); informes sobre el análisis de la ejecución presupuestaria, deuda pública y de la regla de gasto (art. 17); informe sobre el establecimiento de los objetivos individuales para las Comunidades Autónomas (art. 18); informe sobre los planes económicos-financieros y planes de reequilibrio de la Administración Central y de las Comunidades Autónomas (art. 19); informe de los proyectos y líneas fundamentales de presupuestos de las Administraciones Públicas (art. 20); informe sobre la aplicación de los mecanismos de corrección previstos en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera /art. 21), e; informe sobre la concurrencia de las circunstancias excepcionales a las que hace referencia el artículo 11.3 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (art. 22). [España] Ley Orgánica 6/2013, de 14 de noviembre, de creación de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, publicada en el BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2013.

²⁵⁴ Un estudio de referencia sobre la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal puede ser consultado en M. A. Martínez Lago. «La Autoridad Fiscal Independiente», en A. Agulló Agüero (dir) y E. Marco Peñas (ed.), *Disciplina presupuestaria, colaboración público-privada y gasto público*. Vaelencia: Tirant lo Blanch, 2016, pp. 189-244.

²⁵⁵ [España] Ley Orgánica 6/2013, de 14 de noviembre, de creación de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, publicada en el BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2013, art. 23 («La Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal podrá emitir opiniones sobre los siguientes asuntos: a) El seguimiento de la información sobre la ejecución presupuestaria facilitada por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en aplicación del principio de transparencia de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, en relación con el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria, de deuda pública o de la regla de gasto de todas las Administraciones Públicas.-b) La sostenibilidad de las finanzas públicas a largo plazo.- c) Sobre cualquier otro asunto cuando así lo disponga una ley»).

tener sentido en el laboratorio de la eficiencia, pero la realidad indica que el modelo tiene mala relación con los derechos fundamentales, sin ninguna distinción de categoría. Un buen ejemplo de ello son los estudios que relacionan los programas de ajuste impuestos en el contexto del otorgamiento de facilidades financieras.

Algunas de las operaciones de crédito otorgadas por instituciones financieras internacionales se condicionan a la realización de reformas de políticas por parte del país receptor, destinadas —se argumenta— a mejorar la sostenibilidad fiscal, la competitividad y promover el crecimiento económico. El tipo de medidas que se plantean incluye la privatización de los activos públicos y la concesión de obras y servicios, reducción del gasto público, desregulación del mercado, flexibilización laboral, liberalización del comercio, entre otras medidas estructurales.²⁵⁶ Los acuerdos de financiación atados a reformas estructurales de ajuste apuntan a satisfacer el objetivo de que se transfiera la capacidad de decisión (el poder) desde las instituciones de un país hacia el mercado, del modo en que fue promovido desde las administraciones de Regan, Thatcher y sus aliados de la década de los ochenta, en el marco del modelo denominado «New Public Management».²⁵⁷

Abouharb y D. Cingranelli²⁵⁸ se han ocupado de evidenciar que las actividades del Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, a través de sus programas de financiación condicionado a ajustes estructurales —que en la región han sido replicadas por el Banco Interamericano de Desarrollo— no solo afectan las prestaciones vinculadas con la satisfacción de DESC, como usualmente se discute, sino que también afectan las condiciones básicas de protección incluso de derechos civiles y políticos.

En efecto, la transferencia hacia el mercado de actividades y, fundamentalmente, de las decisiones inicialmente a cargo del Estado puede debilitar su habilidad para proteger estos derechos.²⁵⁹ Un factor determinante en ello, igual que en el caso de los DESC, está en el criterio de austeridad que es transversal a la gestión del gasto público.²⁶⁰ De particular interés ha sido la confirmación de que los ajustes estructurales impulsados desde la necesidad de acceder a recursos financieros implican también afectaciones al sistema de democracia constitucional en sí mismo.²⁶¹

²⁵⁶ Cfr. T. Stubbs y A. Kentikelenis. «Conditionality and Sovereign Debt. An Overview of Human Rights Implications», en I. Bantekas y C. Lumina (ed.). *Sovereign Debt and Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2018, pp. 359 - 380.

²⁵⁷ Cfr. R. Abouharb, D. Cingranelli. *Human Rights and Structural Adjustment*. Nueva York: Cambridge University Press, 2007, p. 3.

²⁵⁸ Ver, entre otros, R. Abouharb y D. Cingranelli. *Human Rights and Structural Adjustment*. Nueva York: Cambridge University Press, 2007; R. Abouharb y D. Cingranelli. «The Human Rights Effects of World Bank Structural Adjustment, 1981–2000», en *International Studies Quarterly*, vol. 50, núm. 3, 2006, pp. 233 - 262; R. Abouharb y D. Cingranelli. «IMF Programs and Human Rights, 1981–2003», en *Review of International Organizations*, vol. 4, 2009, pp. 47 - 72.

²⁵⁹ Cfr. N. Englehart. «State Capacity, State Failure, and Human Rights», en *Journal of Peace Research*, vol. 46, núm. 2, 2009, pp. 163 - 180.

²⁶⁰ Cfr. N. Detraz y D. Peksen. «The Effect of IMF Programs on Women's Economic and Political Rights», en *International Interactions*, vol. 42, 2016, pp. 81 - 105.

²⁶¹ Cfr. R. Barro y J. Lee. «IMF Programs: Who Is Chosen and What Are the Effects?», en *Journal of Monetary Economics*, vol. 52, 2005, pp. 1245 - 1269; C. Brown. «Democracy's Friend or Foe? The Effects of Recent IMF Conditional Lending in Latin America», en *International Political Science Review*, vol. 30, núm. 4, 2009, pp. 431 - 457.

Barro y Lee observan que los préstamos del FMI condicionan las decisiones de política económica general, alineándolas a un proyecto específico: de las opciones de política económica posibles, se fomentan aquellas más próximas a las impulsadas por Estados Unidos de América y los principales países europeos.²⁶² Los resultados de los programas apoyados por el FMI, además de mostrar un desempeño negativo en materia de crecimiento económico del país prestatario, generan efectos negativos en la democracia y el Estado de derecho, incluso empleando en indicadores contruidos con algún sesgo conceptual.²⁶³ A la cuestión sobre las motivaciones de los países prestatarios para acceder a este tipo de financiación, Barro y Lee adelantan varias explicaciones: (i) aunque los préstamos atados a reformas estructurales pueden ser malos para la economía, pueden resultar convenientes desde la perspectiva de las autoridades de turno; (ii) los ingresos aumentan como producto de la operación, lo que en el corto plazo resulta relevante, pese a que PIB real se vea afectado; y, (iii) hay una esperanza de un crecimiento a largo plazo que —justifican los autores— no tiene soporte empírico, al menos, en un horizonte a 5 años.²⁶⁴

En sentido contrario, se sostiene que las restricciones vinculadas con la financiación otorgado por el FMI permite controlar a los regímenes autoritarios frente a sus pretensiones de reprimir a la oposición.²⁶⁵ Aunque es posible admitir que algunos aspectos de los derechos civiles y políticos pueden beneficiarse (siempre limitados a aquello conforme a la política económica de base), esto se produce en contextos en los que los programas de ajuste conducen a profundizar la pobreza, mayor conflicto social y, en general, violación de derechos fundamentales.²⁶⁶

²⁶² Similares a los que se han descrito en el caso de la ayuda externa. Ver, al respecto, J. Svensson. «Foreign aid and rent-seeking», en *Journal of International Economics*, vol. 51, 2000, pp. 437–461; A. Alesina y D. Dollar. «Who gives foreign aid to whom and why?», en *Journal of Economic Growth*, vol. 5, 2000, pp. 33–64; A. Alesina y B. Weder. «Do corrupt governments receive less foreign aid?», en *American Economic Review*, vol. 92, 2002, pp. 1126–1137.

²⁶³ Por ejemplo, para el Estado de derecho, si se emplea el «Índice de Estado de derecho» de The World Justice Project, es necesario aceptar la definición del Estado de derecho por ellos empleada para construir sus indicadores. Ver, al respecto, The World Justice Project. *World Justice Project Índice de Estado de Derecho® 2017–2018*. Washington: WJP, 2018. Del mismo modo y con la misma premisa, es posible aproximarse a una medición de la democracia, según un índice estándar como el provisto por The Economist Unit, que se prepara con indicadores agrupados en cinco categorías: proceso electoral y pluralismo, libertades civiles, funcionamiento del gobierno, participación política y cultura política. Ver, al respecto, The Economist Intelligence Unit. *Democracy Index 2018: Me too? Political participation, protest and democracy* [en línea], [consultado: 11/01/2019]. Disponible: <https://www.eiu.com/topic/democracy-index>. En los dos casos, las definiciones empleadas suelen ser estrechas, en el sentido de que se pone énfasis en aspectos formales y, casi siempre, se excluyen de la medición la organización y acción dirigida a la tutela y promoción de derechos, distintos a las libertades públicas. El índice de la Economist Intelligence Unit se basa en la opinión de que las medidas de democracia que reflejan el estado de las libertades políticas y las libertades civiles no son lo suficientemente gruesas. No abarcan suficientemente o en absoluto algunas características que determinan cuán sustancial es la democracia o su calidad. La libertad es un componente fundamental de la democracia constitucional, pero no la agota.

²⁶⁴ Cfr. R. Barro y J. Lee. «IMF Programs: Who Is Chosen and What Are the Effects?», en *Journal of Monetary Economics*, vol. 52, 2005, pp. 1245–1269.

²⁶⁵ Cfr. S. Nelson y G. Wallace. «Are IMF Lending Programs Good or Bad for Democracy?», en *Review of International Organizations*, vol. 12, 2017, pp. 523–558.

²⁶⁶ Cfr. Abouharb y D. Cingranelli. *Human Rights and Structural Adjustment*. Nueva York: Cambridge University Press, 2007, *passim*.

Por otra parte, las determinaciones sobre el ajuste estructural vinculadas a las operaciones de financiación de este tipo conllevan afectaciones en el nivel de prestaciones públicas que favorecen la tutela y promoción de DESC. El efecto práctico de ello es la movilización social y la inestabilidad institucional que, a su vez, es determinante en la violación de derechos civiles y políticos.²⁶⁷

En síntesis, los programas de ajuste estructural en los países deudores, impulsados por entidades del sistema de las Naciones Unidas y otras de similar naturaleza, no resuelven el problema del endeudamiento público. Por lo contrario, exacerban la deuda y afectan la capacidad de decisión del país afectado. En lo principal, deterioran la situación económica del país deudor y vulneran los derechos de la comunidad.²⁶⁸

En la práctica, para el FMI y el Banco Mundial, los derechos fundamentales no tiene cabida en sus discursos²⁶⁹ o no corresponden a su encargo,²⁷⁰ pese a que de manera explícita se ha señalado la necesidad de que se evalúe los efectos en los derechos humanos de la condicionalidades que se exigen para proveer medios financieros en préstamo.²⁷¹ En efecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha declarado que «tanto los países prestamistas como los países prestatarios que piden préstamos con ciertas condicionalidades deben, ateniéndose a las mencionadas obligaciones que impone el Pacto, llevar a cabo una evaluación de los efectos en los derechos humanos antes de obtener el préstamo, para asegurarse de que las condicionalidades no afectarán desproporcionadamente los derechos económicos, sociales y culturales ni generarán discriminación». El Comité recogió, así, los «Principios rectores sobre la deuda externa y los derechos humanos»²⁷² y los «Principios

²⁶⁷ Cfr. J. Franklin. «IMF Conditionality, Threat Perception, and Political Repression: A Cross-National Analysis», en *Comparative Political Studies*, vol. 30, 1997, pp. 576 - 606; C. Anderson, P. Regan y R. Ostergard. «Political Repression and Public Perceptions of Human Rights», en *Political Research Quarterly*, vol. 55, núm. 2, 2002, pp. 439 - 456; o, J. Walton y D. Seddon. *Free Markets and Food Riots: The Politics of Global Adjustment*. Blackwell, 1994.

²⁶⁸ Cfr. I. Bantekas y C. Lumina (ed.). *Sovereign Debt and Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2018.

²⁶⁹ Cfr. T. Reinold. «The Path of Least Resistance: Mainstreaming “Social Issues” in the International Monetary Fund», en *Global Society*, vol. 31, 2017, pp. 392 - 416.

²⁷⁰ Cfr. G. Capdevila. «IMF Not Taking into Account Human Rights Issues» [en línea], en *Global Policy Forum*, 13 de agosto de 2001, [consulta: 12/11/2018]. Disponible: <https://www.globalpolicy.org/component/content/article/209/42944.html>. En el artículo se lee: «El FMI ha declarado que no está obligado a promover los derechos humanos en todo el mundo, respondiendo a las acusaciones de que la institución ha mostrado indiferencia ante tales principios. Grant B. Taplin, subdirector de la oficina del FMI en Ginebra, declaró ante la Subcomisión de las Naciones Unidas para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos que el Fondo, en sentido estricto, no tiene un mandato para promover los derechos humanos. El FMI tampoco está "obligado por las declaraciones y convenciones de derechos humanos", subrayó Taplin».

²⁷¹ Cfr. [Organización de las Naciones Unidas] Consejo Económico y Social. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Deuda pública, medidas de austeridad y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del 24 de junio de 2016, E/C.12/2016/1.

²⁷² Cfr. [Organización de las Naciones Unidas] Consejo de Derechos Humanos. *Principios rectores sobre la deuda externa y los derechos humanos*, A/HRC/20/23

Rectores sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos»²⁷³ adoptado por el Consejo de Derechos Humanos en 2012.

(e) Las cortes intervienen en el gasto público destinado a la satisfacción de derechos fundamentales: Incidente de Impacto Fiscal en Colombia

Se ha podido observar que los jueces han adoptado una posición activa con respecto a las decisiones de restricción del gasto frente a la protección de derechos fundamentales.

Esta línea de actuación busca ser reprimida por algunos sectores²⁷⁴ y, en cualquier caso, se habilitan mecanismos para evitar efectos gravosos en las finanzas públicas.

Por ejemplo, en Colombia se ha habilitado a nivel constitucional el denominado «Incidente de Impacto Fiscal».²⁷⁵ Cuando una sentencia judicial tiene impacto relevante en las finanzas públicas, el Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, puede promover esta acción, de obligatorio trámite, para que, una vez presentados los argumentos sobre el impacto de las finanzas públicas y un plan sobre el cumplimiento de la decisión, se pueda modular, modificar o diferir la decisión para evitar una afectación de la sostenibilidad fiscal. Se aclara, no obstante, que el mecanismo no podrá implicar ninguna afectación al núcleo esencial de los derechos.

4. Contabilidad pública y transparencia: compromisos firmes y contingentes

(a) ¿Se esconde la deuda pública a través de una APP?

El uso de APP a menudo se asocia con conductas impropias de una gestión pública transparente. Aunque se ha sostenido que, en circunstancias en que existen restricciones presupuestarias hay una preferencia para emplear las APP, esto no estaría motivado por el afán de ocultar la deuda.²⁷⁶

En el sector privado se ha estudiado, desde distintas perspectivas las razones por las que los administradores que gestionan empresas con restricciones financieras para distorsionar la información sobre el desempeño financiero. Las razones pueden ser múltiples: recaudar capital y obtener financiación, aumentar sus retribuciones o evitar que se prescinda del administrador.

En el sector público, las motivaciones pueden ser distintas, pero se ha registrado que también reaccionan frente a las restricciones financieras. Por ejemplo, se ha

²⁷³ Cfr. [Organización de las Naciones Unidas] Consejo de Derechos Humanos. Principios Rectores sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos, A/HRC/21/39

²⁷⁴ A. Castaño. Las cláusulas de disciplina fiscal en las constituciones del Estado social de Derecho. La sostenibilidad fiscal en Colombia y el principio de estabilidad presupuestaria en España. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020.

²⁷⁵ [Colombia] Constitución, art. 334.

²⁷⁶ Cfr. M. Busoa, F. Martyb y P. Tra Tranc. «Public-private partnerships from budget constraints: Looking for debt hiding?», en *International Journal of Industrial Organization*, núm. 57, 2017, pp. 56-84.

sostenido que los gobiernos buscan mantener su nivel de gasto actual mientras reducen la deuda y los déficits progresivamente, con medidas tales como la reducción de la inversión, la privatización, etc. La situación se la ejemplifica con el Pacto de Estabilidad y Crecimiento en la UE que parecería que propició el uso de «trucos fiscales»:²⁷⁷ ajustes de flujo de existencias como cambios anuales en el nivel de deuda o reducción de los activos del gobierno, en ocasiones usando vehículos con propósitos especiales.

Las APP son una herramienta más que ha servido para este propósito de corto plazo, precisamente, a partir de que se pudo transformar un coste de capital financiado en un coste de operación en circunstancias específicas explicadas para las concesiones.

(b) Normas Internacionales de Contabilidad del Sector Público (NICSP) y las APP

(i) Generalidades

La contabilidad pública en relación con una APP se rige por el marco legal aplicable, las estadísticas financieras y las normas de contabilidad.

Las fuentes de información de los eventos con relevancia contable parte, entre otros, de la información contenida en el pliego de bases, el contenido de la oferta, el modelo económico, el contrato, las transacciones financieras y los informes periódicos.

En las NICSP la base contable es por devengado pleno.²⁷⁸ El criterio de racionalidad para emplear esta base está en la idea de equidad intergeneracional, conforme a la cual, se ha de obtener de los contribuyentes los ingresos que financian los servicios que perciben hoy, al tiempo que se comparte los costes y beneficios con las futuras generaciones.

El criterio del devengado pleno, implica que se debe reconocer los ingresos cuando se devengan y no cuando se recibe el efectivo y, en contrapartida, se reconoce el gasto cuando se presta el servicio o se entrega el bien y no cuando el receptor paga el efectivo.

Las NICSP son un estándar internacional.²⁷⁹ De ellas, son especialmente relevantes para las APP la NICSP 17: determinar el valor del activo, NICSP 19: tratamiento de pasivos contingentes y NICSP 32: tratamiento de los acuerdos concesionarios y APP.

Para propósitos de la contabilidad pública, es necesario considerar las diferencias y particularidades de cada contrato de gestión delegada. De estas particularidades se desprenden efectos en los estados financieros, la información estadística, en la deuda pública, y en el presupuesto.

En lo que respecta a los estados financieros, es posible que se requiera la aplicación de otras normas contables vinculadas con los activos fijos, pasivos contingentes (riesgos fiscales) y/o inversiones. En lo que importa al déficit fiscal, como un dato estadístico, aunque en el Manual de Estadísticas de las Finanzas Públicas del FMI, se emplea la NICSP 32, el tratamiento de los pasivos contingentes es distinto. En

²⁷⁷ Cfr. M. Busoa, F. Martyb y P. Tra Tranc. «Public-private partnerships from budget constraints: Looking for debt hiding?», en *International Journal of Industrial Organization*, núm. 57, 2017, pp. 56-84.

²⁷⁸ Frente a esta base contable, están la de efectivo, efectivo modificado y devengado modificado.

²⁷⁹ Para el FMI las NICSP representan las mejores prácticas internacionales.

lo que respecta a la deuda, la estructuración legal define el monto que debe ser registrado como deuda. Finalmente, en lo que respecta al presupuesto, las NICSP no consideran este aspecto, pero en materia de estadística de las finanzas públicas, los pasivos contingentes deben ser estimados, revelados y registrados desde la perspectiva presupuestaria.

Para propósitos contables, los proyectos de APP deben ser considerados desde la perspectiva de la intervención pública en su financiación. De este modo, se pueden considerar, la menos, la siguiente tipología:

- Contratos de gestión delegada en que el total de los recursos financieros para la construcción y el mantenimiento son soportados por la Administración pública, aunque el gestor privado los deba financiar.
- Contratos de gestión delegada autofinanciados, es decir, que dependen enteramente de los ingresos que se obtienen de los usuarios finales (distintos de la Administración pública).
- Contratos en los que no hay inversión de capital del gestor privado y por ello se reducen a la gestión de los flujos operativos según estándares de calidad del servicio suministrado a través de un activo existente.
- Combinación de prestaciones de cada uno de estos contratos.

(ii) *Reconocimiento del activo*

La Administración pública registra el activo como propio y su contrapartida como pasivo, si controla y regula los servicios provistos por el gestor privado, en lo que respecta a su contenido, destinatario y precio, y el activo -aunque sea de su propiedad- debe serle restituído al término del contrato de gestión delegada, incluso si el plazo viene determinado por la vida útil del activo).

El reconocimiento inicial del activo será por su valor razonable, que se lo define como el valor fijado entre partes interesadas y debidamente informadas, en una transacción realizada en condiciones de independencia mutua.

Los términos de un contrato en concesión constituyen una fuente aceptable como valor razonable.

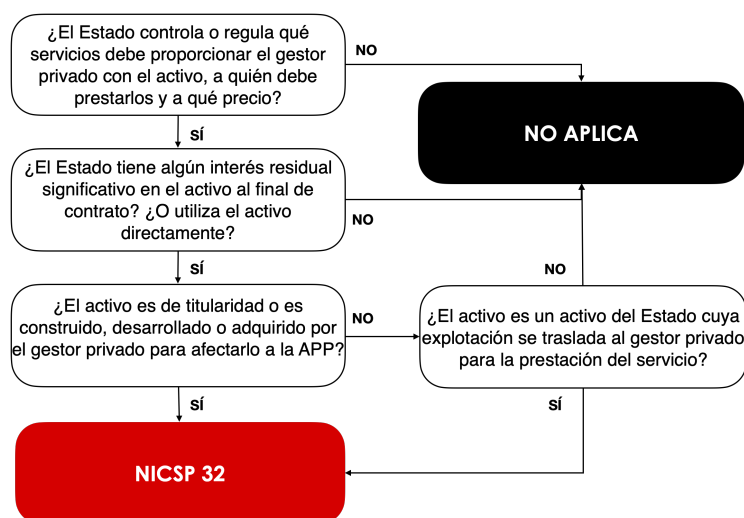
Cuando un activo existente se ajusta a la definición de activo de concesión de servicios, se contabilizarán de acuerdo con la NICSP 17.

Luego del reconocimiento inicial del activo de concesión de servicios, se registra como una clase diferenciada de acuerdo con la NICSP 17.

En un contrato de gestión delegada que incluye el desarrollo de una obra, por ejemplo, para la determinación del valor del activo se deben considerar el total de los gastos actuales de construcción. Con este criterio se incorpora en el coste total también los tributos tipo IVA que resultan aplicables.²⁸⁰

Gráfico 7.2: Esquema para la aplicación de la NICSP 32

²⁸⁰ Por ejemplo, el proyecto paraguayo «RutaVial 2 y 7», del coste total estimado de construcción (430 millones de dólares), aproximadamente 33,4 millones dólares corresponden a IVA, esto es, 7,8 % del presupuesto de construcción.



- El Estado reconoce un activo o reclasifica un elemento de propiedades, planta y equipo, un activo intangible o un activo arrendado como un activo de concesión de servicios.
- El Estado da cuenta del activo como propiedad, planta y equipo o un activo intangible de acuerdo con la NICSP 17 o la NICSP 31, según corresponda.
- El Estado reconoce un pasivo relacionado igual al valor del activo, siguiendo las NICSP 9, NICSP 28, NICSP 29 y NICSP 30.
- El Estado reconoce ingresos y gastos relacionados con el activo.
- El Estado sigue las normas sobre depreciación tal como se establece en las NICSP 21 y NICSP 26.

Fuente: International Public Sector Accounting Standards Board (IPSASB). *IPSAS 32—Service Concession Arrangements: Grantor*. Nueva York: IPSASB, 2013, p. 1497.

(iii) Registro de pasivos

Si la Administración pública tiene la obligación incondicional de pagar efectivo u otro activo financiero al gestor privado por el activo, es decir, adquiere compromisos firmes, el registro sería considerado como un pasivo financiero.

Por otra parte, cuando el gestor privado obtiene sus ingresos en el contexto de un proyecto APP autofinanciado, esto es, con el pago de las contraprestaciones debidas por los servicios suministrados a través del activo, el pasivo se considera una «concesión del derecho de uso al operador». Cuando se reconoce un activo de concesión de servicios, se requiere también el reconocimiento del correlativo pasivo por el mismo valor del activo. Todos los activos existentes de la Administración pública se reclasifican como activos de servicios.

La naturaleza del pasivo, como financiero o no financiero (operativo) depende de la naturaleza de la contraprestación debida entre la Administración y el gestor privado.

Hay un pasivo financiero, cuando la Administración pública se obliga incondicionalmente a pagar: (i) importes especificados o determinables; o, (ii) la diferencia entre los importes recibidos por el gestor privado de los usuarios finales del servicio y los valores específicos o determinables pagados por la Administración pública, incluso si tales valores están sujetos a indicadores de cumplimiento de los objetivos del proyecto APP (disponibilidad o niveles de servicio, por ejemplo).

Los pagos al gestor privado reducen el pasivo y afectan la carga financiera y las obligaciones por los servicios prestados por el gestor privado.

Conviene señalar que el registro del pasivo, en cualquiera de estos dos modelos de contrato, el impacto contable en el déficit fiscal es el mismo de acuerdo con las NICSP.

Considérese como ejemplo, un proyecto vial que exige una inversión de 100 um, por un plazo de 10 años, con el compromiso firme de pagar cada año con cargo al presupuesto público la suma de 10 um imputable al coste de construcción y 5 um atribuibles al coste de mantenimiento anual. La tasa de interés sería de 10 % anual. En adelante, sea este el «Proyecto A» que corresponde a la tipología de contratos de gestión delegada en que el total de los recursos financieros para la construcción y el mantenimiento son soportados por la Administración pública, aunque el gestor privado los deba financiar. En la realidad, los compromisos firmes que asume la Administración pública pueden variar en su monto en razón de indicadores vinculados, por ejemplo, con la disponibilidad del activo o la frecuentación.

Además del registro de la depreciación (NICSP 17), los pagos anuales con cargo al presupuesto público se registrarían, con el modelo de pasivo financiero, conforme se describe en el Recuadro 7.2.

Recuadro 7.2: Registro en las cuentas públicas de la inversión en la fase de construcción de un proyecto de APP. Modelo con pasivo financiero

En el modelo de pasivo financiero, la Administración asume la obligación incondicional de pagar efectivo u otro activo financiero al gestor privado por la obra objeto del proyecto.

Para propósitos de este ejemplo, asuma que el monto de inversión del proyecto es de 100 u.m.; el contrato tiene vigencia por 10 años, la Administración asume compromisos en firme por un monto anual de 26,27 u.m., que incluye 10 u.m. por mantenimiento y 16,27 entre intereses (10 % anual) y la amortización del capital.

Se registran los costes de construcción del primer año como un activo de concesión y pasivo correspondiente:

CUESTA		CANTIDAD	
Débito	Crédito	Débito	Crédito
Vías concesionadas		100	
	Obligaciones por proyectos concesionados		100

La inversión implica un gasto público financiado íntegramente por el gestor privado. No existe brecha de financiación, pero la inversión es una gasto del que se desprende déficit. Los efectos fiscales del registro de la inversión se pueden apreciar en la siguiente tabla:

DESCRIPCIÓN	MONTO
Ingresos	0
Gastos	100
Déficit fiscal	100
Financiamiento	100
Crédito externo	0
Crédito interno	100
Financiamiento por APP	100
Brecha	0

Fuente: Elaboración propia con base en L. Fleming, «Aplicación de las normas internacionales de contabilidad del sector público (NICSP) en alianzas público privadas (APP)», Talleres de contabilidad de las APP, Asunción, febrero de 2017.

Considérese el Proyecto A, con las siguientes variaciones: (a) el ingreso por peaje anual asciende a 10 um; y, (b) la Administración pública ha garantizado un ingreso mínimo (IMG) de 8 um. En el caso de un proyecto autofinanciado con un compromiso contingente de la naturaleza señalada, los registros se practicarían como se describe en el recuadro 7.3 siguiente:

Recuadro 7.3: Registro en las cuentas públicas de los gastos periódicos en la fase de explotación de un proyecto de APP. Modelo de pasivo financiero

El caso que tratamos corresponde al formulado en el recuadro núm. 10.1. De acuerdo con el ejemplo, la Administración debe restituir al gestor privado el monto de 100 u.m. por la inversión en una vía. Se había definido una tasa de interés del 10 % y un pago fijo de mantenimiento anual por 10 u.m.

La siguiente tabla de amortización refleja los pagos periódicos a cargo de la Administración:

AÑOS	INTERESES	AMORTIZACIÓN	PAGO TOTAL	SALDO PENDIENTE
1	10,00	6,27	16,27	93,73
2	9,37	6,90	16,27	86,82
3	8,68	7,59	16,27	79,23
4	7,92	8,35	16,27	70,88
5	7,09	9,19	16,27	61,69
6	6,17	10,11	16,27	51,59
7	5,16	11,12	16,27	40,47
8	4,05	12,23	16,27	28,25
9	2,82	13,45	16,27	14,80
10	1,48	14,80	16,27	0,00

Según los datos del caso formulado, corresponde el registro de 10 u.m. en la cuenta “mantenimiento vial”, los intereses devengados en el primer año y la amortización del capital prevista para el mismo año. Conviene reiterar que en este supuesto el pagador es la Administración:

CUENTA		CANTIDAD	
Débito	Crédito	Débito	Crédito
Mantenimiento vial		10	
Intereses		10	
Obligaciones por proyectos concesionados		6,27	
	Tesorería (cuenta única)		26,27

Desde la perspectiva del déficit, los intereses y el mantenimiento son gastos que lo afectan. El primer año de operación implica gastos de 20 u.m. Por otra parte, se registra la amortización de la obligación por “debajo de la línea”. El déficit derivado del gasto asumido como compromiso firme por parte de la Administración y el pago con cargo al capital, implica que la Administración necesita efectivo para ese periodo por un monto de 26,27 u.m.

DESCRIPCIÓN	MONTO
Ingresos	0
Gastos	20
Interés	10
Mantenimiento	10
Déficit fiscal	-20
Financiamiento	-6,27
Crédito externo	0
Crédito interno	-6,27
Amortización	-6,27
Necesidades de efectivo	-26,27

Conviene señalar que el ejemplo asume que los pagos que realiza la Administración no están sujetos a variaciones en función de los indicadores y niveles de servicio. En realidad el ejercicio se

presenta de tal modo, porque cualquier variación que afecte el ingreso del gestor privado es irrelevante en el esquema de pasivo financiero.

Fuente: Elaboración propia con base en L. Fleming, «Aplicación de las normas internacionales de contabilidad del sector público (NICSP) en alianzas público privadas (APP)», Talleres de contabilidad de las APP, Asunción, febrero de 2017.

Recuadro 7.4: Registro en las cuentas públicas de los gastos periódicos en la fase de explotación de un proyecto de APP. Modelo de pasivo financiero

De acuerdo con el ejemplo, el gestor privado invirtió el monto de 100 u.m. para la construcción de una vía. Se había definido que recuperaría su inversión mediante el cobro del peaje por el uso de la infraestructura y la Administración no asumió compromiso firme alguno.

Según los datos del caso, corresponde el registro del peaje cobrado con cargo a la cuenta de ingresos cobrados por adelantado en 10 u.m. correspondiente a la amortización lineal de la inversión:

CUENTA		CANTIDAD	
Débito	Crédito	Débito	Crédito
Ingresos cobrados por adelantado		10	
	Peaje cobrado		10

Desde la perspectiva del déficit, el monto que correspondería al peaje no afecta al gasto público y permite que la financiación a través de la modalidad se amortice en la proporción que corresponde al periodo de registro:

DESCRIPCIÓN	MONTO
Ingresos	10
Gastos	0
Interés	0
Mantenimiento	0
Déficit fiscal	10
Financiamiento	-10
Crédito externo	0
Crédito interno	-10
Financiamiento por APP	-10
Necesidades de efectivo	0

También se requiere registrar la depreciación anual con la aplicación de la NICSP 17.

En caso de que no se alcance el ingreso mínimo y la Administración deba pagar por efecto del compromiso contingente asumido, la diferencia se registrará como gasto afectando el déficit y generando una necesidad de efectivo. En todo lo demás, el esquema es igual.

Fuente: Elaboración propia con base en L. Fleming, «Aplicación de las normas internacionales de contabilidad del sector público (NICSP) en alianzas público privadas (APP)», Talleres de contabilidad de las APP, Asunción, febrero de 2017.

En lo que corresponde al registro de la fuente de repago de la inversión que tiene origen en los usuarios, sin que se haya producido la necesidad de activar el pasivo contingente correspondiente al ingreso mínimo garantizado, los registros serían como aparece en el recuadro 7.4

(iv) Registro de operaciones contingentes

La NICSP 19, párrafos 20, 35-38, prevé que los pasivos contingentes no requieren un registro contable, pero en la medida en que existe la posibilidad de que deba desembolsarse recursos financieros, se requiere la revelación de este tipo de pasivos en notas a los estados financieros.

En lo que corresponde al crédito público es necesario registrar la deuda y por lo que respecta a las tareas de planificación fiscal, es necesario identificar, valorar, revelar y registrar los riesgos fiscales que se desprenden de los proyectos de APP.

Recuadro 7.5: Registro en las cuentas públicas de los gastos periódicos en la fase de explotación de un proyecto de APP. Modelo de pasivo financiero

El caso que tratamos corresponde al formulado en el recuadro núm. 10.3. De acuerdo con el ejemplo, el gestor privado invirtió el monto de 100 u.m. para la construcción de una vía. Se había definido que recuperaría su inversión mediante el cobro del peaje por el uso de la infraestructura y la Administración no asumió compromiso firme alguno.

Según los datos del caso, corresponde el registro del peaje cobrado con cargo a la cuenta de ingresos cobrados por adelantado en 10 u.m. correspondiente a la amortización lineal de la inversión:

CUENTA		CANTIDAD	
Débito	Crédito	Débito	Crédito
Ingresos cobrados por adelantado		10	
	Peaje cobrado		10

Desde la perspectiva del déficit, el monto que correspondería al peaje no afecta al gasto público y permite que la financiación a través de la modalidad se amortice en la proporción que corresponde al periodo de registro:

DESCRIPCIÓN	MONTO
Ingresos	10
Gastos	0
Interés	0
Mantenimiento	0
Déficit fiscal	10
Financiamiento	-10
Crédito externo	0
Crédito interno	-10
Financiamiento por APP	-10
Necesidades de efectivo	0

También se requiere registrar la depreciación anual con la aplicación de la NICSP 17.

En caso de que no se alcance el ingreso mínimo y la Administración deba pagar por efecto del compromiso contingente asumido, la diferencia se registrará como gasto afectando el déficit y, generando una necesidad de efectivo. En todo lo demás, el esquema es igual.

Fuente: Elaboración propia con base en L. Fleming, «Aplicación de las normas internacionales de contabilidad del sector público (NICSP) en alianzas público privadas (APP)», Talleres de contabilidad de las APP, Asunción, febrero de 2017.

Estos riesgos, como queda señalado, pueden ser: riesgo de construcción, demanda, disponibilidad, de sobre costes, prediales y de terminación o caducidad y tipo de cambio. En materia presupuestaria, se debe incorporar cualquier contingente que se active en determinado año.

Al invitar a la participación privada en el desarrollo de infraestructura y la provisión de servicios, las APP podrían ayudar a mejorar los servicios públicos.²⁸¹ Sin

²⁸¹ Engel, Fischer y Galetovic, desde el ámbito de la economía, proponen los criterios con los que se podría calificar una APP como óptima, en el marco de la comparación entre la provisión de

embargo, se necesitan instituciones de gobernanza sólidas para gestionar los riesgos y evitar costes inesperados de las APP. Si bien a corto plazo, las APP pueden parecer más baratas que la inversión pública tradicional, con el tiempo pueden resultar más caras y socavar la sostenibilidad fiscal, especialmente cuando los gobiernos ignoran o desconocen sus costes diferidos y los riesgos fiscales asociados. Para usar las APP con prudencia, los gobiernos deberían (1) desarrollar e implementar reglas claras para su uso; (2) identificar, cuantificar y divulgar los riesgos de APP y los costes esperados; y (3) reformar el presupuesto y los marcos de contabilidad del gobierno para capturar todos los costes fiscales de manera integral.²⁸²

(c) Tratamiento de los compromisos firmes y contingentes asumidos por el Estado en contratos APP en el presupuesto y las cuentas públicas

(i) Registro de los pagos a cargo de la Administración: el caso español

En España se ha discutido la manera en que debe ser registrada en las cuentas públicas una operación en la que los ingresos del proyecto dependen de los pagos que el Estado realiza.

En este sentido, se presentaron dos alternativas posibles. La operación debería ser tratada como un *arrendamiento financiero* si es la Administración quien asume la mayor parte de los riesgos derivados de la propiedad y recibe la mayor parte de los beneficios. El efecto de esta determinación consiste en que el Estado debería registrar el activo en sus cuentas desde la fecha de suscripción del contrato y registrar como contrapartida la deuda derivada. Por el contrario, si es la empresa privada la que retiene la mayoría de riesgos y beneficios de la propiedad, la operación debería ser tratada como un arrendamiento operativo y, en tal caso, en las cuentas públicas únicamente quedarán registrados los gastos periódicos que la Administración debe efectuar durante la fase de explotación del proyecto. Al término del contrato, el activo ingresa a las cuentas públicas contra un registro en el patrimonio.

Este debate ha perdido importancia desde el momento en que Eurostat determinó los efectos en las cuentas públicas de un contrato APP, calificando como tal a aquel en que la empresa privada asume el riesgo de construcción y, al menos, uno de los riesgos de demanda o disponibilidad.²⁸³ Si el contrato es una APP, entonces el activo no ingresa a las cuentas públicas y los pagos periódicos se atribuyen a servicios y se registran como gasto, según el caso, desde el momento en que se devengan. En sentido contrario, si el activo ingresa a las cuentas públicas, se registra en contrapartida el pasivo que se paga en función de las prestaciones estipuladas en el contrato.

infraestructura por el sector público o la privatización. Cfr. E. Engel, R. Fischer y A. Galetovic. «The basic public finance of public-private partnerships», en *Journal of the European Economic Association*, vol. 11, núm. 1, 2013, pp. 83-111.

²⁸² T. Irwin, S. Mazraani y S. Sandeep. *How to control the costs of public-private partnerships*. Washington: FMI [Fiscal Affairs Department], 2018 [núm. 18/04].

²⁸³ Cfr. A. Juan y J. Rodríguez. *La colaboración público-privada en la financiación de las infraestructuras y servicios públicos: una aproximación desde los principios jurídico-financieros*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2006, p. 53.

Conviene señalar, sin embargo, desde una perspectiva puramente jurídica, que el registro del activo en las cuentas públicas dependerá de las estipulaciones contractuales y el tipo de obra y servicio que se encarga a la empresa privada en el contexto de una APP. Por ejemplo, en un contrato en el que la propiedad formal del activo se traslada al sector público desde la fecha de conclusión de la obra, aunque el gestor privado retenga la que se suele denominar «propiedad económica» el criterio que se emplea para los registros de las transacciones en un arrendamiento financiero, en la tradición angloamericana, parece la adecuada.

(ii) *Caso Colombia: inversiones que no son deuda*

No obstante, la consistencia de las decisiones normativas que se agregan al sistema jurídico, aunque sea esperada, no siempre se concreta. Por ejemplo, en Colombia, bajo la denominación de «vigencias futuras», se registran y autorizan los compromisos firmes asumidos por el Estado por periodos mayores al ejercicio fiscal al que corresponde la suscripción del correspondiente contrato APP. Las vigencias futuras colombianas se presupuestan como gastos de inversión y, legalmente, no se consideran operaciones de crédito público.²⁸⁴

(iii) *Caso México: autorización en el presupuesto público para asumir compromisos futuros*

En México, se ha dispuesto que en la proforma presupuestaria se debe incluir la evaluación del impacto de los proyectos de APP en las finanzas públicas durante su ciclo de vida y reportar trimestralmente el impacto de la implementación de los proyectos de APP en la economía, las finanzas públicas y la deuda pública, con la descripción de cada uno de los proyectos autorizados, los montos erogados o la estimación y proyección de los que se tiene que erogar, el avance en la ejecución y el monto y calendario de pago de los compromisos asumidos.²⁸⁵

Sujetos al régimen general en materia presupuestaria y de responsabilidad fiscal, el gasto público correspondiente a los compromisos plurianuales proyectados o asumidos en contratos APP se deben ajustar a las «posibilidades agregadas de gasto y de financiación del sector público federal»,²⁸⁶ para lo que se prescribe, dentro del procedimiento de preparación del presupuesto anual, un informe que contenga la estimación preliminar de los montos máximos anuales de inversión para tales proyecto, que le permita al órgano competente «determinar la prelación y su inclusión en un capítulo específico del proyecto de Presupuesto de Egresos, así como su orden de ejecución, considerando, en el marco del sistema de planeación democrática del desarrollo nacional, la congruencia con el Plan Nacional de Desarrollo y el programa sectorial, institucional, regional o especial, de acuerdo a lo determinado por la dependencia o entidad correspondiente».²⁸⁷ Le corresponde a la Comisión Intersecretarial de Gasto Público, Financiación y Desincorporación el análisis y autorización de los proyectos APP que impliquen compromisos futuros del presupuesto público.

²⁸⁴ [Colombia] Ley APP colombiana, art. 26.

²⁸⁵ [México] Ley APP mexicana, art. 14.

²⁸⁶ [México] Ley APP mexicana, art. 24.

²⁸⁷ [México] Ley APP mexicana, art. 24.

Como corolario, la autorización de los compromisos futuros del Estado, derivados de proyectos APP, debe ser aprobado por la Cámara de Diputados, a través del Presupuesto de Egresos de cada ejercicio, que debe contener un capítulo específico y por sector, todos los compromisos plurianuales de gasto. No se puede contratar y ejecutar un proyecto APP que no tenga esta base presupuestaria. Adicionalmente, la Administración debe informar trimestralmente al Legislativo toda la información prospectiva y de avance de los proyectos de APP.

(iv) *Registro de compromisos firmes y contingentes en Uruguay*

Para concluir el tratamiento de los datos normativos con los que busco demostrar los conceptos planteados, revisemos brevemente el tratamiento legislativo en Uruguay. De conformidad con el art. 4, letra h, de la Ley APP uruguaya, los compromisos financieros asumidos por el Estado en proyectos de APP deben ajustarse a la programación financiera del Estado, en un marco de responsabilidad fiscal y de rendición de cuentas. Con base en este principio, en Uruguay se hace depender el tratamiento de estos compromisos en las cuentas públicas de la importancia de los riesgos comerciales transferidos al gestor privado.²⁸⁸ Se entiende que hay transferencia significativa de riesgos cuando los pagos a cargo de la Administración dependen de la disponibilidad y calidad del servicio o de la demanda. La determinación de esta circunstancia se realiza con ocasión de la revisión de la distribución de riesgos que les corresponde realizar, mediante informe, a los órganos del Estado responsables de la planificación sustancial (Oficiala de Planeamiento y Presupuesto) y de la economía y finanzas (Ministerio de Economía y Finanzas) al momento en que, de manera coordinada, deben evaluar los estudios y bases de contratación preparados por la Administración delegante, en lo que corresponde al impacto social y económico del proyecto, los aspectos presupuestarios, la viabilidad económica - financiera y los beneficios de la modalidad adoptar esta modalidad de contratación.²⁸⁹

Cuando se transfiere el riesgo al gestor privado, los compromisos asumidos por el Estado para financiar la inversión deben constar en el presupuesto del ejercicio en el que se deben ejecutar dentro de las partidas de inversión. Por el contrario, si la transferencia de riesgo no es significativa, la Ley APP uruguaya dispone que el componente de la inversión sea considerado como gasto presupuestario, conforme la inversión se devengue y los pagos diferidos serán considerados como un pasivo.

En Uruguay, aunque se exige un registro de los compromisos firmes y contingentes derivados de los contratos de APP —obligación a cargo de la Contaduría General de la Nación—, para gestionar obligaciones de transparencia y rendición de cuentas, los importes no integran la deuda pública.

(v) *El tratamiento como deuda de los compromisos asumidos por el Estado en contratos APP: caso de El Salvador*

En el caso de El Salvador²⁹⁰ los compromisos firmes asumidos por el Estado, del mismo modo que los ingresos no tributarios del Estado originados en proyectos APP, se deben hacer constar en las proformas presupuestarias a cargo de cada Administración

²⁸⁸ [Uruguay] Ley APP uruguaya, art. 60.

²⁸⁹ [Uruguay] Ley APP uruguaya, art. 18

²⁹⁰ [El Salvador] Ley APP salvadoreña, art. 20.

delegante. El tratamiento que se dispone a los compromisos fiscales plurianuales en los proyectos de APP es directamente de «deuda pública» para propósitos de las cuentas públicas.

(vi) *Manejo presupuestario en Perú*

En el Perú, los compromisos netos de ingresos y gastos, derivados directa o indirectamente de contratos APP se financian con cargo a las asignaciones presupuestarias otorgadas a las Administraciones responsables de cada proyecto APP, dentro de los límites de gasto fijados en el Marco Macroeconómico Multianual,²⁹¹ de acuerdo con la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto.²⁹²

(d) Las APP requieren ser tratadas como una modalidad de gestión excepcional: su utilidad no puede estar justificada en razones puramente financieras

Los problemas en la implementación del proyecto se producen porque en los contratos de gestión delegada, necesariamente incompletos, no es posible anticipar todos los eventos y su ajuste en cada momento. Estos espacios carentes de soluciones anticipadas —e incluso con un régimen impreciso— son propicios para que se produzcan abusos o alguna de las partes se coloque en una posición de ventaja, como cuando por razones de hecho, la Administración delegada no puede adoptar medidas que impliquen el deterioro del servicio prestado.

Las APP no representan esquemas sencillos de gestión de la actividad pública, por lo que su uso exclusivamente para sortear dificultades financieras, no es lo más recomendable. Hacerlo mal, puede traducirse en mayores costes sociales, menos servicios o de peor calidad. Un modelo ideal que sirva de referencia no existe y, pese a la abundancia de los trabajos realizados, todavía se encuentra en construcción.²⁹³ En la mayor parte de los casos, se hacen evaluaciones cualitativas en las que es posible integrar especificaciones de variada índole. Así, se señala que el éxito de la modalidad depende de un entorno «propicio, eficiente, coherente, creíble y transparente», que brinde confianza y estabilidad a las inversiones. Necesitan desarrollarse dentro de marcos institucionales fuertes, tanto en lo que respecta a la organización de la Administración, como en lo que se refiere al régimen aplicable que incluye procesos bien definidos y estructurados, especialización en el desarrollo de los estudios y evaluaciones pertinentes, integración en los sistemas de inversión pública y en la planificación y gestión financiera pública.²⁹⁴

²⁹¹ [Perú] Ley APP peruana, arts. 24.2 y 24.3

²⁹² [Perú] Ley N.º 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto.

²⁹³ Cfr. Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa, UNECE. «Introducción a las Asociaciones Público-Privadas en apoyo a los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas», ECE/CECI/2019/6,(21/01/2019). En el mismo sentido, R. Sánchez y P. Chauvet. *Contratos de concesión de infraestructura. Incompletitud, obstáculos y efectos sobre la competencia*. Santiago: CEPAL, 2019, [Serie Comercio Internacional núm. 150].

²⁹⁴ Ver J. L. Guasch. *Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions Doing it Right*. Washington: BM, 2004 [WBI Development Studies]; J. L. Guasch, J. J. Laffont y S. Staub. «Renegotiation of Concession

(e) Financiación privada y deuda pública

Para algunos no hay duda en que la financiación privada que se consigue a través del empleo de la modalidad de APP para la implementación de un proyecto público significa materialmente «deuda pública» porque como cualquier otra facilidad financiera debe ser reembolsada.²⁹⁵ De modo que, aunque formalmente no se construya la modalidad de financiación como una operación de endeudamiento público, lo cierto es que la Administración pública debe considerar las APP en el marco de su planificación sobre sostenibilidad fiscal y gestión de los riesgos fiscales.

Desde la dimensión temporal de la equidad, la modalidad APP se debería emplear únicamente en los casos en que es posible justificar que tiene menor impacto en los presupuestos públicos actuales o futuros en comparación con otras modalidades de gestión o financiación de la actividad pública. En la misma dimensión, considerando el impacto que los contratos de gestión delegada tiene en los presupuestos públicos y las restricciones que producen en la capacidad de decisión sobre la prioridad del gasto en el futuro, es fundamental determinar la fuente de repago al gestor privado, de modo tal que las previsiones financieras, tanto en lo que corresponde a los compromisos firmes como a los contingentes, se ajusten a la realidad.

(f) Restricciones en la intervención del Estado como financiador: riesgo y ventura del gestor privado y reglas fiscales sobre compromisos firmes y contingentes

(i) Riesgo y ventura del gestor privado: distribución de riesgos

Las aportaciones que el Estado puede realizar para la financiación del proyecto de APP tienen como necesario límite el riesgo y ventura del gestor privado; es decir, ninguno esquema de financiación del proyecto puede implicar una garantía de rentabilidad.

Los riesgos trasladados al gestor privado deben ser reales, por lo que una APP no se puede explicar si el Estado absorbe, a través de sus aportaciones, los riesgos propios de las actividades encomendadas al gestor privado.

En la LCSP española se lee que «la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista».²⁹⁶ En armonía con esta regla general en materia de contratación pública, el art. 254 *ibidem* reitera este concepto para el caso de los concesionarios y agrega de modo específico que al concesionario le corresponde el riesgo operacional de la concesión, salvo respecto de aquella porción de la obra que haya sido ejecutada por la Administración como parte de sus aportaciones para la implementación del proyecto y por los eventos de fuerza mayor.

Contracts in Latin America. Evidence from the Water and Transport Sectors», en *International Journal of Industrial Organization*, vol. 26, 2008, pp. 421-442.

²⁹⁵ Cfr. R. Sánchez y J. Lardé. «Las Asociaciones Público Privadas bajo la mirada de “Primero las personas”», en *Facilitación, Comercio y Logística en América Latina y el Caribe*, [boletín 383], núm. 7, 2020, pp. 1-15.

²⁹⁶ [España] LCSP, art. 197.

Como lo he indicado ya, el riesgo operacional caracteriza el contrato de concesión español; este puede ser un riesgo de demanda, de suministro o ambos.²⁹⁷ Hay efectivamente un transferencia de este riesgo, cuando durante la fase de explotación existe incertidumbre (dentro del cálculo empresarial) sobre si será posible recuperar las inversiones realizadas en la infraestructura o los costes en que ha incurridos a partir de los ingresos variables del proyecto de APP.

Por otra parte, el régimen de la fuerza mayor permite ajustar el modelo financiero (con el propósito de indemnizar al concesionario) o de resolver el contrato, en cuyo caso, la Administración responde por el total de las obras ejecutadas y los costes mayores originados en el endeudamiento con terceros.²⁹⁸

Son eventos de fuerza mayor²⁹⁹ (i) los incendios causados por la electricidad atmosférica; (ii) los fenómenos naturales de efectos catastróficos (maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes); y, (iii) los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.

El mismo criterio de que no es posible asegurar el éxito del proyecto, entendido como rentabilidad a favor del gestor privado, aparece como límite general en todo contrato APP en el ámbito hispanoamericano.

En Perú, el art. 4.2 de su Ley APP incluye como principio general el de «adecuada distribución de riesgos» que implica la necesidad de atribuirlos a la parte que mejor capacidad tenga para gestionarlos.³⁰⁰ Por esta razón, las modificaciones contractuales únicamente pueden realizarse si se mantiene el equilibrio económico financiero y las condiciones de competencia del procedimiento de contratación.³⁰¹

La relación que tiene la distribución de los riesgos y la situación del gestor privado con respecto a sus expectativas, también aparece en el régimen de República Dominicana: allí se prohibió la modificación del esquema de distribución de riesgos originalmente previsto en el contrato APP.³⁰²

En Uruguay la prohibición es explícita: «En ningún caso se podrá asegurar contractualmente niveles mínimos de rentabilidad del proyecto».³⁰³

(ii) *Regla fiscal sobre compromisos firmes y contingentes*

Por otra parte, en Hispanoamérica se han introducido reglas fiscales particulares como límites a los compromisos firmes y contingentes que se pueden asumir con ocasión de los programas APP. El régimen está vinculado con el efecto que tiene en la sostenibilidad fiscal.

El límites de los compromisos firmes y contingentes que El Salvador puede asumir por efecto de contratos de APP no puede superar el 3 % del PBI correspondiente al año inmediatamente anterior.³⁰⁴ Los compromisos firmes y contingentes que asume

²⁹⁷ [España] LCSP, art. 14.1.

²⁹⁸ [España] LCSP, arts. 239 y 254.2.

²⁹⁹ [España] LCSP, art. 239.2

³⁰⁰ Además, la distribución de riesgos y recursos aparece como una nota característica de toda APP. [Perú] Ley APP peruana, art. 20.3.

³⁰¹ [Perú] Ley de Contratos del Sector Público, art. 55.1.

³⁰² [República Dominicana] Ley APP de República Dominicana, art. 77.

³⁰³ [Uruguay] Ley APP uruguaya, art. 6.

³⁰⁴ [El Salvador] Ley APP salvadoreña, art. 20.

El Salvador en aplicación del régimen de APP exige sujeción a normas de valoración y registro a cargo del Ministerio de Hacienda y a la evaluación independiente trianual de los compromisos contingentes, dispuesto por PROESA.³⁰⁵

En República Dominicana este límite, también del 3 % sobre el producto interno bruto, se la hace sobre su estimación en el ejercicio corriente en el que se suscribe el contrato APP (que corresponde al concepto empleado par el presupuesto), por el valor presente neto del total de compromisos firmes y contingentes. El porcentaje puede ser revisado cada tres años, a través de la ley de presupuesto del sector público.³⁰⁶

En Uruguay se estableció que a partir del año 2011 y hasta que no se aprueba una nueva ley, el total de los compromisos firmes y contingentes que el Estado puede adquirir por concepto de contratos de APP, calculados a valor presente, no puede exceder del 7 % del producto interno bruto del año inmediato anterior; y, los compromisos corrientes (los que corresponden a cada ejercicio) no pueden exceder del 5 % (cinco or mil) del producto interno bruto del año inmediatamente anterior.³⁰⁷

La información concerniente a las reglas fiscales específicas en materia de compromisos firmes y contingentes vinculados con proyectos de APP se deben informar anualmente ala Asamblea, junto con el resumen de la información del «Registro de Proyectos de Participación Público-Privada» a cargo del Ministerio de Economía y Finanzas.³⁰⁸

En el Perú, el agregado de los compromisos firmes y contingentes cuantificables derivados de los contratos APP, calculados a valor presente, no pueden superar el 12 % del producto interno bruto,³⁰⁹ aunque el límite puede ser revisado cada tres años por el Ministerio de Economía y Finanzas enuncian del impacto en la sostenibilidad fiscal.³¹⁰

(g) Metodología de cálculo de riesgos fiscales en el contexto de una APP: el *PPP Fiscal Risk Assessment Model* del BM y el FMI

El *PPP Fiscal Risk Assessment Model* («PFRAM»)³¹¹ es una herramienta desarrollada por el FMI y el BM que tiene como objetivo evaluar los posibles costes y riesgos fiscales derivados de los proyectos de APP.

³⁰⁵ [El Salvador] Ley APP salvadoreña, art. 20.

³⁰⁶ [República Dominicana] Ley APP de la República Dominicana, art. 55.

³⁰⁷ [Uruguay] Ley APP uruguaya, art. 62 («A los efectos del control del tope establecido, los pasivos firmes o contingentes contraídos en moneda distinta al dólar de los Estados Unidos de América, serán valuados al tipo de cambio interbancario vendedor vigente al cierre del último día hábil del ejercicio precedente para los contraídos con anterioridad a dicha fecha, y al tipo de cambio interbancario vendedor vigente al momento de su contratación si esta hubiera ocurrido en el mismo ejercicio. Igual criterio se utilizará cuando se trate de unidades indexadas, a partir de los arbitrajes definidos por el Banco Central del Uruguay»).

³⁰⁸ [Uruguay] Ley APP uruguaya, arts. 14 y 62.

³⁰⁹ [Perú] Ley APP peruana, art. 27.

³¹⁰ Al Ministerio de Economía y Finanzas le corresponde también establecer los criterios para el cáclucolo de los compromisos firmes y contingentes, gasto disponible y pasivos as er asumidos por las entidades públicas responsables de los proyectos APP. [Perú] Ley APP peruana, art. 27.3.

³¹¹ Ver FMI y BM. *PPP Fiscal Risk Assessment Model* [en línea], [consulta: 30/01/2020]. Disponible: <https://library.pppknowledge.org/documents/5783/download>. PFRAM 2.0

Los organismos multilaterales han considerado que, en muchos casos, la modalidad de gestión de un proyecto de inversión pública ha sido elegida para eludir las restricciones presupuestarias y postergar el registro en las cuentas públicas de los costes derivados de la modalidad de financiación empleada. Entiende que la elección debía basarse en criterios de eficiencia.

El efecto de esta situación ha sido que los proyectos APP no podían financiarse con presupuestario o generaban desvíos en la sostenibilidad de las finanzas públicas. Por esta razón, desde 2016 está disponible esta herramienta analítica que permite determinar las implicaciones macrofiscales de los proyectos de APP, identificar los riesgos asumidos por la Administración y definir las medidas de gestión de tales riesgos para adoptar medidas de mitigación.

En su segunda versión, mejorada, PFRAM requiere la compilación de información de la cartera de proyectos APP y evaluarla siguiendo un proceso escalonado:

- Identificación del presupuesto público afectado a partir de la entidad delegante. Esto se debe a que el impacto de los principales indicadores fiscales —déficit y deuda— depende de la responsabilidad de quien está a cargo de los compromisos firmes o contingentes asumidos, en función del nivel de gobierno y la autonomía financiera que tiene la Administración delegante.
- Determinación del sujeto que controla el activo y la forma de control.
- La fuente de ingresos del proyecto o, en definitiva, quién soporta el coste del activo. El PFRAM se alinea a cuanto hemos tratado sobre quien realiza el pago: la Administración con cargo al presupuesto público, el usuario del servicio asociado al proyecto o una combinación de las dos fuentes.
- Especificación del soporte que la Administración otorga al gestor privado, en forma de compromiso firme o contingente. Se incluye en este rubro los beneficios de naturaleza tributaria que se hayan establecido.
- La identificación y valoración del impacto de los riesgos distribuidos en el contrato a nivel macrofiscal. Lo que se espera es que se analice las repercusiones de la materialización de un riesgo en los indicadores fiscales.

La utilidad de la herramienta está en que, dentro del marco de valoración del FMI y el BM, puede ser empleada para evaluar la probabilidad de riesgo y el impacto fiscal, y las necesidades de medidas para gestionar los riesgos identificados y valorados.

EPÍLOGO: CONCLUSIONES GENERALES

-

¿Qué justifica el desarrollo de un estudio sobre la equidad, el sistema financiero público y las APP como modalidad de gestión y financiación de proyectos públicos para la provisión de servicios públicos?

El estudio realizado se construye sobre información producida y argumentos ya elaborados en muchos de los temas expuestos en esta memoria, pero aplicados específicamente a las APP, cuyo empleo se ha generalizado últimamente, especialmente por sus efectos formales con respecto a la reglas de contención del gasto público.

No suele existir criterios absolutamente nuevos. Hay quien ha señalado ya algo parecido o ha abordado los asuntos con una perspectiva distinta. En ocasiones el único propósito de tomar viejos problemas está en que la coyuntura obliga a tomar en serio la cuestión o se requiere emplear la tradición para actualizarla en función de nuevas necesidades.

Los problemas y soluciones con respecto al marco institucional, la estructuración legal y financiera de los modelos de gestión indirecta a través de la participación del sector privado han tenido un tratamiento intenso en la literatura desde los más variados puntos de vista: jurídico, económico y administrativo, filosófico, político, etc. El análisis del tratamiento tributario del servicio público provisto por diversos agentes o el aplicable a las operaciones que se requieren llevar adelante para la implementación de un proyecto, aunque no abundan, son muy precisos para atender la problemática que se deriva de cada sistema jurídico. Los problemas sobre la naturaleza jurídica de los precios y las tasas son tan antiguos como la disciplina jurídica que los aborda. Tampoco es una novedad el tratamiento de los principios de justicia en el sistema financiero público y sus subsistemas de ingresos y gastos, la capacidad económica o el mínimo exento o esencial, o la relevancia que ha cobrado el análisis de las reglas de sostenibilidad fiscal.

Todos estos temas son retomados a lo largo de esta investigación. En todos ellos, he buscado asumir una postura consistente con el planteamiento central, en algunos casos, como postulado para poder avanzar en mis objetivos. En algunos de los asuntos

que suscita la discusión he procurado presentar una explicación distinta, aclarar algunos conceptos ambiguos u oscuros y simplificar aspectos que tienen alguna complejidad.

¿Qué hay, entonces, de novedoso en esta investigación? ¿Para qué retomar viejos y, en otros casos, nuevos temas?

El esfuerzo se ha dirigido a integrar las teorías y conceptos tradicionales, desde una perspectiva sistémica y funcional, para reformularlos con un enfoque amplio de las finanzas públicas y traerlos a la práctica a través de instrumentos conceptuales de evaluación de las decisiones de autoridad que afectan el sistema jurídico como técnica de organización social, como la elección de una modalidad de gestión y financiación de las actividades que el mismo sistema jurídico ha encomendado a los órganos del Estado. He buscado aplicarlos específicamente en el momento mismo de la selección de una APP para la provisión de servicios públicos relacionados con derechos fundamentales, a la luz del principio de equidad.

Alineado al objetivo general, con independencia del tono crítico empleado en algunos pasajes, conviene señalar que la aplicación concreta de las proposiciones que a continuación realizo a modo de conclusiones generales, se concentra en la posibilidad de determinar el modo en que la gestión a cargo de la Administración pública y su financiación puede efectuarse con la participación de la empresa privada, pero reconociendo la función y objetivo principal del sistema jurídico en su conjunto en la protección y promoción de los derechos fundamentales de las personas como expresión objetivada de los valores más importantes de la comunidad.

La modalidad de gestión de aquello que el Estado está llamado a alcanzar debe dirigirse a producir equidad, no porque la equidad represente un criterio de referencia metajurídico, sino porque el sistema jurídico, en las prescripciones más generales, lo impone como fin que debe ser desarrollado a través de cada una de las decisiones normativas, generales o particulares, que se integran al sistema jurídico. Al margen del análisis de constitucionalidad en términos binarios (válido o inválido), la evaluación de la conveniencia de emplear una APP para la provisión de servicios públicos referidos a la satisfacción de derechos fundamentales, en función del principio de equidad, es una tarea que subordina a los estudios de eficiencia típicos en materia de APP. Debe efectuarse en la etapa de preparación y estructuración del programa y de cada proyecto de APP, durante el monitoreo y control de la implementación del proyecto público y a su conclusión para extraer criterios de mejora. Cada órgano del Estado, con sus competencias ordinarias de decisión y control, está llamado a participar en este análisis de equidad.

Primero. Ámbito de estudio del Derecho Financiero Público y las APP

El Derecho Financiero Público tiene un ámbito mucho mayor al del estudio del régimen aplicable a los ingresos y gastos públicos, porque es posible observar sistemas jurídicos destinados a disciplinar otras fórmulas de financiación de la actividad pública que rebasan los límites del presupuesto público como instrumento central de la actividad financiera del Estado. En este contexto es posible considerar a las APP como una técnica estructurada de financiación pública.

La relevancia de las APP se ha acrecentado en circunstancias en las que, por una parte, los presupuestos públicos sufren importantes restricciones y, por otra, las demandas sociales se incrementan en relación con la provisión de servicios que se estiman básicos e imprescindibles y, además, no ha variado la necesidad de cubrir la brecha de inversión en infraestructura de calidad por su correlación con el crecimiento

económico y el bienestar de la comunidad. Como instrumento de financiación de las actividades encomendadas a la Administración, las APP han sido empleadas para mantener el programa de inversión pública sin emplear recursos públicos o difiriendo el gasto. Durante algún tiempo se ha justificado un uso más intenso de la figura, porque los efectos de los compromisos firmes y contingentes asumidos a través de los respectivos contratos de APP o concesiones no necesariamente se reflejan en las cuentas públicas, según varíe el criterio de reconocimiento contable del activo implicado.

Las APP, cualquiera sea la nomenclatura empleada o el alcance del objeto específico del proyecto, son una modalidad de gestión, pero también de financiación de actividades atribuidas en el sistema jurídico a los órganos del Estado, que comporta una decisión de carácter público con la cual se encomienda temporalmente a un gestor privado la implementación de un proyecto público vinculado a la provisión de un servicio público, quien asume los riesgos transferidos a cambio de una retribución por su inversión, riesgo y trabajo que depende de la demanda o de indicadores referidos al nivel de servicio o disponibilidad de los medios para la provisión del servicio. Usualmente se instrumenta la relación entre la Administración pública y el gestor privado a través de un contrato de carácter público que se integra en un sistema de contratos con los que se regulan las relaciones entre los diferentes participantes en la implementación del proyecto.

En una concepción más amplia del régimen aplicable a las finanzas públicas podemos ubicar cualquier tipo de APP, tenga o no impacto en el presupuesto. Una concepción contraria a la planteada nos llevaría a concluir que las APP que tienen relevancia para el Derecho Financiero Público serían únicamente aquellas cofinanciadas, y no por ser un medio de financiación de una actividad encomendada al Estado, sino exclusivamente porque implican desembolsos con cargo al presupuesto público.

Además de las APP, con el mismo criterio planteado también es posible considerar que se integran al estudio del Derecho Financiero Público, aquellos otros medios de organización de las finanzas públicas que suponen el traslado de recursos financieros de unos integrantes de la comunidad hacia otros, para satisfacer el interés público bajo tutela del Estado y, en general, todas las formas de financiación extrapresupuestaria de las actividades públicas. En este rubro se encuentran las prestaciones patrimoniales de carácter público que no son ingresos públicos. Me parece que es posible profundizar en este tipo de estudios que no son usuales en la disciplina, con el mismo criterio utilizado para calificar las APP como una modalidad de financiación pública.

Segundo. Modelo internacional y regulación tradicional de la concesión de obras y servicios en los sistemas jurídicos de tradición romano germánica

La organización y provisión de ciertos bienes y servicios de competencia de la Administración pública por parte de gestores privados no son asuntos nuevos en los sistemas jurídicos de tradición romano-germánica ni en la doctrina que explica el régimen aplicable. No obstante, impulsadas por las prácticas especialmente desarrolladas desde los requerimientos del mercado financiero internacional, en la última década, se han concretado reformas legislativas para introducir, con la denominación de APP, los estándares de un modelo internacional que se muestra como

paradigma de eficiencia en la preparación e implementación de proyectos de infraestructura y servicios públicos con participación privada.

Por el origen del modelo internacional y con la identificación de los objetivos coyunturales de las autoridades responsables, es posible explicar el hecho de que, sin perjuicio de las diferencias específicas entre los sistemas jurídicos, en esencia las previsiones normativas se ajustan a un patrón que busca que los proyectos de APP sean viables comercial y financieramente. Este hecho ha desplazado la reflexión del sentido funcional que tiene la intervención pública en la producción de servicios públicos y la importancia que tiene en la realización de los derechos fundamentales.

Con un método comparativo, en la primera parte de esta investigación, me propuse caracterizar a las APP en España y, en el contexto hispanoamericano, en el Ecuador y, de este modo, constatar que las soluciones normativas adoptadas por los sistemas jurídicos se ajustan a las pautas fijadas en el modelo internacional.

Es posible observar marcos de actuación rígidos, cuando los derechos y obligaciones de los partícipes en una APP se derivan principalmente de la ley o reglas secundarias (España es el ejemplo), y esquemas con mayor flexibilidad, en los que los derechos y obligaciones de las partes se diseñan junto con la preparación misma del proyecto público a ser acometido y aparecen directamente en los actos convencionales con los que se instrumentan las relaciones entre los participantes (Ecuador sería el caso). Así, más allá de las soluciones específicas elegidas en múltiples materias, las diferencias generales en las regulaciones de los países de referencia se encuentran en el nivel de discreción que el sistema jurídico otorga a la autoridad competente para adoptar decisiones en la preparación e implementación de una APP, en sus diversos aspectos. Sin perjuicio de las particularidades de cada sistema, al observar el modelo internacional y el que corresponde a los países de referencia, podemos confirmar que aunque no se han alterado sustancialmente las bases de las instituciones tradicionales con las que el Estado delega a la empresa privada la provisión de bienes y servicios bajo su competencia, el fin de asegurar la viabilidad comercial y financiera del proyecto se ha hecho el objetivo básico a ser satisfecho en la regulación.

Las variaciones normativas más importantes que se han producido con respecto a la aproximación tradicional a la figura, al margen de la denominación, son al menos tres:

- Las APP han traído consigo un incremento en los riesgos derivados de los proyectos específicos en cabeza de la Administración pública. La coparticipación de la Administración pública, asumiendo compromisos firmes y contingentes con ocasión de la implementación del proyecto, es algo que caracteriza a las APP actuales.
- Producto de esta situación se ha observado que los efectos de la desarticulación de los proyectos de APP con la planificación material y financiera del Estado ha generado resultados negativos, desperdicio de recursos y riesgos fiscales. Para atender estos problemas se ha agregado en los sistemas jurídicos reglas específicas para integrar los proyectos APP al ámbito de la planificación de la inversión pública y, con ello, mecanismos de control que apunten a mantener la sostenibilidad fiscal y gestionar los riesgos fiscales derivados de proyectos de APP. Los proyectos de APP no se pueden evaluar individualmente sin colocarlos en el contexto de las herramientas de planificación pública.
- Las APP sirvieron durante mucho tiempo para evitar que se refleje en las cuentas públicas un importe muy importante de compromisos firmes o contingentes asumidos por los órganos del Estado. Aunque tales compromisos

resultaban irrelevantes para satisfacer los requisitos normativos sobre límites en el endeudamiento público, generaban restricciones presupuestarias durante periodos largos, con efectos muy similares a los del endeudamiento público. Esta conducta poco transparente ha generado modificaciones en los sistemas jurídicos destinados a alcanzar mayor grado de transparencia, aunque se mantenga la práctica de no considerar a las APP como deuda pública, si se cumplen requisitos similares a los que corresponderían a un arrendamiento operativo.

Tercero. Modelos de organización administrativa para las APP

El modelo internacional ha promovido una estructura administrativa especializada para las APP que sea útil como contraparte que represente al Estado frente a los participantes en la preparación, implementación y evaluación de proyectos de APP.

En los países de referencia, en principio, las APP son promovidas por la Administración pública titular de la competencia material a la que se refiere el proyecto público. Sin embargo, es posible encontrar casos de centralización o concentración de la competencia concedente en un órgano específico de la Administración pública que actúa en ejercicio de una específica y exclusiva atribución de competencia en materia de APP o por delegación del órgano titular de la competencia al que se refiere el proyecto.

Junto a la unidades especializadas en materia de APP están un conjunto de órganos que funcionan como controles externos en el procedimiento y ciclo del proyecto de APP. Resaltan muy especialmente los órganos reguladores del servicio público implicado y los responsables de la gestión sostenible de las finanzas públicas y, últimamente, los órganos que tienen a cargo la planificación material de la actividad pública.

Cuarto. Aspectos regulados para la estructuración legal de una APP: asegurar la viabilidad comercial y financiera del proyecto

El reparto adecuado de riesgos entre la Administración pública y el gestor privado es un criterio de regulación común en todos los sistemas jurídicos analizados. Los sistemas jurídicos de referencia están perfilados hacia la satisfacción del principio de eficiencia y todos ellos propician una mayor participación del Estado en la asunción de riesgos en el desarrollo de proyecto de APP, principalmente financieros. En teoría, un proyecto de APP debe ser estructurado de tal modo que, encargando a la empresa privada los componentes integrados del proyecto (*bundling*) y transfiriéndole ciertos riesgos que está en capacidad de gestionar eficientemente, es posible alcanzar en beneficio de la sociedad mayor «valor por dinero».

No obstante, si se atiende sistemáticamente el régimen aplicable a las APP el objetivo de hacer de los proyectos de APP comercialmente apetecibles y candidatos idóneos para la financiación con recursos de terceros, en la práctica se evidencia que la formulación normativa refleja únicamente una pretensión ideal de reparto de riesgos.

El riesgo vinculado con la suspensión del servicio público asociado con derechos fundamentales es determinante en la posición de la Administración frente al gestor privado, como lo han demostrado los estudios económicos y estadísticos al constatar el alto porcentaje de renegociaciones oportunistas de los contratos APP que han sido promovidas por el gestor privado.

La misma interposición del gestor privado entre la Administración y los promotores privados, a los que se califica por su solvencia técnica, financiera y el cumplimiento de requisitos legales, muestra el mecanismo de limitación de responsabilidades frente a las consecuencias de un proyecto fallido. Este es el mismo concepto que se puede predicar del paquete de garantías cuya estructuración se facilita en los sistemas jurídicos para garantizar los créditos que adquiere el gestor privado para la implementación del proyecto. El modelo internacional, igual que los sistemas jurídicos que han seguido sus pautas de mejores prácticas, está construido para asegurar que un proyecto de APP pueda ser financiado y sea comercialmente viable, a través de mecanismos que limitan efectivamente el riesgo trasladado al sector privado.

Comprender esta realidad no debe llevarnos a concluir que un proyecto APP es algo que se deba rechazar de plano, sino que la herramienta es útil en la medida en que identificado el riesgo general que asume la sociedad, éste pueda ser adecuadamente gestionado por la Administración pública. La idea de una APP para la gente sintetiza el conjunto de criterios y medidas que debería dirigir la política pública en esta materia, empleando las herramientas provistas por cada sistema jurídico.

Quinto. El procedimiento administrativo y el ciclo del proyecto APP: la evaluación ex-ante como aspecto central en el procedimiento administrativo

De todos los aspectos regulados en los sistemas jurídicos analizados, en estas conclusiones conviene resaltar el que en mi concepto resulta el más importante. Cuando se trata de determinar la relación de la modalidad de APP con el principio de equidad en sistema jurídico y su aplicación concreta en los sistemas menores de ingresos y gastos públicos, las decisiones que puede adoptar la autoridad pública, bajo el entendido que la modalidad está plenamente habilitada en general, se encuentran en un espacio de discrecionalidad que, por efectos de la estructura del mismo sistema jurídico, debe ser llenada con una justificación suficiente que muestre que la decisión se dirige hacia la finalidad determinada por el mismo sistema jurídico.

Si el argumento normativo se agota con la determinación de las habilitaciones jurídicas para adoptar una decisión con la que se implemente un proyecto de APP a través de un contrato de gestión delegada, el argumento moral y el argumento fáctico adquieren protagonismo. El argumento moral tiene relación con los valores que justifican cambios en la asignación y redistribución de la riqueza dentro del principio de solidaridad, mientras que el argumento fáctico implica la carga de demostrar que la protección y promoción de los derechos fundamentales reconocidos en los sistemas jurídicos, a los que se refieren los servicios públicos asociados a la realización de derechos fundamentales, se ajusta al principio de desarrollo progresivo de tales derechos con el máximo de los recursos disponibles. La carga de la prueba y de la argumentación recae en la autoridad que adopta la decisión de usar la modalidad, considerando los efectos materiales de la elección.

El argumento fáctico se construye dentro del procedimiento administrativo en la etapa de preparación del proyecto y, en él, durante la selección de la modalidad a partir de un análisis de equidad.

Sexto. La evaluación de eficiencia cuando se debe definir la conveniencia de la modalidad de gestión de la actividad pública

La modalidad de APP se elige luego de una valoración de eficiencia, se afirma como una práctica aceptada de acuerdo con el modelo internacional. En otros términos, se señala que la Administración pública al seleccionar una APP como modalidad de gestión y financiación de las actividades que el sistema jurídico le ha encomendado, debe justificar que genera ahorros para la sociedad. Este criterio se asienta en la idea de que al comparar los gastos en los que incurre la sociedad —con el presupuesto público— con los que incurriría si se encomienda la implementación del proyecto al sector privado, es posible concluir que, una vez identificados, valorados y transferidos los riesgos del proyecto al gestor privado, se pueda obtener «valor por dinero», esto es ahorros para la sociedad que pueden ser destinados a otros usos.

La comparación que se hace como herramienta para determinar la conveniencia de la modalidad se sostiene en cimientos muy inestables. El principio es que se valoran los riesgos identificados de modo tal que al trasladarlos al sector privado se pueden desvanecer los sobrecostes que la estructura institucional de la sociedad genera al implementar el proyecto por sí misma. Una buena parte de tales sobrecostes son producidos por las condiciones de gestión que el mismo sistema jurídico impone —procesos burocráticos y tiempos perdidos, mayores costes operativos, etc.— o que no está preparado para enfrentar eficazmente —corrupción, innovación, etc.—. La Administración en esta materia parte en desventaja en la comparación. Por el otro lado de la ecuación, el sector privado aparece teóricamente como eficiente —al menos más eficiente que el Estado— por razones definidas por el interés que orienta su conducta: su actividad se dirige a potenciar los ingresos y reducir los gastos para mejorar su rentabilidad.

Asumiendo que estas afirmaciones son correctas —aunque no lo sean—, de todas maneras, además de la prima de riesgo que se paga para que el gestor privado asuma los riesgos, la modalidad de gestión de APP genera por sí misma sobrecostes vinculados a la intervención de la empresa privada. Esto se debe a que la estructuración de la modalidad es costosa y a que el sector privado que asume la provisión de un servicio público está sujeto a prestaciones tributarias adicionales, costes de financiación mayores y a otras restricciones que implican mayores desembolsos que no afecta al sector público. En teoría, los sobrecostes del desarrollo de la actividad pública con la participación privada, incluidos los riesgos trasladados a un gestor más eficiente, deben ser inferiores al gasto total que incurriría el Estado para implementar el proyecto sin transferir los riesgos. Hemos observado que el sistema jurídico impone los referidos sobrecostes a la actividad privada, al menos, por efecto del sistema tributario y los requerimientos derivados del mecanismo de financiación usualmente empleado en los proyectos APP (*project finance*). Me parece que al menos desde la perspectiva de lo jurídico se ha demostrado que las cargas determinadas en el sistema jurídico, especialmente tributario, y las posibilidades que ofrecen los sistemas de financiación privada de proyectos como una APP, confirman la idea de que existen sobrecostes en la intervención privada en la implementación de un proyecto público, por el hecho mismo del cambio del régimen aplicable a la organización y provisión del servicio público.

Por otro lado, creo haber justificado a través de la información estadística derivada de los procesos de renegociación que las bases de los estudios de comparador público-privado en el que se funda la cuantificación de los riesgos transferidos y los ahorros para la sociedad no se producen en la realidad. Además, las mayor parte de la renegociaciones son oportunistas y promovidas por la parte privada. Esto indica que el

criterio de eficiencia con el que se defiende la conveniencia del uso de la modalidad y las herramientas que se suelen emplear no son útiles como argumento fáctico para adoptar una decisión acerca del uso de la modalidad de gestión de la actividad pública a través de la modalidad.

Séptimo. APP, equidad y derechos fundamentales

El estudio analítico y comparado de los sistemas jurídicos dirigidos a regular las APP me ha permitido acometer una tarea diversa en la tercera parte de esta investigación. Se ha buscado pasar del modelo de APP inicial, en el que es el proyecto específico y aislado el que define el interés del observador ávido de eficiencia en la gestión pública, hacia la perspectiva de las «APP para la gente», donde el proyecto público que requiere ser delegado debe ser analizado en clave de los derechos fundamentales.

Las modalidades de gestión y financiación de las actividades públicas son medios o herramientas para alcanzar los fines de la comunidad objetivados en los sistemas jurídicos: hacer efectivos los derechos fundamentales y, en este cometido, atender como paso intermedio las exigencias de un sistema financiero público sujeto a criterios de justicia normativamente impuestos. En un estudio del sistema en su conjunto, y ya no únicamente analítico, la equidad aparece como una norma de derecho positivo que ordena todas las decisiones públicas y, en particular las vinculadas con los ingresos y los gasto públicos hacia la protección y promoción de los derechos fundamentales reconocidos en el sistema jurídico.

La aplicación concreta de las proposiciones que he presentado a lo largo de este estudio consiste en determinar el modo en que la gestión a cargo de la Administración pública puede efectuarse con la participación de la empresa privada sin que la modalidad de gestión implique una forma de restringir el acceso a los medios para satisfacer los derechos fundamentales como expresión objetivada de los valores más importantes de la comunidad. La modalidad de gestión y financiación de aquello que el Estado está llamado a alcanzar no puede generar inequidad, porque el sistema jurídico, en las prescripciones más generales, impone la equidad como fin que debe ser desarrollado a través de cada una de las decisiones normativas, generales o particulares, que se integran al sistema jurídico.

En las constituciones de España y de los países hispanoamericanos —en particular del Ecuador—, el principio, implícito o explícito, según el cual las finanzas públicas han de ser manejadas bajo criterios de equidad es también común. La cuestión relevante ha sido siempre la determinación del alcance o contenido del principio como límite material en la adopción de las decisiones normativas, generales o particulares.

En esta investigación se pone en relación las APP con los enunciados constitucionales sobre la equidad con el objetivo de evaluar sus vínculos en términos funcionales o de medio-fin: ¿de qué modo la elección de la modalidad de APP para la gestión y financiación de un proyecto público satisface el criterio de equidad que se impone en el desarrollo de las actividades públicas y, en particular, en la gestión de las finanzas públicas?

Para contestar la cuestión planteada se aborda el concepto de equidad en clave de derechos fundamentales. Se afirma que el reconocimiento de un derecho fundamental refleja un «estado de cosas», calificado como valioso para la comunidad a través del sistema jurídico, al que cada persona puede acceder con el concurso de su esfuerzo propio y el colectivo, con independencia de sus circunstancias particulares de

partida. De modo que, las decisiones públicas que de algún modo introducen límites o impedimentos para que las personas puedan transitar desde su situación actual al estado que legítimamente pueden pretender por encontrarse reconocido en el sistema jurídico, son decisiones tendencialmente inequitativas.

Octavo. Las APP son tendencialmente inequitativas: la tesis

La hipótesis de trabajo que ha sido empleada partió de la intuición de que las APP son tendencialmente inequitativas. En la medida en que las prestaciones, originalmente de responsabilidad del Estado, son provistas por la empresa privada a cambio de un precio incrementado por los tributos indirectos previstos en los sistemas jurídicos, se habría introducido una barrera económica para el acceso al bien o servicio del que se trate.

Con las APP se convierte un bien no excluyente (bien público) en uno excluyente porque es posible que no se produzca su consumo por quien no está en la posibilidad de pagar por él. Si el bien o servicio está vinculado a la satisfacción de un derecho fundamental, la elección de la modalidad de APP para gestionar y financiar estas prestaciones implica una decisión pública en dirección contraria a la equidad.

La idea de tránsito desde una situación de partida a aquella reconocida en el sistema jurídico como la situación «devida», muestra el sentido del principio de progresividad en el desarrollo de los derechos fundamentales, empleando el máximo de los recursos disponibles. Lo que no está permitido en los sistemas jurídicos son decisiones con efectos regresivos. Por ello, se revierte la carga argumentativa y de la prueba en contra de la Administración para justificar su decisión.

El objetivo general de la tarea fue determinar el alcance de los contenidos del sistema jurídico que orientan la selección de la modalidad de gestión de APP en el contexto en que la equidad es el criterio de corrección normativamente determinado para el desarrollo de la actividad pública.

Noveno. Las ideas de «eficacia» y «tendencia» en un estudio funcional frente al análisis de «validez» de una decisión normativa

La idea de tendencia a la que nos referimos excluye la posibilidad de una calificación bidimensional de la institución estudiada, en el sentido de que no nos ocupamos directamente de la determinación de su validez (que podemos presuponerla por las habilitaciones competenciales para el uso de las APP), sino de la correspondencia entre su empleo como medio jurídico y los fines determinados por el mismo sistema jurídico para la protección y promoción de derechos fundamentales.

En primer lugar, la inequidad que producen las APP está relacionada directamente con el hecho de que el acceso al estado de cosas legítimamente pretendidas por los integrantes de la comunidad, y que se expresan con el reconocimiento de los derechos fundamentales, se encuentra condicionada por la disponibilidad de medios financieros para que los individuos puedan alcanzar los bienes y servicios necesarios para satisfacer necesidades que, en una situación primitiva hipotética, son cubiertos con medios propios y la intervención solidaria de los restantes integrantes de la comunidad, a través de las instituciones de su organización, especialmente con los subsistemas de ingresos y gastos públicos.

Con el empleo de modalidad APP para gestionar y financiar la actividad pública se modifican los puntos de conexión más importantes con respecto a la organización del

servicio público y su prestación. El resultado de esta variación es que las prestaciones de servicio público, en razón de la modalidad de gestión, atraen cargas públicas y sobrecostos ordinarios de la actividad privada.

Esto implica que adoptar la modalidad de APP para gestionar un proyecto público no es una decisión inválida *per se* porque la inequidad es un efecto del funcionamiento del sistema en su conjunto y, por tanto, en la estructuración del proyecto es posible corregir el efecto tendencial de la modalidad.

Décimo. Sistema jurídico como sistema complejo y argumentos que justifican la adopción de decisiones normativas, generales o particulares

La diferenciación entre el sistema jurídico, como sistema complejo, y su entorno nos permite colocar cada tema en su lugar y tener una línea de base con la que se puedan emprender las mejoras en una técnica social como el sistema jurídico y sus componentes que tienen funciones específicas. Al objetivar las elecciones de la comunidad en el sistema jurídico, no se espera que el debate metajurídico se suspenda o se postergue. Menos aún, excluir las justificaciones de distinta naturaleza como fuente de la experiencia jurídica. Con esas bases, morales o de hecho, se construyen las decisiones normativas generales y particulares que integran nuevos elementos en la dinámica del sistema. Ahí se encuentran los argumentos morales o fácticos a partir de los cuales se producen las normas del sistema en un proceso constante de creación. La idea de la aplicación de las decisiones que preceden a las que se innovan, a partir de los argumentos normativos, y con ellos mediante proposiciones analíticas propias del componente lingüístico del sistema, únicamente refleja la existencia de relaciones de medio-fin entre los elementos normativos del sistema, y entre el sistema jurídico y su entorno. El derecho, al fin y al cabo, está al servicio de algún objetivo que la comunidad le otorga la calificación de valioso. En este sentido, el derecho es una técnica y como tal «debe» producir el resultado deseado.

Así las cosas, si las APP son herramientas de gestión y financiación de la actividad pública y la equidad en clave de derechos fundamentales es el valor de salida de todo el sistema jurídico, las cuestiones prácticas nos conducen a:

- Determinar el modo en que las APP se han organizado como herramientas de gestión y financiación en el sistema jurídico que les corresponde.
- Establecer las posibilidades que ofrecen en su regulación actual y qué efectos producen en el mismo sistema jurídico.
- Describir la relación entre las APP y la equidad en su concreta determinación dentro del sistema, a partir del contraste entre, por un lado, los efectos producidos por el régimen de la modalidad de gestión y financiación de la actividad pública y, por otro, las condiciones o criterios de evaluación fijados a través del principio de equidad en cada componente del sistema jurídico que se ha analizado, especialmente los referidos a las finanzas públicas.

Undécimo. Argumentos normativos, morales y fácticos en la adopción de decisiones públicas

Tradicionalmente, la adopción de decisiones públicas estuvo marcada por el concepto de soberanía, primero subjetiva como capacidad atribuida a una figura personificada —el rey, la corona, el pueblo, la nación, etc.— y, luego, como una

cualidad del sistema jurídico, desde enfoques como el iusnaturalista o el positivista, con todas sus variantes. En el discurso jurídico contemporáneo, definido desde la teoría de la argumentación jurídica, hacer referencia a los límites materiales constitucionalmente establecidos y los criterios de control, es tratar con un específico tipo de normas jurídicas que permiten la elección y la evaluación de varias soluciones jurídicamente posibles en situaciones concretas. Esto con independencia de la metodología empleada, *v. gr.*, la ponderación y balance de los principios en disputa o la introducción de una decisión normativa en el espacio de discrecionalidad de la autoridad dentro del marco de posibilidades que el sistema positivo ofrece. En lo fundamental, estas normas que se califican como fines de la actuación pública requieren un desarrollo ulterior que pone en disputa los argumentos provistos por el órgano de decisión original con aquellos presentados por otro órgano en el procedimiento de control de dicha decisión, para cerrar el debate dentro del mismo sistema. En principio, hasta que no se contrastan los argumentos en conflicto y se remueva la duda según los mecanismos jerarquizados en el sistema jurídico (metanormas), no estamos frente a un asunto de validez o invalidez de la decisión, sino ante soluciones jurídicamente posibles y tendencialmente mejores o peores con respecto al sistema jurídico considerado como un todo. Desde un punto de vista integral, el sistema jurídico que es un sistema complejo, admite la incorporación de nuevos elementos fundados en argumentos normativos, morales y fácticos a través del componente humano que se pone en relación directa con el entorno del sistema para extraer conclusiones provisionales de los debates que se desarrollan en esa sede y agregarlas en el sistema jurídico mediante decisiones con relevancia jurídica.

Duodécimo. El análisis de equidad como argumento fáctico en la adopción de una decisión pública

En la justificación de una decisión acerca de la elección de una modalidad de gestión de la actividad pública que en principio es tendencialmente inequitativa, el argumento fáctico aparece como principal.

Se concreta en el análisis de equidad en la etapa de preparación del proyecto y selección de la modalidad de gestión, aunque puede ser relevante durante la implementación del proyecto y una vez concluido. Los sistemas jurídicos de referencia incorporan un procedimiento administrativo que inicia con la preparación del proyecto del que depende las acciones destinadas a alcanzar los objetivos de la planificación material y financiera pública. En este contexto, se evalúa su viabilidad jurídica, económica-financiera, técnica, ambiental y social. Esta es la fase más relevante para establecer la eficiencia y equidad en el empleo de la modalidad de implementación del proyecto y la que permite construir el argumento fáctico con el que es posible motivar la selección de la modalidad de gestión de la APP cuando el acceso a los bienes y servicios necesarios para satisfacer un derecho fundamental no está afectado o se han arbitrado las medidas necesarias para generar las compensaciones requeridas para producir un efecto equivalente.

Decimotercero. Justicia y equidad: desde el argumento moral a su objetivación en el sistema jurídico

En el discurso jurídico contemporáneo, hablar de principios, como límites materiales constitucionalmente establecidos y criterios de control, es referirse a un específico tipo de normas jurídicas, (i) cuyo balance y ponderación permiten la adopción

y la evaluación de soluciones concretas que deben ser producidas por los órganos de decisión (neoconstitucionalismo), o (ii) en cuyo espacio es posible el ejercicio de una potestad de configuración jurídica enmarcada en la decisión de autoridad competente, siguiendo el procedimiento de formación y control de la decisión (neopositivismo). En principio, no estamos frente a un asunto de validez o invalidez de la decisión, sino frente a soluciones posibles y tendencialmente mejores o peores con respecto al sistema jurídico considerado como un todo, que mientras no sean expulsadas del sistema jurídico producen cambios en las propiedades emergentes de todo el sistema jurídico

El estudio, en este ámbito, se enfocó en los criterios de justicia constitucionalmente previstos para las finanzas públicas, que deben determinar toda decisión que afecte los ingresos o el gasto público, específicamente con respecto a la equidad.

He sostenido como postulados que la justicia desde la perspectiva jurídica (valor superior del sistema jurídico) es una función de la equidad y cualquier otro criterio de corrección incluido en el sistema jurídico de referencia; y, que la equidad es una función de la satisfacción de los derechos fundamentales y cualquier otro criterio que coloque a las personas en igualdad de condiciones respecto del reparto de las cargas y beneficios sociales, cualquiera sea su situación de partida.

En el sistema jurídico, al individuo se lo considera como sujeto de imputación de derechos y deberes, los que aprehendidos en conjunto definen el marco al que la Constitución, en cuanto suma de valores objetivos, remite su específico proyecto de justicia.

Un proyecto específico de justicia, a través del reconocimiento y garantía de derechos y la imposición de obligaciones específicas en el sistema jurídico, nos aleja de cualquier consideración ideal o especulativa del término «justicia» o «justicia social».

De modo que, siguiendo las premisas básicas del positivismo jurídico, el significado de justicia en cualquier sociedad debe encontrarse en las decisiones que se han adoptado a través de los mecanismos que el mismo sistema jurídico establece, y que toman la forma de normas jurídicas acerca de los fines que institucionalmente persigue la comunidad y los medios para alcanzarlos

La satisfacción de derechos constitucionalmente reconocidos es, pues, uno de los elementos —quizás el de mayor peso— del lado de la ecuación cuya sumatoria conduce al resultado «justicia».

En términos teóricos, alcanzar la justicia es uno de aquellos problemas que se suelen denominar inversos. La cuestión que toda técnica aborda es cómo, a partir de conocimientos básicos de la realidad, se puede alcanzar un determinado resultado requerido.

Ahora bien, la realización de los derechos depende del rol que el sistema jurídico asigna a la comunidad, a través de sus instituciones, y a cada uno de sus integrantes.

El papel asignado a cada elemento subjetivo (comunidad o individuo) en el sistema jurídico está fundado en el dato de la realidad de que existen diferencias naturales y sociales entre los integrantes de la comunidad y entre las comunidades en el contexto internacional.

Las diferencias, cualquiera de ellas, podría ser mitigada por interés del resto de los individuos o comunidades o por inclinaciones altruistas. El sistema jurídico, no obstante, lo impone, con reglas generales (*v.gr.*, el deber de solidaridad o el deber de contribuir al sostenimiento del gasto público) o específicas (*v.gr.*, el régimen presupuestario que orienta el gasto público o el sistema tributario).

Alrededor de la idea de mitigar las diferencias entre los individuos de una comunidad gira el significado más general de equidad dentro del sistema jurídico. El sistema jurídico reconoce y garantiza por igual ciertos derechos a todos los integrantes

de la comunidad y arbitra —con acierto o no— los medios para su satisfacción. No obstante, reconoce, también, la existencia de diferencias naturales o sociales y afirma que estas deben ser mitigadas al imponer deberes específicos de actuación a los individuos, ejerzan o no autoridad. Así, por ejemplo, cuando el sistema jurídico ordena la actuación pública hacia la satisfacción del derecho a la vivienda digna, no limita tal derecho a quien se encuentra en posibilidades de atender este derecho a través de sus propios medios, sino que dirige el esfuerzo de la comunidad a quienes se encuentran en situación de exclusión. Del mismo modo, cuando el sistema jurídico impone el deber a los individuos de contribuir al sostenimiento público de modo progresivo, lo hace —y así se lo declara normativamente— con el fin de redistribuir la riqueza que la comunidad tiende a concentrar en algunos integrantes. En estos dos casos, está presente la idea de equidad.

La equidad, desde el plano jurídico, es igualdad frente a los derechos y deberes que el sistema jurídico determina (el proyecto de justicia objetiva) con una aplicación afinada en función de las diferencias naturales y sociales de los integrantes de la comunidad.

Por tanto, las decisiones de política pública, en el marco de las competencias asignadas a los órganos del Estado, que tienden hacia la modulación de las diferencias naturales y sociales de los integrantes de la comunidad para la satisfacción de las necesidades de los individuos, representada en el goce y ejercicio de los derechos fundamentales, es tendencialmente una decisión que se arregla a las exigencias de equidad.

En este nivel de consideraciones, la equidad impone, principalmente decisiones de contenido normativo, general o particular, y son mandatos cuyo destinatario ordinario no solo es el legislador, sino toda autoridad con capacidad de adoptar decisiones que modifican los componentes del sistema jurídico y, por supuesto, los órganos de control de tales actuaciones, previstos en el mismo sistema jurídico.

En realidad, si alguna finalidad reconocemos en toda norma jurídica, no podemos considerar que sus enunciados —por abstractos que sean— carece de sentido práctico o que con él únicamente se tiende un puente hacia debates metajurídicos. Creo que es posible encontrar una explicación del sentido jurídico de términos como «justicia» o «equidad» desde el interior del mismo sistema, si se lo busca con espíritu pragmático y se admite que el sistema jurídico es fundamentalmente una socio-técnica que, como tal, entre otros aspectos, permite hacer objetivos los fines perseguidos por la comunidad y los medios que se han dispuesto para alcanzarlos. El lenguaje que se emplea en determinados enunciados normativos, abstracto e impreciso, no afecta el sentido funcional del derecho ni su configuración como un sistema complejo.

El esfuerzo consiste en trasladar a modelos que incluyan indicadores, metas y medios de verificación, y apoyarse en el conocimiento de las ciencias básicas, para que el Derecho como técnica social se dirija a alcanzar resultados positivamente definidos en el mismo sistema jurídico que puedan ser medibles. A partir de su cuantificación es posible definir con provecho quién está a cargo de argumentar y probar la satisfacción de los requerimientos generales que el sistema jurídico impone como elecciones sociales a partir de las opciones que se extraen de los debates metajurídicos.

Decimocuarto. Derechos y deberes constitucionales: el principio de solidaridad como integrador

A nivel constitucional se colocan en el mismo plano derechos y deberes, integrando su contenido a través del valor de la solidaridad. En el derecho, el significado de la solidaridad, como norma jurídica, se refiere a un mandato para la creación de las condiciones concretas para la satisfacción igualitaria de ciertas necesidades comunes con el concurso diferenciado de individuos, en circunstancias disímiles, que integran la comunidad y del conjunto de la sociedad.

La forma en que tales condiciones deben ser creadas se organiza a través de enunciados prescriptivos objetivos que incluyen, entre otros aspectos, los fines socialmente elegidos para conducir la actividad pública y la conducta privada, y ciertos medios para su consecución.

En efecto, luego de la primera posguerra, bajo el influjo del Constitucionalismo Social, se ha ido consolidando el reconocimiento constitucional de los denominados derechos económicos, sociales y culturales, que son aquellos que tienen por objeto la atención especialmente necesidades materiales o prestacionales de los individuos y/o colectivos. Están enunciados en normas que, aunque de directa aplicación, constituyen metas anteriores al fin último del Estado, según un proyecto de justicia social que se hace objetivo en el sistema jurídico. A los derechos individuales y políticos —del Constitucionalismo Clásico— y a los derechos económicos sociales, económicos y culturales, se han agregado los llamados de «solidaridad», acentuando el perfil de su denominación en la dimensión internacional del término.

Si la realización efectiva de cualquier derecho exige conductas activas y pasivas de los órganos del Estado, aunque para la realización de los derechos económicos, sociales y culturales se observe mayor intervención del Estado en actividades prestacionales. La realización efectiva de los derechos en correlación a los deberes derivados del orden constitucional, como el alcance aplicativo de cada concepto depende, en gran medida, del desarrollo social, económico y político de los Estados y de la efectividad de la cooperación internacional.

El concepto de deber de solidaridad unido indisolublemente al conjunto de derechos reconocidos en la Constitución, representa la traducción en términos jurídicos de un principio de integración del interés individual y el general, que excluye toda forma de prelación o preeminencia del interés tutelado en la lógica tradicional de contraponer el interés público al interés privado.

En lo que respecta a los derechos, estos no aparecen como algo externo al sistema jurídico, sino que su determinación objetiva se efectúa según el mecanismo y dentro del modelo de sociedad previsto en la Constitución. De esta manera, el resultado de tal determinación aparece como único criterio para calificar la legitimidad del ejercicio de una competencia pública y la posición de cada individuo en la comunidad en la que desarrolla su personalidad.

En síntesis, la integración del conjunto de normas jurídicas en clave de solidaridad modifica radicalmente conceptos, categorías y percepciones posibles de la realidad jurídica. Así como ya no es posible colocar en flancos beligerantes la autoridad y la libertad o lo público y lo privado, tampoco lo es el enfrentar los conceptos de interés individual e interés colectivo: estos son solo puntos de referencia de la realidad jurídica, partiendo de la lógica de los valores constitucionales.

No hay criterios de exclusión por preeminencia de unos u otros valores constitucionales. El individuo está ligado a la comunidad a través de las estimaciones que objetivamente se incorporan en el sistema jurídico, y de la comunidad requiere su

actuación para el desarrollo de su propia individualidad, al tiempo que la misma sociedad se estructura dentro de la obediencia de valores objetivos que posibilitan el desarrollo individual de sus integrantes.

Con estos conceptos en mientes, la primera pregunta que se debe contestar desde el sistema jurídico es ¿qué derechos deben ser satisfechos con el concurso de la comunidad en clave de solidaridad y qué otros por el esfuerzo individual?

Plantearse este tipo de pregunta, supone asumir que en el sistema jurídico existe una distribución de roles entre, por una parte, la comunidad, representada por las instituciones del Estado y, de modo particular, por las Administraciones públicas y, por otra, cada uno de los individuos que integran la sociedad.

No he realizado un catálogo de los derechos y su contenido mínimo. Tampoco fue mi propósito discutir de qué modo y en qué medida son exigibles judicialmente los derechos (civiles y políticos, económicos, sociales y culturales o cualquier otro). No buscamos caracterizar detalladamente la intervención pública en su satisfacción o la que le corresponde a cada individuo. Entendemos, con aquel sector de la doctrina que así lo sostiene, que el Estado está llamado a hacer efectivos los contenidos mínimos de todo derecho reconocido en el sistema jurídico, sea con actuaciones de signo positivo o sea a través de abstenciones que impidan o dificulten el goce y ejercicio de tales derechos.

Esta idea, que enfatiza el rol de sujeto pasivo de la relación jurídica entre los titulares de derechos y el Estado, pero que mitiga el contenido prestacional de este último en relación con cada derecho, es importante porque lleva agregada la idea de que hay contenidos prestacionales de los derechos (una buena parte de ellos) reconocidos en las constituciones que son de responsabilidad de cada individuo, a través de su esfuerzo individual, pero que las decisiones públicas, como la elección de la modalidad de gestión y financiación de las actividades encomendadas al Estado, no pueden introducir obstáculos o dificultar el acceso a prestaciones que corresponden a la protección y promoción de derechos considerados fundamentales en la comunidad.

Decimoquinto. Deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos: ¿con qué medios el Estado satisface derechos?

En un sistema de intercambio que históricamente se ha impuesto en la comunidad internacional, la riqueza que se produce y circula es para proveer a los individuos con independencia de su ubicación o condición, ciertos medios para satisfacer sus necesidades.

Hemos dejado establecido que, desde la perspectiva del sistema jurídico, las necesidades de los individuos a ser satisfechas se representan en el contexto social como derechos. Entonces, ¿quién paga por hacer efectivos estos derechos en un sistema de intercambio como el que vivimos?

Cuando les corresponde a los individuos satisfacer directamente sus necesidades, lo hacen con su propio esfuerzo, empleando los medios generales que la misma comunidad le provee y en el marco de los arreglos institucionales que el sistema jurídico determina. Así, el trabajador, cuya actividad está regulada en el sistema jurídico para su protección, percibe una renta que es fruto del sistema de intercambio para acceder a los satisfactores de sus necesidades. El empresario integra factores productivos y oferta en el mercado, intervenido institucionalmente para asegurar la competencia o, en ciertos sectores, sujeto a regulación en tutela de los intereses generales, bienes y servicios por los que obtiene también rentas.

Estas rentas son los medios ordinarios para obtener satisfactores, acceder a la riqueza producida (bienes y servicios) y de este modo cubrir las necesidades. El crecimiento en estos términos alienta a cierto sector de la doctrina económica a proponer modelos que orienten las decisiones de política pública; otros, sin abandonar la base del progreso material, muestran otras formas posibles de desarrollo de la comunidad, al que se agregan aspectos sociales y ambientales. En este contexto se construyen indicadores con los que se comparan las comunidades; algunos perfilados exclusivamente en el nivel de producción, estadísticamente, distribuido entre los individuos (el crecimiento del producto interno bruto per cápita) y, otros, limitando el desarrollo humano sostenible a ciertos factores que son una mínima parte de los derechos reconocidos en el sistema jurídico

Una parte de estas mismas rentas —las ahorradas cuando se trata de deuda pública o las extraídas compulsivamente (impuestos) u obtenidas en vínculos conmutativos o paraconmutativos (precios o tasas)—, en un circuito que no se reduce al ámbito nacional, son la principal fuente de financiación de las actividades asignadas a las instituciones del Estado para la satisfacción de las necesidades de los individuos, representadas en los derechos.

La circunstancia de que la comunidad a través de sus instituciones requiere los medios financieros para atender las necesidades de la misma comunidad y sus integrantes, de igual modo que cualquier individuo en el contexto de un sistema de intercambio como algo dado en la realidad, da lugar al deber de contribuir con parte de las rentas para la realización de las actividades prestacionales a cargo del Estado para satisfacer derechos fundamentales.

El deber de contribuir a la financiación de los gastos públicos entra a formar parte del catálogo de los deberes de solidaridad. Desde esta perspectiva, en un primer orden de consideraciones, es factible recomponer este deber constitucional dentro de la lógica de valores objetivos, constitucionalmente tutelados y, en segundo término, puede ser considerado como referente en el desarrollo del sistema jurídico que se ha de derivar desde la Constitución.

A su vez, partiendo del conjunto de valores constitucionales en el que se inserta, el deber de contribuir al sostenimiento del gasto público puede ser entendido sistemáticamente como un correlativo necesario para la realización efectiva de los derechos fundamentales y la concreción práctica de los valores que fundamentan el orden político y la paz social, o bien, como uno de los referentes fundamentales para explicar el régimen financiero que se configura unitariamente en el proyecto de justicia previsto.

Según las premisas de las que hemos partido, este deber asume en la Constitución el papel de puente entre la conducta activa exigida al poder público (la gestión) y a los integrantes de la comunidad (la contribución), y la realización de los derechos constitucionales encomendados institucionalmente al Estado en beneficio del mismo individuo y de la comunidad.

En lo fundamental, tradicionalmente en la doctrina española, basada en el alcance del art. 31.1 de la Constitución española, que ha sido recogida en Hispanoamérica, vincula el contenido del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos exclusivamente al sistema tributario. Incluso se lo ha conectado específicamente a los impuestos, que se consideraría el único caso en el que hay realmente contribución. Si esto es así, el principio de capacidad económica que constituye una exigencia para aquellas prestaciones tributarias de carácter contributivo no representaría un límite positivo en las prestaciones con estructura retributiva y, por supuesto, no sería una

exigencia constitucional para todas aquellas prestaciones patrimoniales coactivas no tributarias.

No obstante, con el enfoque más amplio de las finanzas públicas propuesto en esta investigación, es muy claro que existen técnicas en el sistema jurídico de los países de referencia, incluido el español, que se han configurado para atender las necesidades de financiamiento de las actividades públicas encomendadas al Estado. En este conjunto de prestaciones se encuentran los precios privados (tarifas) que los usuarios deben pagar al gestor privado o concesionario para acceder a un servicio público gestionado de manera indirecta con participación del sector privado. También se incluyen cualquiera de las cargas públicas de carácter económico que los individuos deben soportar para el financiamiento de obligaciones a cargo del sector público y que no representan ingresos gestionados a través del presupuesto.

Si este tipo de prestaciones son materialmente instrumentos de financiamiento público, es posible concebirlas dentro del desarrollo del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos; en este caso, porque evitan desembolsos con cargo al presupuesto público, pero permiten financiar actividades que de otro modo tendrían que ser gestionadas con recursos públicos.

Cuando se considera que el sostenimiento del gasto público puede concretarse a través de medios distintos al sistema tributario, el problema desde la perspectiva constitucional es la determinación de la fuente que podría ser invocada para su desarrollo legislativo y su aplicación administrativa. En el caso español, esta fuente parece concretarse en la regla conforme a la cual son posibles prestaciones patrimoniales coactivas (cualquiera sea su función en el sistema) con tal que se determinen con arreglo a la ley (art. 31.3 de la Constitución española). El mismo criterio podría ser empleado en Hispanoamérica cuando las normas constitucionales conectan el deber de contribuir al sistema tributario. No obstante, hay casos en los que la contribución al sostenimiento de los gastos públicos no está conectada directamente al régimen tributario. En este marco, la idea de que el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos también incluye otras prestaciones que no tienen carácter tributario se simplifica.

La razón práctica de estimar o no que el estas figuras de prestaciones patrimoniales coactivas se incluyen en el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos está en la identificación de los criterios materiales de evaluación constitucional. En España, por ejemplo, la capacidad económica como principio regulatorio está conectado directamente con el deber de contribuir al sostenimiento del gasto público, según el texto constitucional, aunque, a la par, el referido deber está referido a un sistema tributario justo.

Decimosexto. El principio de capacidad económica: justicia y equidad en la imposición

Como hemos anotado, el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos se ha de concretar en el sistema jurídico a través de normas derivadas sujetas a un marco cualitativo fijado en la misma Constitución. Uno de los principios insertos en tal marco, al que mayor importancia se le ha dado en la doctrina y en la jurisprudencia es el de capacidad económica.

La idea de que el principio de capacidad económica constituía una «caja vacía» que podría ser llenada de cualquier contenido o bien una simple tautología —«concurrir sobre la base de la capacidad de concurrir»— fue superada por el uso

práctico que le dieron los tribunales al principio, partiendo de la confirmación de que en las constituciones no existen normas con un carácter puramente programático.

La referencia a la riqueza disponible como límite en la potestad de ordenamiento en materia tributaria se restringe al *an* del tributo. La doctrina, luego, ha intentado buscar en el principio, aún impreciso, parámetros idóneos para juzgar la legitimidad de la exacción tributaria también en su *quantum*. El principio, así entendido, se refiere a los elementos objetivos del tributo; exige que tanto el hecho imponible como el medio de cuantificación de la obligación derivada de aquel, se adecuen a la capacidad económica. Objetivamente, se trata de exigencias que constituyen límites negativos a las potestades de creación e imposición de tributos, especialmente acotada a los impuestos.

No obstante, desde una perspectiva positiva, el legislador no solo debía configurar la norma tributaria de tal manera que sus hechos imponibles fueran manifestación de un índice de riqueza que se produzca generalmente en los casos contemplados, sino que además, los casos concretos que se adecuen al supuesto normativo, pero en los que no exista efectivamente la capacidad económica proclamada por la norma para la normalidad de los supuestos, debían ser tratados por vía de exención o bonificación. Desde esta visión, el principio de capacidad económica es también el fundamento de decisiones de desgravamen.

Desde la perspectiva del sujeto, el principio de capacidad económica implica que quien no posee tal aptitud, no puede ser llamado a concurrir al sostenimiento de los gastos públicos. En este sentido cada una de las figuras tributarias, como el sistema considerado en conjunto, no podrían incidir en sujetos no dotados de tal aptitud.

Este criterio de la capacidad económica, como aptitud subjetiva, resulta útil para extender sus efectos, en virtud del principio de equidad, como un límite frente al conjunto de cargas públicas, y no solamente a las tributarias. En otras palabras, en una comunidad en la que se persiga alcanzar el acceso de las personas en términos de igualdad a los beneficios de la vida en común, sin importar su situación de partida, la capacidad económica define la medida de la solidaridad desde un punto de vista activo y también pasivo. Ser solidario con los demás cuando la capacidad económica permite contribuir al sostenimiento de los gastos públicos y recibir la solidaridad de la comunidad a través de la acción colectiva institucionalizada, cuando la capacidad económica propia no permite satisfacer los contenidos esenciales de los derechos fundamentales.

Decimoséptimo. Igualdad, progresividad y capacidad económica

La capacidad económica es un *tertium comparationis*, en el ámbito del juicio de igualdad: se dice que a igual capacidad económica igual imposición. Este mismo concepto se puede emplear para cualquier carga pública y no únicamente para los tributos (o entre ellos, los impuestos).

La progresividad global del sistema tributario, como forma de realización de las exigencias de la igualdad material, se dirige a la «aspiración» de redistribución de la renta. Es preciso recalcar que la variación del concepto de capacidad económica que opera por la vinculación de éste con otros principios en el sistema tributario y del régimen de distribución de las cargas públicas de carácter económico resulta del hecho de un balance al interior de un mismo régimen constitucional, en donde la función redistributiva se coordina indisolublemente con aquella asignada al gasto público, pero aplicada con técnicas y en ámbitos diversos.

El sistema tributario en particular, y el régimen de distribución de las cargas públicas de carácter económico en general, reviste un carácter redistributivo bajo una doble perspectiva: por una parte, permite que se hagan efectivos derechos para quienes, según el modelo constitucional, no podrían contribuir a la financiación de las actividades públicas; y, por otra, en aplicación del principio de progresividad provoca que quienes mayor capacidad económica tengan, intervengan en mayor medida en la financiación de las actividades necesarias para la realización de los derechos fundamentales.

Decimoctavo. Del mínimo exento en el ámbito tributario al mínimo esencial con respecto al conjunto de cargas públicas

Si la aptitud a la contribución implica la disponibilidad de una riqueza, no es posible sostener que quien no tiene renta disponible alguna luego de satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia, pueda ser llamado a contribuir con los gastos públicos. Consecuencia inicial de la concepción del deber tributario como un deber de solidaridad es la necesaria exclusión de toda imposición sobre los medios económicos que el individuo requiere para satisfacer sus necesidades y las de su familia. De ahí que es posible pasar del concepto de «mínimo exento» que se refiere al mundo tributario, al de mínimo esencial que se refiere a los medios necesarios para satisfacer los derechos fundamentales en sus contenidos mínimo que no se realizan con la intervención del Estado.

Solo a través de la exclusión constitucional de criterios de valor puramente individualistas o que supriman la singularidad de los integrantes de la comunidad, es posible configurar la intangibilidad de una parte de la riqueza que permita al individuo el goce efectivo de los derechos que componen el conjunto básico de los bienes jurídicos que garantizan socialmente el respeto a su dignidad, reconociéndose, al mismo tiempo, la responsabilidad individual en la consecución de esa porción de tales derechos y la obligación de la colectividad de proveerlos con una porción de la riqueza no implicada en ese conjunto, a quienes no tienen acceso a los referidos bienes jurídicos.

Cualquiera sea la postura que se admita respecto del contenido del principio de capacidad económica y de la relación entre el deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos y las prestaciones patrimoniales de carácter coactivo con función financiera, no significa que sea posible justificar el empleo de cualquier figura conmutativa o paraconmutativa en el caso de servicios públicos referidos a derechos fundamentales. Por regla general, las barreras económicas que se introducen en el sistema para acceder a los bienes y servicios necesarios para la satisfacción de derechos exigirían tener como límite la capacidad económica del individuo. De modo que, el criterio de equivalencia para el caso de las tasas o los criterios de mercado para fijar precios (públicos o privados) por servicios públicos que atañen a derechos fundamentales no pueden ser razón de exclusión de las personas para su acceso, si se respeta el sentido jurídico del principio de equidad que rige las actividades financieras públicas.

Decimonoveno. Redistribución de las cargas públicas como efecto de la modalidad de APP: inequidad y capacidad económica

La incorporación de una decisión pública con la que se elige la APP como modalidad de gestión y financiación de un proyecto referido a derechos fundamentales

produce efectos tendencialmente inequitativos si se considera que el fin esencial de la actividad pública, de acuerdo a las previsiones del mismo sistema, es proteger y promover el goce y ejercicio pleno de los derechos fundamentales reconocidos. El uso de la modalidad de APP implica, en la mayor parte de casos de proyectos autofinanciados, la redistribución de las cargas públicas a través del sistema financiero público y una ruptura en el balance técnico con el que es posible cuantificar el equilibrio debido entre los derechos fundamentales reconocidos en el sistema jurídico y los deberes de rango constitucional que los hacen posibles. Un ahorro de solidaridad, con la vista en la protección y promoción de los derechos fundamentales, no siempre es posible.

El empleo de la modalidad de APP para la provisión de un servicio público modifica el régimen aplicable en la organización y prestación del servicio. El cambio de la naturaleza de la contraprestación económica por la provisión del servicio atrae necesariamente un incremento de las cargas económicas para el usuario final y provoca una barrera económica para el acceso a las prestaciones que se requieren para satisfacer el derecho fundamental asociado al proyecto.

En efecto, además de los sobrecostes que la modalidad de APP en sí misma genera por el modo en que se estructuran los proyectos públicos así gestionados, desde la perspectiva del sistema tributario, la modalidad de APP supone la sustitución del criterio de solidaridad empleado para establecer el modo de contribuir al gasto público asociado a la prestación dirigida a satisfacer un derecho fundamental, por otros criterios que van desde la equivalencia entre la contraprestación económica y el beneficio obtenido o coste provocado por el servicio (tasas), hasta llegar a la compensación de los sobrecostes de la modalidad, la prima por el riesgo asumido y la retribución por la inversión y trabajo del gestor privado (precios privados o tarifas).

Al introducir nuevas cargas públicas, la renta disponible de las personas se ve afectada y, con ello, su capacidad de acceder a las prestaciones necesarias para satisfacer derechos fundamentales. El efecto gravoso de la decisión es aún mayor si se considera que la prestación viene a ser gravada además por impuestos indirectos como el IVA. Tratándose de un servicio público las personas se encuentran además en situación de coactividad frente a la prestación. El único modo de restablecer el equilibrio es a través de cualquier mecanismo de compensación, por ejemplo, desgravando las operaciones que generan los sobrecostes de la implementación del proyecto o a través de subvenciones o transferencias desde el presupuesto público.

Vigésimo. Utilidad de los balances iusfundamental y técnico para establecer una situación inequitativa

Sirven a los propósitos de traer a la práctica los conceptos más abstractos de la equidad en el sistema jurídico en su conjunto y en los sistemas de ingresos y gastos públicos, las ideas de desarrollo del «balance iusfundamental» y su cuantificación a través del «balance técnico». Estas son las referencias para establecer el tipo de relación jurídica de equilibrio que existe entre deberes y derechos fundamentales y su cuantificación.

El balance técnico es el instrumento operativo de aquel equilibrio entre derechos y deberes. Vincula la información real entre, por una parte, la renta disponible por las personas, computada por el ingreso del trabajo y las transferencias directas desde el presupuesto público o desde terceros sin intermediación presupuestaria; y, por otra, la valoración monetaria del coste de los derechos fundamentales, menos las transferencias indirectas en bienes o servicios públicos destinados a su satisfacción, financiados con el

gasto público o a través de cargas impuestas a terceros (obligaciones de servicios públicos, por ejemplo).

La renta disponible de las personas para atender con sus propios medios las necesidades personales y familiares se determina a partir de su ingreso bruto afectado por la aplicación concreta de los tributos que se incluyen en el sistema tributario, las prestaciones debidas por el criterio de equivalencia y las transferencias hacia otros sectores de la comunidad sin intermediación presupuestaria.

Las variaciones en la renta disponible derivadas del sistema de cargas públicas no son ilegítimas en la medida en que: (i) las técnicas empleadas consideren como límite que la situación personal y familiar no se vea afectada con respecto al contenido básico de los derechos fundamentales y al acceso a las prestaciones que permiten que tales contenidos sean efectivos; o, (ii) sean compensadas a través del gasto público o mediante transferencias desde otros sectores excedentarios sin intervención presupuestaria.

La aplicación del criterio de equidad en el ámbito financiero público depende del uso de estas herramientas conceptuales y técnicas, que orientan y lleven a la práctica el principio a cualquier evaluación de las decisiones de carácter público en estas materias.

En esta dirección se proponen estas herramientas conceptuales como corolario de la tesis central de la investigación, junto con la regla de inversión de la carga argumentativa y de la prueba en contra de la Administración que provoca el desequilibrio en los balances, a través de la adopción de una modalidad de gestión que produce efectos tendencialmente inequitativos.

El balance iusfundamental y su específica cuantificación a través del balance técnico permiten, por una parte, comprender la responsabilidad individual y colectiva en la realización de los derechos fundamentales propios y los de los otros integrantes de la comunidad y, por otra, el modo de medir la equidad como resultado de todo un sistema normativo poniendo como centro un concepto de capacidad económica de la persona que no se limita a fijar las cualidades esperadas del sistema tributario, sino como la referencia necesaria para distribuir las cargas y los beneficios de la acción colectiva institucional.

La inversión de la carga de la prueba, por otra parte, hace operativos los conceptos tratados al imponer la obligación de justificar una medida, como la delegación de gestión al sector privado, a la Administración. Por supuesto, esta justificación se la puede ubicar en la etapa de evaluación del proyecto y el análisis de conveniencia de la modalidad de gestión, que es ordinaria en los sistemas jurídicos observados.

Los efectos tendencialmente inequitativos que se evidencian al emplear la modalidad de APP para la gestión de un proyecto público asociado a derechos fundamentales se originan en las variaciones que resultan en el equilibrio de los balances, como resultado de la modificación de los puntos de conexión y el régimen que resulta aplicable a la organización y provisión del servicio público.

Las compensaciones derivadas del uso de los recursos públicos son el modo de reequilibrar el balance técnico afectado por las variaciones del sistema destinado a regular la provisión de los bienes y servicios encomendada a la Administración pública para satisfacer derechos fundamentales.

Esta circunstancia muestra la relevancia que tiene, desde la perspectiva jurídica, la planificación material y financiera del Estado. En efecto, el criterio de equidad, concebido en clave de derechos fundamentales, como lo he apuntado, es útil también para priorizar el gasto público a través de los instrumentos de planificación pública destinados a organizar el trabajo para alcanzar unos fines definidos desde los contenidos esenciales de los derechos fundamentales con los que se objetivan los valores de la

comunidad. El modo de catalogar estos contenidos esenciales y trabajar con ellos consiste en emplear los avances de las ciencias básicas en materia de formulación de indicadores, metas y medios de verificación y el trabajo estadístico para medirlos.

Los trabajos interdisciplinarios resultan fundamentales. El problema está en que la especificación técnica de la capacidad económica depende necesariamente de información que no puede ser gestionada para propósitos del debate jurídico en relación con la aplicación individual de los elementos del sistema tributario y de las de las cargas públicas con contenido económico en supuestos concretos. De ahí que, por ahora, el análisis práctico de la capacidad económica desde la perspectiva sistémica deba hacerse con base en la estadística disponible, limitada a los criterios extraños a las exigencias de los sistemas jurídicos.

Vigésimo primero. Cesión del principio de solidaridad para la financiación del gasto público hacia la conmutatividad entre la contraprestación y el servicio público

Cuando el Derecho y la Economía concibieron al Estado como un ente con atribuciones residuales e instrumentales, absolutamente destacado de los individuos, y estos fueron considerados como sujetos que asumen una posición prevaleciente en la satisfacción del interés colectivo e individual y —por ello— beneficiarios de la mayor protección jurídica posible de su esfera privada, las finanzas públicas fueron construidas también en términos de intercambio

Desde la perspectiva de la aptitud del sujeto pasivo de cualquier carga pública de carácter económico, el efecto de la elección de la modalidad de gestión renueva el debate sobre el modo en que deben ser realizados los derechos fundamentales y el rol del Estado en la satisfacción de las necesidades de los individuos implicadas en ellos. Como en el ámbito de la argumentación constitucional, caben variadas opciones de política pública, el punto central en la elección de las APP como modalidad de gestión y financiación de la actividad de titularidad pública está en decidir si el tipo de gasto que se requiere para la provisión de un servicio público es o no equitativo: si tal gasto debe ser cubierto en virtud de un criterio de solidaridad o debe ser asumido por el beneficiario del servicio en virtud de cualquier criterio de conmutatividad. Es un problema que apunta a determinar, nuevamente, y de manera indirecta, cuál es el rol del Estado en la satisfacción de los contenidos mínimos de determinados derechos fundamentales.

Vigésimo segundo. El gasto público y la manera de aplicar el criterio de equidad

El reconocimiento de derechos fundamentales en una comunidad (nacional o internacional), su protección y promoción, muestra el papel que tienen las instituciones del Estado en la realización de la libertad e igualdad material de los integrantes de la comunidad. El deber del Estado de asegurar el goce y ejercicio de los derechos fundamentales es la primera y más general competencia que se atribuye en todos los ámbitos de la actividad pública a los órganos del Estado.

Con esta base, la aplicación del criterio de la equidad en el gasto público desde la perspectiva jurídica consiste en ubicar el sistema de los gastos públicos entre los medios e instrumentos de los que dispone la organización institucional de la comunidad para

alcanzar, como mínimo, el balance iusfundamental al que he hecho referencia, reequilibrando el balance técnico.

El gasto público se realiza teniendo como antecedente decisiones de gravamen que presuponen diferencias entre los integrantes de la comunidad y afectan su capacidad individual de elección, pero, al mismo tiempo, asegura la vida en común a través de la garantía de mínimos de libertad e igualdad material para todos. En otros términos, la libertad ideal y la igualdad formal son solamente referente de base ideológica que busca maximizar lo individual frente a lo colectivo en un debate metajurídico. No obstante, la realidad exige que, por el bien del máximo posible de la libertad e igualdad individuales en un sistema de relaciones humanas con mutuas afectaciones y ventajas, sea la misma comunidad, a través de sus instituciones, la que participe en la construcción de su vida en común a través de la introducción de límites justificados a sus intereses particulares para atender aquellos colectivos. La solidaridad no es una opción: se ha integrado al sistema jurídico y requiere ser organizada y desarrollada.

El gasto público, el modo en que se financia o se evita, su uso o destino y la manera en que se controla y se evalúa en términos de calidad, es relevante como uno de los aspectos en los que se concreta y organiza el principio de solidaridad.

Ahora bien, al menos hay tres categorías de factores que son relevantes en la distribución del gasto público, esto es, los criterios de equidad que rigen la distribución del gasto público. Los he llamado las dimensiones material, territorial y temporal de la equidad en el gasto público.

En la dimensión material del gasto público, la planificación material del Estado enfocada hacia el desarrollo de programas y proyectos que tengan como objetivo la realización de los derechos fundamentales se muestra como un aspecto esencial. La actividad pública debe ser planificada y, en este sentido, la definición de los objetivos —o de una buena parte de ellos— viene dada por el mismo sistema jurídico cuando en él se reconocen derechos y se los califica como fundamentales. Los procesos de realización de las actividades encomendadas al Estado para la protección y promoción de los derechos fundamentales corresponden a una etapa posterior de desarrollo que se verifica con nuevas decisiones normativas que se incluyen en el sistema. Alinear la actividad pública a la satisfacción de los derechos fundamentales consiste, pues, en la adopción de decisiones funcionales a los valores agregados al sistema jurídico como causa de la acción colectiva.

En la dimensión territorial, el gasto público se realiza a través de la organización político-administrativa del Estado. Aunque desde el punto de vista del destino del gasto público la dimensión material, basada en criterios como las necesidades básicas insatisfechas, cobertura de servicios básicos, población, etc., siempre está presente, el aspecto que he resaltado se sitúa en el hecho de que el gasto público se distribuye con equidad en el territorio cuando los órganos subnacionales responsables de las prestaciones necesarias para la satisfacción de derechos fundamentales no se ven privados de los medios financieros requeridos para atender este deber. Hay afectación cuando las decisiones normativas que se agregan al sistema como criterios de reparto del gasto público se distorsionan de modo tal que los recursos presupuestarios deben redistribuirse por formas indirectas sin compensación. Por ejemplo, es un defecto estructural en los sistemas tributarios que por vía de la aplicación de los esquemas impositivos se produzca una redistribución de los recursos públicos entre presupuestos. Situación que usualmente deben afrontar los presupuestos de los gobiernos subnacionales

Finalmente está la dimensión temporal de la equidad al que se le ha dado más atención en los últimos tiempos, pero únicamente desde el punto de vista de la sostenibilidad fiscal, la reducción del gasto público y del déficit. En la línea de consideraciones que se ha enfatizado, lo que se cuida es la situación del Estado como deudor. Desde una perspectiva diversa, el de la equidad, el problema más importante de generar nuevas cargas al presupuesto público, ordinariamente de largo plazo, está en que las decisiones actuales afectan la capacidad de elegir el modo de satisfacer las necesidades futuras de la comunidad y, a partir de ello, en el goce y ejercicio de derechos fundamentales de quienes no están en posibilidad de intervenir en las decisiones actuales.

Vigésimo tercero. Inequidad en la distribución del gasto público y las APP

La modalidad de gestión de la actividad pública a través de APP, desde la perspectiva del gasto público, es también una medida excepcional por sus efectos en la realización de los objetivos de la planificación pública, la distribución de los recursos públicos en el territorio y las cargas que se proyectan a las generaciones futuras.

Los proyectos de APP, durante su fase de preparación, se conectan al momento de priorización del gasto de inversión del sector público. Es en esta etapa donde el análisis de equidad debe realizarse como justificación para la adopción de una decisión sobre la modalidad de gestión del proyecto público. Como he apuntado la modalidad de APP es tendencialmente inequitativa por el lado de la distribución de las cargas públicas de carácter económico para la financiación de las actividades encomendadas a los órganos del Estado. Cuando la modalidad de gestión llega a afectar el acceso a las prestaciones que permiten satisfacer los derechos fundamentales y no se ha arbitrado el medio de compensación, estamos frente a una decisión que no satisface el objetivo definido normativamente. Desde la perspectiva del gasto público se produce un efecto similar al que ocurre con respecto a las rentas disponibles de los individuos y su capacidad económica, cuando la Administración es la proveedora de los ingresos del proyecto. El impacto tiene que ver con la redefinición de la planificación material y financiera del Estado. Cuando los flujos del proyecto provienen de la Administración pública, el mismo efecto de sobrecoste se produce en el presupuesto público y, por tanto, menores recursos públicos pueden ser empleados para otros objetivos de la planificación material de los órganos del Estado. Si la planificación material y financiera del Estado está dirigida especialmente a la satisfacción de derechos fundamentales el efecto a nivel presupuestario repercute en toda la comunidad.

En el caso de los proyectos promovidos desde los gobiernos subnacionales, en razón de que se produce una redistribución de los ingresos públicos entre los presupuestos de los diversos niveles de gobierno y estos están destinados a la realización de objetivos referidos a prestaciones básicas, se puede considerar que hay cierto desvío en el principio de distribución equitativa del gasto público también desde la dimensión territorial de la equidad.

En efecto, la asignación de competencias materiales a los entes territoriales para la realización de actividades de servicio público está generalmente acompañada, por una parte, de la distribución de objetos de imposición y la capacidad de generarse ingresos propios y, por otra, de la participación en las rentas nacionales. Un esquema de distribución del potencial ingreso público en el territorio permite la adopción de las decisiones de gasto ajustadas al marco de competencias materiales otorgadas. Esta idea

refleja la línea de base de lo que podríamos señalar como un equilibrio teórico entre los deberes y medios para satisfacerlos de titularidad de cada ente en el territorio. No obstante, la aplicación del sistema tributario puede alterar la distribución original de los medios financieros que disponen los gobiernos subnacionales para satisfacer necesidades de la comunidad en su territorio, si los efectos económicos de los tributos indirectos aplicables no se trasladan al usuario final. Como hemos anotado el traslado al usuario final de estos tributos limita la renta disponible original, lo que, en la población más pobre, constituye una barrera de acceso a la prestación requerida para satisfacer su derecho fundamental. Cuando las cargas tributarias de la cadena productiva no se trasladan al usuario final y así se mantiene la fórmula de financiación solidaria, se produce en la práctica un traslado desde los presupuestos locales hacia el presupuesto nacional de los importes del IVA y de cualquier otro tributo indirecto que no se repercute al usuario final. Esta situación no es la misma en el caso de prestaciones de servicios públicos en los que interviene el titular del tributo implicado. Es muy notorio el caso del IVA, pero el efecto es similar en el caso de cualquier otro impuesto indirecto que es soportado por una Administración pública distinta al titular del tributo.

Este efecto se produce cualquiera sea el gestor del proyecto público del que se trate y no depende de la modalidad seleccionada. No obstante, la magnitud del traslado de recursos desde el presupuesto local al nacional se acrecienta por el efecto expansivo que se presenta en la imposición indirecta en el caso de los proyectos públicos de APP donde la Administración pública delegante es la que suministra los ingresos del proyecto con base en el traslado del riesgo de disponibilidad al gestor privado.

En el caso de España esta redistribución de los recursos públicos entre niveles de gobierno se produce, sin que se haya apuntado el asunto en la agenda de temas pendientes que requieren alguna solución. En Ecuador, se ha considerado el asunto en el contexto del IVA. De acuerdo con el sistema jurídico tributario ecuatoriano se ha establecido un mecanismo de compensación presupuestaria por el IVA que debe soportar el presupuesto de los gobiernos subnacionales. Aunque el mecanismo existe, problemas vinculados con la gestión administrativa generan conflictos sobre la oportunidad de restitución de los recursos por esta vía. Es evidente que la participación de los entes públicos en el esquema IVA es fundamental para que el tributo funcione de modo que la carga tributaria finalmente afecte al consumidor.

Sin embargo, cuando las entidades públicas asumen el rol de consumidores finales al momento de proveer bienes y servicios a la comunidad sin IVA (como cuando el bien o servicio lo provee la Administración gratuitamente o por una tasa), el IVA pagado con cargo al presupuesto público genera un efecto neto neutro en el presupuesto nacional si el prestador del servicio corresponde a este nivel. Por el contrario, si el prestador del servicio es un ente del gobierno subnacional, el IVA pagado con cargo al presupuesto implica el traslado de recursos públicos desde el presupuesto afectado hacia el presupuesto nacional para ser objeto, en algunos casos, de nueva distribución. Es notorio que el estímulo que este esquema produce es que la Administración prefiera trasladar la carga tributaria al usuario final en forma de precios públicos o varíe la modalidad de gestión para que participe un privado como proveedor directo del servicio.

Hay algunos proyectos que por ser cofinanciados generan restricciones en el presupuesto en el largo plazo, aunque tales compromisos firmes o contingentes sean irrelevantes para la medida del gasto, el déficit y el endeudamiento, sus efectos son similares en el largo plazo; en este sentido, las APP generan los mismos problemas que la deuda pública en materia de la sostenibilidad fiscal y, por ello, los efectos inequitativos que se pueden producir frente a los derechos fundamentales de generaciones futuras son similares a las del endeudamiento público, con la

particularidad de que los sobrecostes de la modalidad de financiación hacen de las APP una financiación más cara para el sector público y la sociedad.

Las restricciones presupuestarias que se crean en el presente finalmente repercuten en el bienestar futuro. Si esto es así, es aún más grave elegir una modalidad de gestión como la APP con el único propósito de que no se refleje en las cuentas públicas el pasivo que implica la obtención de un activo público. Como se sabe, en Europa la idea de que la transferencia al sector privado del riesgo operativo (e inicialmente el de construcción) en el marco de una concesión ha sido determinante para el uso de la figura como una herramienta para no suspender los programas de inversión y al mismo tiempo mantener satisfecho el requerimiento de contención del gasto, el déficit y el endeudamiento públicos. La orientación se originó en las mismas instituciones europeas y consiste en que si el riesgo operativo es transferido al sector privado, el sector público no debe agregar a las cuentas públicas el activo, teniendo como contrapartida el pasivo respectivo. De este modo, no se incrementan las cuentas sensibles.

La realidad es que, con independencia de la justificación técnica de este manejo contable y su utilidad para satisfacer una regla fiscal en el ámbito europeo, los compromisos firmes y contingentes que se adquieren con ocasión de una APP son idénticos a los que materialmente corresponden al endeudamiento público. De modo que, aunque no se «pinten» en las cuentas públicas, las obligaciones asumidas por el Estado en una APP deben ser satisfechas oportunamente con cargo al presupuesto público, cualquiera sea la forma que adopte el gasto (inversión u operación). El efecto material sigue siendo una restricción presupuestaria que limita las decisiones futuras sobre compromisos adquiridos en el presente. En principio esto es posible desde la perspectiva de la equidad, siempre que esta decisión no afecte el acceso de la generación futura a los medios para asegurar el goce de sus derechos fundamentales.

La modalidad de gestión de la actividad pública a través de APP, desde la perspectiva del gasto público, es también una medida excepcional por sus efectos en la realización de los objetivos de la planificación pública, la distribución de los recursos públicos en el territorio y las cargas que se proyectan a las generaciones futuras. Todo ello, por supuesto, no significa que no se deba emplear la herramienta, sino que el análisis de equidad que se debe efectuar al momento de incorporar un programa o un proyecto de APP para que el sector privado intervenga en la gestión de las actividades públicas, se debe cuidar, mediante el análisis de equidad, que la modalidad de gestión (i) no afecte la realización de los objetivos institucionales definidos por el contenido de los derechos fundamentales a los que se debe dirigir la actividad pública; (ii) no suponga merma de las capacidades institucionales del nivel subnacional para atender la parte de las actividades que les corresponde para satisfacer estos derechos; y, (iii) no suponga restricciones futuras en el acceso a las prestaciones a las que las generaciones venideras tienen que acceder para alcanzar el goce de sus derechos fundamentales.

Vigésimo cuarto. Inversión de la carga de la prueba en situaciones en las que la modalidad de gestión supone barreras de acceso a las prestaciones destinadas a la satisfacción de derechos fundamentales

La discusión de si la decisión de acometer un proyecto público bajo la modalidad de APP es constitucionalmente legítima es bastante más compleja, no por su contenido teórico, sino por prácticas inconsistentes de autorrestricción. Está muy presente la idea de que el juez constitucional no debe intervenir en las decisiones de política pública,

sino en la medida en que sean abiertamente contrarias al contenido que los mismos tribunales consideran debe darse a disposiciones constitucionales de textura abierta. En otras palabras, la tensión entre las decisiones de desarrollo basadas en la democracia representativa y aquellas de control técnico de esa misma democracia representativa en un momento previo, pero mediada por órganos que idealmente son técnicos y apolítico-partidistas, se pone en juego.

El sistema jurídico contiene metanormas que permiten la incorporación en el sistema de decisiones desde distintas fuentes y con distintos tipos de argumentos. Es una situación inevitable porque del componente humano del sistema no se puede esperar ningún tipo de comportamiento mecánico.

Conceptualmente, el control sobre desequilibrios en los balances es posible si se consiente que en situaciones en que se justifica un desvío en la línea de base, hipotéticamente con equilibrio en los balances iusfundamental y técnico, se produce una variación que afecta el acceso a un derecho fundamental. Porque esta situación le coloca a la autoridad en la necesidad de aportar la evidencia que demuestre la satisfacción del principio de progresividad con el máximo de los recursos disponibles y no regresividad en materia de derechos fundamentales, especialmente sociales, económicos y culturales.

Debe notarse que la inclusión del argumento fáctico que permita sostener la decisión de adoptar una modalidad de gestión de la actividad pública con afectación a la capacidad económica de las personas exige, como en el resto de casos de eventuales vulneraciones de derechos fundamentales como «casos sospechosos», la inversión de la carga de la prueba.

En este sentido, las medidas que tienen carácter regresivo, como la inclusión de barreras económicas en el acceso de las prestaciones destinadas a satisfacer derechos fundamentales como resultado del tipo de modalidad de gestión empleada, en principio pueden entrar en la categoría de sospechosas. Se trata de una extensión a los casos de diferenciaciones por cuestiones subjetivas en el tratamiento normativo o aplicativo del sistema jurídico.

El concepto se orienta en el sentido de que le corresponderá a la Administración pública demostrar que la modalidad de gestión adoptada y sus efectos subjetivos que implica mayores cargas públicas, está justificada en términos de los principios de desarrollo progresivo de los medios para satisfacer derechos fundamentales con el máximo de los recursos disponibles.

El mismo criterio puede emplearse en el caso de las decisiones con respecto al gasto público en el contexto de la selección de la modalidad de APP.

Vigésimo quinto. Una política y programa de APP para la gente: síntesis

Las APP son una modalidad excepcional de gestión de las actividades públicas y de su financiación, no solo por las restricciones que el sistema jurídico impone a su uso, sino muy especialmente en razón de los efectos que genera en la asignación y redistribución de la riqueza que produce la sociedad. Se trata de un problema de equidad y no solamente de eficiencia.

Ocuparse de la equidad, como criterio de corrección en el ámbito de las decisiones públicas, es hacer referencia a los derechos fundamentales como fines de la actividad encomendada al Estado. En este sentido, el sistema jurídico en su conjunto

produce equidad si el reconocimiento, protección y promoción de los derechos fundamentales de cada integrante de la comunidad es efectivo.

En un sistema de intercambio basado en la producción y los medios de cambio, los recursos financieros de los que dispone cada integrante y la comunidad organizada para satisfacer necesidades individuales y colectivas, colocan en relación indisoluble a los derechos y los deberes fundamentales.

El equilibrio entre derechos y deberes fundamentales, el balance iusfundamental, representa el ideal de equidad en la comunidad con reconocimiento en el sistema jurídico; implica que el conjunto de prestaciones reconocidas, protegidas y promovidas a través del sistema jurídico en forma de derechos fundamentales puedan ser cubiertas, según el desarrollo normativo, cuando se cumplen los deberes correlativos, interdependientes y complementarios, especialmente el de proveerse de los medios necesarios para autosatisfacer las necesidades individuales y familiares y el de contribuir con el sostenimiento de los gastos públicos de manera equitativa.

El sistema financiero público, a través del subsistema de ingresos —y en particular, el de los ingresos tributarios— y el subsistema de gastos —y en particular, los destinados a la inversión social—, es el mecanismo previsto en el sistema jurídico para perseguir este balance iusfundamental.

El balance iusfundamental se traduce en términos financieros en un balance técnico que conceptualmente relaciona en términos monetarios la renta de los individuos con una canasta de prestaciones vinculadas con los derechos fundamentales. Hay equilibrio si la renta disponible de los individuos, que incluye los medios propios y las transferencias monetarias originadas en el presupuesto público, cubre el total de prestaciones fundadas en el reconocimiento de los derechos fundamentales, menos las prestaciones en especie provistas por la sociedad sin contraprestación económica.

Un subsistema de ingresos públicos produce resultados equitativos en la distribución de las cargas públicas, cuando se emplea como criterio de comparación en el análisis de igualdad, la capacidad económica de cada individuo. La capacidad económica no es un criterio de comparación entre cada integrante de la comunidad con respecto a los impuestos, sino que puede ser empleado, en función del principio de igualdad, con relación a cualquier otra prestación con la que el Estado procura financiar las actividades que tiene encomendadas, especialmente, tratándose de la protección y promoción de los derechos fundamentales. La capacidad económica se expresa en términos monetarios a través del concepto de renta disponible para el individuo.

Del mismo modo, un subsistema de gastos públicos produce resultados equitativos cuando la asignación y redistribución de la riqueza de la sociedad emplea como criterio de comparación para las decisiones de gasto público también la capacidad económica, de modo tal, que estas decisiones públicas permitan al individuo mantener equilibrado el balance técnico. Este equilibrio se alcanza a través de transferencias monetarias a las economías domésticas deficitarias y con la organización y provisión de servicios públicos que, en razón de fallos de mercado o de la tutela del interés público, deban cubrir una parte de las prestaciones vinculadas con derechos fundamentales, sustituyendo las decisiones individuales.

Cualquier análisis de la capacidad económica debe partir de la determinación del contenido de los derechos fundamentales y su traducción en términos financieros. Aunque entre las ciencias básicas de las que se sirve el Derecho como técnica social, desde antiguo, han procurado mantener un criterio de comparación generando una canasta básica de bienes y servicios para establecer políticas públicas, los elementos de este agregado no necesariamente tienen comunicación con las exigencias del sistema jurídico en términos de derechos fundamentales. En la práctica, la estadística que se

emplea y con la que se promueven las políticas públicas no responden a los mandatos del sistema jurídico en materia de derechos fundamentales. Es decir, las elecciones de la sociedad que se traducen en normas jurídicas están colocadas al margen de las elecciones de política pública que se orienta desde las ciencias básicas, divorciándose de las decisiones sociales positivadas en el sistema jurídico vigente. Aunque últimamente se han hecho grandes esfuerzos para vincular las políticas y los instrumentos de planificación pública con los mandatos impuestos a través de los derechos fundamentales, especialmente los ODS y los derechos fundamentales con reconocimiento internacional, estas tareas apenas inician a nivel doméstico.

En circunstancias de restricción presupuestaria, las APP cofinanciadas —*i. e.*, en las que la Administración asume compromisos firmes o contingentes— no son una solución de largo plazo para cubrir las brechas de inversión pública, porque sus efectos presupuestarios son similares al endeudamiento público, pero más costosos. Desde la perspectiva del principio normativo de eficiencia en la distribución del gasto público, las APP como modalidad de financiación pública pueden ser ineficientes técnicamente en comparación con el endeudamiento público.

Una APP cofinanciada que llegue a justificarse en términos de eficiencia se ha de preferir en el ámbito de los objetos destinados a proveer servicios públicos vinculados a la promoción de derechos fundamentales. En este sentido la metodología *PPP People-first* resulta útil no solo para establecer la conveniencia de la decisión en términos de eficiencia, sino también y muy especialmente de equidad. Esta proposición se funda en el hecho de que el presupuesto público representa el esfuerzo solidario de la comunidad para cubrir los gastos de la actividad pública que persigue cierta igualdad material entre los integrantes de la comunidad. Así, la cofinanciación mantendría el propósito redistributivo en el gasto público. No obstante, por razones de equidad las afectaciones en la renta disponible de los individuos deben neutralizarse, ya como parte del cofinanciación pública, ya empleando herramientas de compensación frente a los sobrecostos generados.

Vigésimo sexto. Prelación de los casos en los que se puede emplear las APP desde la perspectiva del análisis de equidad y paradojas en la selección de la modalidad

El uso de las APP como modalidad de gestión y financiación es una decisión excepcional por su efectos, con independencia de las previsiones explícitas que sobre esta materia se pueden encontrar en los sistemas jurídicos. Por ello, los supuestos en los que podrían ser útiles pueden estar sujetos a una prelación indicativa desde la equidad que inicia con la viabilidad en proyectos productivos y concluye con los proyectos tipo social cuyos ingresos dependen del presupuesto público.

Una APP autofinanciada destinada a la provisión de servicios públicos vinculados con la promoción de derechos fundamentales, por su efecto tendencialmente inequitativo, debería admitirse únicamente si es posible en su estructuración restablecer el balance técnico afectado.

Una APP autofinanciada, que es el prototipo tradicional de delegación indirecta en la tradición española e hispanoamericana, tiene sentido cuando se dirige a alcanzar los medios necesarios para que los agentes empresariales puedan mejorar su competitividad en el mercado. Por esta misma razón, los límites de su empleo en el ámbito productivo dependen exclusivamente de un análisis de eficiencia tradicional: valor por dinero.

En síntesis, dentro de una política y programa de APP, limitada por la importancia de los compromisos firmes y contingentes que el Estado puede asumir con respecto al PIB, una prelación como la siguiente debería ser la consecuencia de cualquier análisis de equidad en los tres niveles analizados: el sistema jurídico en su conjunto, el subsistema de ingresos públicos y el subsistema de gastos públicos:

- APP autofinanciadas en proyectos públicos de inversión productiva, según la tradición española e hispanoamericana.
- APP cofinanciadas en proyectos públicos sociales, cuando se ha demostrado su conveniencia en términos de equidad y eficiencia.
- APP autofinanciada en proyectos públicos sociales debe evitarse como regla general.

El principio de equidad influye y limita el mecanismo de retribución al socio privado por su inversión, riesgo y trabajo, que depende de la naturaleza del bien o servicio a ser provisto y, por tanto, la elección misma del mecanismo de financiación del proyecto y la intervención del gestor privado. De modo que, por ejemplo, la situación de coactividad en la que se encuentra el usuario frente al acceso a un servicio público referido a derechos fundamentales, aunque resulta más atractiva para el eventual inversor privado porque asegura los flujos de ingresos del proyecto, exige mayor intervención pública originada especialmente en las exigencias del principio de equidad.

El incremento de riesgos en cabeza del inversionista supone, asimismo, el de los costes del proyecto, lo que coloca al Estado frente al problema de elegir la satisfacción de necesidades actuales trasladando sus eventuales mayores costes a la sociedad y las generaciones futuras o postergar la producción de servicios necesarios y retardar el crecimiento y el desarrollo de la comunidad.

La modalidad de gestión de APP es un instrumento más al servicio de la sociedad. Aunque tendencialmente es inequitativa con respecto a servicios públicos vinculados con derechos fundamentales es posible, aunque complejo, configurarla de modo tal que puedan corregirse los efectos materiales inequitativos que provoca. Desde la perspectiva de la equidad, no hay que perder de vista que la realización de los derechos fundamentales requiere acción. Por ello, la peor solución es la parálisis de la actividad pública, cuando hay restricciones financieras en el sector público.

* * *

BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, A. *Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ABAD FERNÁNDEZ, M. y otros. *Tasas y precios públicos en el ordenamiento jurídico español*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales - Marcial Pons, Madrid, 1991.
- ABAD YUPANQUI, S. «Límites y respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales: Estudio preliminar», en *Thémis* 21, núm. 21, 1992, pp. 7-15.
- ABEDRAPO, E. *Panorama institucional de la asociación público privada en Latinoamérica* [en línea], Presentación preparada para el curso «Análisis Costo Beneficio para Proyectos de Infraestructura y Servicios en México» organizado por el BID y la SCT, México. 2013 [19 láminas] [Consulta: 10/08/2015].
- ABRAMOVICH, V. Y C, COURTIS. «Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales», en C. Courtis y R. Ávila Santamaría (ed.). *La protección judicial de los derechos sociales*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- ABRAMOVICH, V. Y C, COURTIS. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.
- ABRAMOVICH, V. y C. COURTIS. *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el estado social*. Buenos Aires: Estudios del Puerto, 2006.
- ABRAMOVICH, V. Y C. COURTIS. *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el estado social*. Buenos Aires: Estudios del Puerto, 2006.
- ACUÑA LLAMAS, F. «El contenido esencial de las normas referentes a derechos humanos en la constitución mexicana. Consideraciones en torno a las limitaciones para asegurar su debido respeto y protección», en M. Carbonell (coord.). *Derechos fundamentales y Estado*. México: UNAM, 2002.
- AGUALLO AVILÉS, A. *Tasas y precios públicos*. Lex Nova: Valladolid, 1992.
- AGUAYO SERRANO, F. y E. DE LINARES GALINDO. «Tarifas de tasas y tarifas de precios públicos por presentación de servicios de competencia local. Huida del Derecho público (tributario). Un supuesto consentido», en *Consultor de los ayuntamientos y de los*

- juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, núm. 13, 2004, pp. 2235-2240.
- AGUILAR VALDEZ, O. «Reflexiones sobre la titularidad y el título de intervención estatal en las infraestructuras públicas», en *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, v. 6, núm. 1, 2015, pp. 114-139.
- AGUILAR, R. «El tratamiento tributario de la subcapitalización en la legislación peruana y en la legislación comparada», *Ius et Veritas*, 23.
- AGUILERA PORTALES, R., R. BECERRA Y S. ORTEGA GOMERO (coord.). *Neoconstitucionalismo, democracia y derechos fundamentales. Contribuciones a la teoría política y jurídica contemporánea*. México: Porrúa, 2010.
- AIRALDI, G. *Comuni e signorie nell'Italia settentrionale*. Turín: UTET, 1986.
- AIRMIC, ALARM Y IRM. *A structured approach to Enterprise Risk Management (ERM) and the requirements of ISO 31000* [en línea], [consultado: 10/10/2014]. Disponible: www.airmic.com
- ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C. «Tasas, precios públicos y prestaciones patrimoniales de carácter público», en *Tapia*, núm. 101, 1998.
- ALEGRE, M., J. MONTERO Y E. MONTI. «Igualdad», en *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. México: UNAM, 2015,.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. y M. SOMARRIVA UNDURRAGA. *Curso de Derecho Civil. De los bienes y derechos reales*. Santiago: Editorial Nascimento, 1974.
- ALESSI, R. *Istituzioni di diritto tributario. Parte generale*. Turín: UTET, 1966.
- ALEX Y MACCORMICK, LOS DE A. PECZENIK Y J. UUSITALO. *Reasoning on legal reasoning*. Vammala: Vammalan Kirjapaino Oy, 1979.
- ALEX, R. *Derechos sociales y ponderación*. 2.^a ed. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- ALEX, R. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1994.
- ALEX, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- Alex, R.. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1994.
- ALÍAS CANTÓN, M. «De las exacciones parafiscales a las prestaciones patrimoniales de carácter público», en *Quincena fiscal*, núm. 5, 2018, pp. 149-164.
- ALÍAS CANTÓN, M.. «Constitucionalidad de las nuevas prestaciones patrimoniales de carácter no tributario», en *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, núm. 5, 2018, pp. 40-53
- ALLARD, G. y A. TRABANT. *La tercera vía: en la frontera entre público y privado. Public-Private Partnerships*. Madrid: Centro PwC & ie del Sector Público, 2006.
- ALLEN, R. Y D. RADEV. «Managing and Controlling Extrabudgetary Funds», en *Journal on Budgeting*, vol. 6, núm. 4, 2006, pp. 7-36.
- ALLEN, R. Y D. RADEV. *Fondos extrapresupuestarios*. Washington: FMI, 2010 [Notas técnicas y manuales 10/09].
- ALMUDÍ CID, J. M. «La tributación indirecta del contrato de concesión de obras públicas a la luz de la Ley 30/2007, de contratos del sector público, y de la reciente doctrina de la Dirección General de Tributos», Documentos núm. 12/08, IEF, 2018. El criterio se basa en la Resolución de la DGT, de 5 de noviembre de 2007.
- ALONSO GONZÁLEZ, L. *Jurisprudencia constitucional tributaria*. Madrid, Marcial Pons, 1993.
- ALTIERI MEGALE, A. «¿Qué es cultura?», en *La Lámpara de Diógenes*, vol. 2, núm. 4, 2001.

- ÁLVAREZ AVILA, R. «Las características del arbitraje del CIADI», en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, núm. 2, 2002, pp. 206-229.
- AMATUCCI, A. (dir.). *Trattato di diritto tributario*, v. I, t. I. Padua: CEDAM, 1991.
- AMO GALÁN, Ó. DEL. «Las prestaciones patrimoniales de carácter público. Aspectos prácticos», en *Carta tributaria*. Núm. 46, 2019.
- AMO GALÁN, Ó. DEL. «Prestaciones patrimoniales de carácter público y jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Carta tributaria*, núm. 69, 2020.
- ANTONINI, L. *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*. Milán: Giuffrè, 1996.
- APARICIO ALDANA, R. «Importancia de la razón práctica en la delimitación del contenido esencial de los derechos fundamentales», en *Ita ius esto*, núm. 6, 2010.
- APARISI MIRALLES, M. «La Declaración de Independencia Americana de 1776 y los derechos del hombre», en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 70, 1990.
- ARANDA, E. «Derecho constitucional económico: estabilidad presupuestaria y derechos sociales». *Revista de Derecho Político*, 100, 2017.
- ARAUJO BARCELÓ, A. «La colaboración público-privada: entre la indeterminación, flexibilidad e incertidumbre», en *Documentos - Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 4, 2013.
- ARIAS, X. y G. CABALLERO. «Instituciones, costes de transacción y políticas públicas: un panorama», en *Revista de Economía Institucional*, vol. 5, núm. 8, 2003, pp. 117 - 146;
- ARIÑO ORTIZ, G. «El retorno a lo privado: ante una nueva encrucijada histórica», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 3, 1999.
- ARIÑO ORTIZ, G. *El concepto de servicio público y bases de su régimen jurídico*. Madrid: Civitas, 1975.
- ARIÑO ORTIZ, G. «Algunas ideas básicas sobre regulación de sectores estratégicos», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 9, 2000, pp. 9-26.
- ARIÑO ORTIZ, G. «Contrato de obra, concesión de obra, concesión de servicio público: ¿son técnicas intercambiables?». *Revista de derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red*, núm. 22, 2005, pp. 57-83.
- ARIÑO ORTIZ, G. «Liberalización y autonomías», *Informe Comunidades Autónomas*, núm. 2000, 2000.
- ARIÑO ORTIZ, G. «Logros y fracasos de la regulación». *Themis: Revista de Derecho*, núm. 52, 2006, pp. 43-53.
- ARIÑO ORTIZ, G. «Regulación para la Convergencia: Nuevas Tendencias». *Revista AHCIET: revista de telecomunicaciones*, núm. 111, 2007.
- ARIÑO ORTIZ, G. «Responsabilidades del Estado en materia de servicios públicos». *REDETI: Revista de derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red*, núm. 23, 2005, pp. 11-34.
- ARIÑO ORTIZ, G. e Í. DEL GUAYO CASTIELLA. «¿Qué fue de los principios inspiradores de la liberalización energética, veinte años después de su iniciación?». *Cuadernos de energía*, núm. 53, 2017.
- ARIÑO ORTIZ, G. et al. «Un inventario de ideas fundamentales sobre la regulación de servicios públicos», *Themis: Revista de Derecho*, núm. 46, 2003, pp. 403-410.
- ARIÑO ORTIZ, G. *Las tarifas de los servicios públicos*, Sevilla: Instituto García Oviedo, 1976.
- ARIÑO ORTIZ, G. *Las tarifas de los servicios públicos*. Sevilla: Instituto García Oviedo, 1976.
- ARIÑO ORTIZ, G. *Principios de Derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

- ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*, 1131a.
- ARISTÓTELES. *Política*, 1280a. Madrid: Alianza Editorial, 2005.
- ARMIGO, M. Planificación estratégica e indicadores de desempeño en el sector público. Santiago de Chile, CEPAL, 2011.
- ARTOLA, M. Y E. GARCÍA DE ENTERRÍA. *Constitucionalismo en la historia*. Barcelona: Crítica, 2005; N. Matteucci y otros. *Organización del poder y libertad. Historia del Constitucionalismo Moderno*. Madrid: Editorial Trotta, 1998.
- ASBRUN, R. et al. Asamblea Constituyente y Reforma Constitucional. Cochabamba: Okipus, 2004.
- ASCOLI, L. «El papel de Eurostat en el procedimiento de déficit excesivo y la crisis financiera», en A. Agulló Agüero (dir.). *Disciplina presupuestaria, colaboración público-privada y gasto público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, pp. 57-60.
- ASENSI SABATER, J. y J. MONTAÑA PINTO. «Los derechos civiles y políticos en la Constitución venezolana de 1999», en R. Viciano Pastor y L. Salamanca. *El sistema político en la Constitución bolivariana de Venezuela*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- ATIENZA M. y J. A. GARCÍA AMADO. Ponderación. Debate de Manual Atienza y Juan Antonio García Amado. Quito: Cevallos, 2016.
- ATIENZA, M. «¿Qué puede hacer la teoría por la práctica judicial?», en *La teoría jurídica desde la perspectiva de la aplicación judicial del Derecho*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1995.
- ATIENZA, M. *Curso de argumentación jurídica*. Trotta, Madrid, 2013.
- ATIENZA, M. *Curso de argumentación jurídica*. Trotta, Madrid, 2013, p. 109.
- ATIENZA, M. *Derecho y Argumentación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.
- ATIENZA, M. *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel, 2011.
- ATIENZA, M. *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- AUSTIN, J. «Lectures on Jurisprudence or Philosophy of Positive Law», v. I, en *The Province of Jurisprudence Determined*, 5.ª ed., Londres: [John Murray y Robert Campbell], 1929.
- AYALA ESPINO, J. Instituciones y economía. Una introducción al neoinstitucionalismo económico. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.
- BAEZA, M. *Planificación económico-financiera de las concesiones de autopistas de peaje. Un estudio empírico del caso español*. Tesis doctoral. Universidad de Granada [Departamento de Economía Financiera y Contabilidad], 2008, p. xviii.
- BAFILE, C. *Introduzione al diritto tributario*. Padua: CEDAM, 1978.
- BAKOVIC, T., B. TENENBAUM Y F. WOOLF. *Regulation by Contract: A New Way to Privatize Electricity Distribution?* Washington: Banco Mundial, 2003.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. «Capacidad creativa y límites del legislador en relación a los derechos fundamentales. La garantía del contenido esencial de los derechos», en M. Aparicio (coord.). *Derechos Constitucionales y formas políticas. Actas del congreso sobre derechos constitucionales y estado autonómico*. Barcelona: Cedecs, 2001.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.). *Derecho Constitucional*, v. II. Madrid: Tecnos, 2003.
- BALAGUER CALLEJÓN, M. «El contenido esencial del derecho de huelga», en *Revista de derecho político*, núm. 34, 1991, pp. 123 – 142.
- BALDASSARRE, A. «Costituzione e teoria dei valori», en *Politica del diritto*, núm. 4, 1991.
- BALDASSARRE, A. «Diritti pubblici soggettivi», en *Enciclopedia giuridica*. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1989, t. XI.

- BALL, R., M. HEAFEY y D. KING. «Risk transfer and value for money in PFI projects», en *Public Management Review*, vol. 5, núm. 2, 2003, pp. 279-290.
- BALLESTEROS PANIZO, C. «La cláusula arbitral en los contratos públicos en el derecho español: apertura, limitaciones y realidades», en J. Collantes González (coord.). *El convenio arbitral*. Lima: Asociación Iberoamericana de Derecho Privado y otros, 2019, pp. 75-100.
- BALLESTEROS, A. Y M. BALLESTEROS. Manual de Gestión de Servicios Públicos Locales, Madrid.
- BANCO ASIÁTICO DE DESARROLLO (BAD), BANCO EUROPEO DE RECONSTRUCCIÓN Y DESARROLLO (BERD), BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID), BANCO ISLÁMICO DE DESARROLLO (BI&D), BANCO MUNDIAL (GBM) y PUBLIC-PRIVATE INFRASTRUCTURE ADVISORY FACILITY (PPIAF). *APMG PPP Certification Guide* [en línea], 2016, [consulta: 15/02/2017]. Disponible: <https://ppp-certification.com/ppp-certification-guide-spanish>
- BANCO MUNDIAL - PIAFF, Participation in Infrastructure Projects Database [en línea], n. 17.
- BANCO MUNDIAL - PIAFF. «Toolkit for public-private Partnership in Roads & highways» [en línea], [consulta: 02/02/2017]. Disponible: <https://ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/documents/toolkits/highwaystoolkit/1/index.html>,
- BANCO MUNDIAL--PIAFF, *Participation in Infrastructure Projects Database* [en línea], <<http://ppi.worldbank.org>>, [Consulta: 08/08/2015].
- BANCO MUNDIAL-PIAFF, Participation in Infrastructure Projects Database [en línea], n. 17¹
- BANCO MUNDIAL-PPIAF. Benchmarking Public-Private Partnerships Procurement 2017. Benchmarking PPP Procurement: Assessing Government Capability to Prepare, Procure and Manage PPPs, Washington: Banco Mundial, 2016.
- BANCO MUNDIAL, BANCO ASIÁTICO DE DESARROLLO y BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. *Asociaciones Público Privadas: Guía de Referencia*, versión 2.0. Washington: Banco Mundial, 2014.
- BANCO MUNDIAL, BANCO ASIÁTICO DE DESARROLLO y BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. *Asociaciones Público-Privadas: Guía de Referencia*, versión 2.0, Washington, Banco Mundial, 2014.
- BANCO MUNDIAL, *Handshake* [en línea], <www.handshakejournal.org>, [Consulta: 08/08/2015].
- BANCO MUNDIAL. Country Readiness Diagnostic for Public-Private Partnerships [en línea], disponible en <https://library.pppknowledge.org/d/3553/download>, [Consulta: 15/01/2018]; Banco Mundial, Construction Sector Transparency Initiative y PPIAF. A framework for disclosure in public-private partnerships. Technical guidance for systematic, proactive pre- & post-procurement disclosure of information in public-private partnership programs [en línea], disponible en <http://pubdocs.worldbank.org/en/773541448296707678/Disclosure-in-PPPs-Framework.pdf>, [Consulta: 15/01/2018].
- BANCO MUNDIAL. Implementing a Framework for Managing Fiscal Commitments from Public Private Commitments, [Nota Operacional]. Washington: Banco Mundial, 2013.
- BANCO MUNDIAL. Public-Private Partnership Units. Lessons for their Design and Use in Infrastructure. Washington: Banco Mundial-PPIAF, 2007.
- BANCO MUNDIAL. *Public-Private Partnerships: Reference Guide*. Washington: World Bank Institute – PPIAF, 2012.
- BANCO MUNDIAL. *Toolkit for PPPs in Roads and Highways* [en línea], 2009, [consulta: 13/01/2016]. Disponible en: <https://ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/documents/toolkits/highwaystoolkit/index.html>

- BANCO MUNDIAL. Toolkit: A guide for hiring and managing advisors for private participation in infrastructure. Washington: Banco Mundial-PPIAF, 2001.
- BANCO MUNDIAL. World Development Report 1994. Infrastructure for Development. Nueva York: Oxford University Press, 1994.
- BARCIA LEHMANN, R. «Validez y vigencia», en *Ius et Praxis*, vol. 6, núm. 1, 2000.
- BAREA VIDIELLA. «Reflexiones de urgencia en torno a algunos aspectos de la Ley 39/1988», en *GF*, núm. 64, 1989.
- BARONA VILAR, S. «¿Qué y por qué la mediación?», en A. Ortega Giménez, M. E. Cobas Cobiella y S. Barona Vilar (coord.). *Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario: cuestiones de actualidad*. Madrid: Difusión Jurídica, 2013, pp.13-50.
- BARQUERO ESTEVAN, J. M. La función del tributo en el Estado social y democrático de Derecho. Madrid: CEPC, 2002.
- BARRIO ANDRÉS, M. «La huida del Derecho Administrativo y sus nefastas consecuencias para las Administraciones Públicas», en *Diario La Ley*, núm. 7664, 2011.
- BARTHOLINI, S. Il principio di legalità dei tributi in materia di imposta. CEDAM. Padua: 1957, n. 44.
- BASEL INSTITUTE ON GOVERNANCE Y OECD. *High Level Reporting Mechanism. [Concept brief]*. Basilea: International Centre for Collective Action, 2013.
- BASTARDO YUSTOS, F. «Límites a la inclusión de los costes de mano de obra en la revisión de precios de los contratos del sector público», en *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 171, 2021, pp. 90-103.
- BASTIDA, F. «¿Son los derechos sociales derechos fundamentales?», en R. Alexy. *Derechos sociales y ponderación*. 2.^a ed. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- BAURA DE LA PEÑA, E. «El "contenido esencial" del Derecho constitucional al matrimonio», en *Ius canonicum*, vol. 27, núm. 54, 1987.
- BAYONA DE PEROGORDO, J. Y M. SOLER ROCH, *Derecho Financiero*, v. I, Alicante: Compás, 1989.
- BEA PÉREZ, E. «Derechos y Deberes: El horizonte de la responsabilidad», en *Derechos y Libertades: Revista de Filosofía del Derecho y Derechos humanos*, junio de 2013, núm. 29, pp. 53-92.
- BELLER CAPELLA, V. *Ecología: De las Razones a los Derechos*. Granada: Ecorama, 1994.
- BENACH, J., G. TARAFAB, B Y C. MUNTANER. «El copago sanitario y la desigualdad: ciencia y política», en *Gaceta Sanitaria*, núm. 26, 2012.
- BERLIRI, A. «Per una precisazione del concetto giuridico di tassa: rapporto di tassa e rapporto contrattuale», en *RDTSF*, núm. IV, 1951.
- BERLIRI, A. Corso istituzionale di diritto tributario. Milán: Giuffrè, 1965.
- BERLIRI, L. *El impuesto justo*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1986.
- BERNAL BLAY, M. A. y J. L. MONEDERO ARANDILLA. «Los contratos del sector público (5). El contrato de concesión de obra pública», en M. Yzquierdo Tolsada [dir.]. *Contratos. Civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, t. XIV. Cizur Menor: Aranzadi, 2014, p. 471-520.
- BERNAL PULIDO, C. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- BERNARDIN, A. Y R. HEMMING Y G. SCHWARTZ. *Public Investment and Public-Private Partnerships* [Economic Issues 40]. Nueva York: Fondo Monetario Internacional, 2007.

- BID [Departamento de Financiación Estructurado y Corporativo]. Oficio CAN/CEC/995/2015, de 9 de junio de 2015, dirigido a Ministerio de Transporte y Obras Públicas, disponible en <https://www.obraspublicas.gob.ec/concesion-rio-7-huaquillas/>, [Consulta: 15/02/2016].
- BID, para asegurar el «Pago Anual por Obras» en el proyecto «IIRSA Norte», por 60 millones de dólares. Cfr. BID. «PE-L1010 : Programa de Garantías Ramal Norte del Amazonas IIRSA» [web], [consulta: 15/02/2018]. Disponible: <http://logisticsportal.iadb.org/node/4298>
- BID. Asociaciones Público Privadas en Perú: análisis del nuevo marco legal. Módulo V: El contrato APP, compromisos y garantías de Estado y gestión de modificaciones contractuales [en línea], [consulta: 20-05-2019]. Disponible en: https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/capacitaciones/modulo_5.pdf.
- BIN, R. Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza della Corte costituzionale, Milano, Giuffrè, 1991.
- BING, L., A. AKINTOYE, P. EDWARDS y C. HARDCASTLE. «The allocation of risk in PPP/ PFI construction projects in the UK», en *International Journal of Project Management*, vol. 23, núm. 1, 2005, pp. 25-35.
- BOBBIO, N. «Legge naturale e legge civile nella filosofia politica di Hobbes», en *Società e stato da Hobbes a Marx. Corso de filosofia della politica*. Turín: Cooperativa Libreria Universitaria Torinese, 1984
- BOBBIO, N. *El tiempo de los derechos*. Madrid: Sistema, 1991.
- BOBBIO, N. *Igualdad y libertad*. Barcelona: Paidós, 1993
- BODIN, J. *I sei libri dello stato*. Turín: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1988.
- BODIN, J. *Los seis libros de la república* [P. Bravo Gala y P. Bravo Gala], 4.^a ed. Madrid: Tecnos, 2006.
- BOHOSLAVSKY, J. P. Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento). Santiago de Chile: CEPAL, 2010, pp. 33 y siguientes.
- BOULDING, K.E. «La economía de la futura nave espacial Tierra», en *Revista de Economía Crítica*, núm. 14, 2012.
- BOVARD, J. «La “libertad frente a las necesidades” es esclavitud para todos» [en línea]. 05/25/2018. *Mises Institute* [consulta: 12/02/2019]. Disponible en: <https://mises.org/es/wire/la-“libertad-frente-las-necesidades”-es-esclavitud-para-todos>.
- BREZZI, P. I Comuni medioevali nella storia d'Italia, Roma: Eri, 1988; o, U. Nicolini. Per lo studio dell'ordinamento giuridico nel Comune medioevale. Raccolta di fonti. Milán: Celuc Libri, 1977.
- BUCHANAN, J. Los límites de la libertad. Entre anarquía y el Leviatán, [trad. V. Sardón] Madrid: Katz, 2009, passim.
- BULYGIN, E. «Lógica deóntica», en C. Alchourrón, J. Méndez y R. Orayen (ed.), *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, vol. 7: Lógica. Madrid: Trotta, 1995.
- BUNGE, M. *Ser, saber, hacer*, México: Paidós, 2002.
- BUNGE, M. *Sistemas sociales y filosofía*. Buenos Aires: Sudamericana, 1995
- BUSTAMANTE ALARCÓN, R. «El derecho fundamental a probar y su contenido esencial», en *Ius et Veritas*, núm. 14, 1997.
- BUSTAMANTE ALSINA, J. *Derecho Ambiental*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995; R. Martín Mateo. *Derecho Ambiental*. Madrid: IEAT, 1997.

- CAAMAÑO ANIDO, M. A. «Concurrencia de tasas y capacidad contributiva», en *Tasas y precios públicos en el ordenamiento jurídico español*. Madrid: Marcial Pons, 1991.
- CÁCERES, V. Y A. CARBAYO. «La concesión del servicio de agua y saneamiento en la provincia de Buenos Aires. Argentina: (1999-2006)», en *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones «Ambrosio L. Gioja»* [en línea], Año VII, núm. 11, 2013. <http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0011A007_0003_investigacion.pdf>, [Consulta: 25/07/2015].
- CADENAS, H. «El sistema de la estructura. Estructuralismo y teoría de sistemas sociales», en *Cinta moebio*, núm. 45, 2012.
- CALAFELL, J. «Teoría general de la concesión», en *Jurídica*. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, n. 26, 1996.
- CALATAYUD PRATS, I. «Riesgo y efectos de la resolución por incumplimiento del contratista de las concesiones de obra y servicio público: la liquidación del contrato (RPA) y la indemnización de daños y perjuicios», en *Revista General de Derecho Administrativo* [base de datos], núm. 44, 2017. [Iustel].
- CALDERA, R. [dir.]. *Obras Completas de Andrés Bello. Código Civil de la República de Chile*, t. XIV. Caracas: Fundación La Casa de Bello, 1954, p. 415
- CALVO GARCÍA, M. «Transformaciones del derecho y crisis de la justicia», *Revista Derecho del Estado*, 7, 1999.
- CALVO GARCÍA, M. *Transformaciones del Estado y del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- CALVO ORTEGA, R. «Principios tributarios y reforma de la Hacienda Municipal», en *La reforma de las Haciendas Locales*, v. I. Valladolid: Lex Nova, 1991.
- CAMISÓN, J. «Los derechos civiles y políticos en la Constitución boliviana», en *Revista Derecho del Estado*, núm. 28, 2012, pp. 171-231.
- CAMMEO, F. «Le tasse e la loro costituzionalità», en *Giurisprudenza Italiana*, núm. IV, 1889.
- CAMPDERRICH BRAVO, R. *Derecho, política y orden internacional en la obra de Carl Schmitt (1919-1945)*. Madrid: Trotta, 2005.
- CANÇADO, A. «Derechos de Solidaridad», en *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, t. I. San José: IIDH, 1994.
- CAÑAS, M., A. SÁNCHEZ, J. VASSALLO Y A. CASTROMÁN. «Modernización y conservación de carreteras mediante concesiones de peaje sombra». *Estudios de Construcción y Transportes*, núm. 104, 2006,
- CARBONELL, M. (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003;
- CARBONELL, M. (ed.). *Teoría del constitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007.
- CARBONELL, M. *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2007.
- CARBONELL, M. y L. GARCÍA JARAMILLO (eds.). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- CARBONELL, M. y L. GARCÍA JARAMILLO (eds.). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- CASADO OLLERO, G. «El principio de capacidad contributiva y el control de constitucionalidad de la imposición indirecta (II)», en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 34, 1982.
- CASADO OLLERO, G. «El principio de capacidad y el control constitucional de la imposición indirecta (II). El contenido constitucional de la capacidad económica», en

- Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 34, 1982, p. 233; M. Ruiz Garijo. «Adecuación de las tasas al principio de capacidad económica», *Información Fiscal*, noviembre-diciembre 1999, p. 76 – 77.
- CASADO OLLERO, G. «Los fines no fiscales de los tributos», en *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núm. 213, 1991.
- CASADO OLLERO, G. *El sistema impositivo de las Comunidades Autónomas*. Granada: Instituto de Desarrollo Regional, 1981.
- CASALS HERNÁNDEZ, J. Los derechos fundamentales y sus restricciones. Caracas: Legis, 2010.
- CASARES, A. La concesión de obras públicas a iniciativa particular: tramitación, adjudicación y garantía contractual de la calidad. Madrid: Montecorvo, 2007;
- CASARES, A. «Análisis del marco general, estado actual y perspectivas de las fórmulas de colaboración público-privada con especial referencia a la comunidad de Castilla y León», en *Estado actual y perspectivas de la colaboración público-privada* [dir. T. Quintana]. Valladolid: Consejo Económico y Social de Castilla y León, 2010, [Colección de Estudios núm. 14].
- CÁSERES, V. y A. CARBAYO. «La concesión del servicio de agua y saneamiento en la provincia de Buenos Aires. Argentina: (1999-2006)», en *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones «Ambrosio L. Gioja»* [en línea], Año VII, núm. 11, 2013, p. 10, <http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0011A007_0003_investigacion.pdf>, [Consulta: 25/07/2015].
- CASSAGNE, J. C. *Derecho Administrativo*, t. II, 7ma. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002.
- CASSESE, S. Los tribunales ante la construcción de un sistema jurídico global. Sevilla: Global Law Press, 2010.
- CASTAÑEDA, D. «En torno al fundamento de la *are inveniendi* en la razón práctica», en *Ars Iuris*, núm. 31, 2004.
- CASTILLO-CÓRDOVA, L. «Acerca de la garantía del contenido esencial y de la doble dimensión de los derechos fundamentales», en *Revista de Derecho* [Universidad de Piura], núm. 3, 2002, pp. 25 – 53.
- CENTRO EUROPEO EXPERTO EN COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA (EPEC). *The Guide to Guidance: How to Prepare, Procure, and Deliver PPP Projects*, Luxemburgo: EPEC, 2011.
- CENTRO INTERAMERICANO DE ADMINISTRACIONES TRIBUTARIAS (CIAT). *Modelo de Código Tributario del CIAT: un enfoque basado en la experiencia Iberoamericana*, Panamá: CIAT-Cooperación Alemana-BID, 2015,
- CENTRO INTERAMERICANO DE ADMINISTRACIONES TRIBUTARIAS (CIAT). *Modelo de Código Tributario del CIAT*, s.d., 2006.
- CENTRO INTERAMERICANO DE ADMINISTRACIONES TRIBUTARIAS (CIAT). *Modelo de Código Tributario del CIAT*, s.d., 1997.
- CENTRO INTERAMERICANO DE ADMINISTRACIONES TRIBUTARIAS. *Modelo de Código Tributario del CIAT: un enfoque basado en la experiencia Iberoamericana*, Panamá: CIAT-Cooperación Alemana-BID, 2015.
- CHECA GONZÁLEZ, C. «La crisis del principio de reserva de ley en materia tributaria», en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 145, 2010, pp. 5-40.
- CHECA GONZÁLEZ, C. «La crisis del principio de reserva de ley en materia tributaria», en *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 145, 2010, pp. 5-40.
- CHECA GONZÁLEZ, C. «Los impuestos con fines no fiscales: Notas sobre las causas que los justifican y sobre su admisibilidad constitucional», en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 40, 1983.

- CHINCHILLA MARÍN, C. «El derecho de la Unión Europea como freno a la huida del Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, 200, 2016.
- CHIRIBOGA, G. Y H. SALGADO. *Derechos Fundamentales en la Constitución ecuatoriana*. Quito: ILDIS, 1995.
- CHULVI, C. *El deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001;
- CIADI. *Investment Promotion and Protection Treaties. Chronological Index*. Nueva York: Oceana-Oxford University Press, 2016.
- CLARO SOLAR, L. *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado. De los bienes*, t. 6. Santiago: Imprenta Cervantes, 1980.
- CNN ESPAÑOL. «Sebastián Piñera suspende el alza de tarifas del metro de Santiago y se decreta toque de queda» [en línea], 19 de octubre de 2019 [consulta: 11/01/2020]. Disponible en: <https://cnnespanol.cnn.com/2019/10/19/chile-suspende-el-alza-de-tarifas-del-metro-de-santiago-tras-violentas-manifestaciones/>.
- COLINA, J. «Teoría del Caos, el tercer paradigma: una aplicación de las series pseudoaleatorias para modernizar la dinámica no lineal», en *Organización del conocimiento en sistemas de información y documentación* [actas del III Encuentro de ISKO-España, Getafe, 19 al 21 de noviembre de 1997], 1999.
- COLLADO YURRITA. «Tasas y precios públicos en la Ley reguladora de las Haciendas Locales», en *Impuestos*, núm. I, 1989.
- COMANDUCCI, P. «Formas de (neo)constitucionalista: un análisis meteórico», en *Isonomía*, núm. 16, 2002.
- COMMISSION FOR ARCHITECTURE AND THE BUILT ENVIRONMENT. *Creating Excellent Buildings: A Guide for Clients*, Londres: CABE, 2003.
- CORTEZ DOMÍNGUEZ, M. *Ordenamiento Tributario Español*, v. I, Madrid: Civitas, 1985.
- CORTI, H. «Crítica y defensa de la supremacía de la Constitución», en *La Ley*, s/n, 1997, p. 1033; H. Corti. «Constitucionalización del gasto público», en *Lecciones y Ensayos*, núm. 64/65, 1995, pp. 33-91.
- CORTI, H. «Derechos Fundamentales y Presupuesto Público: Una renovada relación en el marco del neoconstitucionalismo periférico», en J. M. Conti y F. Facury Scaff (coord.). *Orcamentos Públicos e Direito Financeiro*. San Pablo: Revista Dos Tribunais, 2011, pp. 127-186.
- CORTI, H. «Hacienda Pública y Derecho Constitucional», en *Boletín de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales*, 1998, s/p.
- CORTI, H. «La decisión presupuestaria y los derechos humanos en el sistema constitucional argentino», en C. Grosman (dir.). *Hacia una armonización del derecho de familia en el MERCOSUR y Países Asociados*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007, pp. 426-440.
- CORTI, H. «Los principios comunes del Derecho constitucional presupuestario, el gasto público justo y la Teoría General de la Constitución Financiera», en *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Tributario*, núm. 78, 2018, pp. 393-421.
- CORTI, H. «Los principios materiales de justicia del gasto público», en R. Asorey, C. Billardi, J. Casás, A. Torrealba y M. Plazas Vega (dir.). *Derecho Tributario: Reflexiones. Estudios en homenaje a Víctor Uckmar*. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 2018, pp. 17-36.
- CORTI, H. «Plurales procesos históricos y un problema global: Ley de Presupuesto y Derechos Humanos», en *Revista Institucional de la Defensa Pública de la CABA*, núm. 11, 2017.
- CORTI, H. *Derecho Constitucional Presupuestario*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007.

- CREMADES SANZ-PASTOR, B. M. «Arbitraje internacional: del arbitraje comercial internacional al arbitraje de protección de inversiones», en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, núm. 2007, 2007, pp. 13-22
- CRUZ PRADOS, A. *Filosofía política*. Pamplona: EUNSA, 2009.
- CRUZ PRADOS, A. *Filosofía política*. Pamplona: EUNSA, 2009, p. 145.
- D. EHRHARDT y T. IRWIN. Avoiding Customer and Taxpayer Bailouts in Private Infrastructure Projects: Policy toward Leverage, Risk Allocation, and Bankruptcy. Washington: Banco Mundial, 2004, pp. 46-49. [World Bank Policy Research Working Paper 3274].
- DAMARCO, J. El Principio de Capacidad Contributiva como fundamento y medida de los impuestos.
- DAÑINO ZAPATA, R. «El CIADI: 40 años después», en *Themis. Revista de Derecho*, núm. 53, 2007, pp. 143-147.
- DAUBE, VOLLRATH Y ALFEN. «A Comparison of Project Finance and the Forfeiting Model as Financing Forms for PPPs in Germany», en *International Journal of Project Management*, vol. 28, núm. 4, 2007.
- DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M. Y G. ARIÑO ORTIZ. «Servicio público y servicio universal en las telecomunicaciones», *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, núm. 37, 1997 pp. 34-53.
- DE LUCAS, J. *El concepto de Solidaridad*, México, Fontamara, 1993.
- DE MITA, E. Interesse fiscale e tutela del contribuente. Milán: Giuffrè, 2000.
- DE MITA, E. «El Derecho tributario entre derecho común y principios constitucionales», en *Interesse fiscale e tutela del contribuente*. Milán: Giuffrè, Milano, 2000.
- DE MITA, E. «Il principio di capacità contributiva», en *Interesse fiscale e tutela del contribuente*, A. Giuffrè. Milano: 2000, p. 80 y también en *Nuevo Digesto*, 4ta. Ed.
- DE MITA, E. «La funzione del tributo nel pensiero di Enzo Vanoni», en *Interesse fiscale e tutela del contribuente*. Milano: Giuffrè, 2000.
- DE MITA, E. «Parità di trattamento e ricerca di principi generali del diritto tributario», en *Interesse fiscale e tutela del contribuente*, Milano, A. Giuffrè, 2000.
- DE MITA, E. Interesse fiscale e tutela del contribuente, Milano, Giuffrè, 2000.
- DE MITA, E., «L'evoluzione del principio di legalità», en *Interesse fiscale e tutela del contribuente*. Milán: Giuffrè, 2000.
- DE MITA, E. «Il principio di capacità contributiva», en *Interesse fiscale e tutela del contribuente*. Milán: Giuffrè, 2000.
- DEL REAL ALCALÁ, A. Perspectivas del constitucionalismo con un enfoque plural. Madrid: Dykinson, 2019.
- DELMON, J Y V. RIGBY. *International Project Finance and PPP: A legal guide to key growth markets*. Alphen aan den Rijn (Holanda): Wolters Kluwer Law & Business Kluwer, 2013.
- DELMON, J. Private Sector Investment in Infrastructure: Project Finance, PPP Projects and Risks. Austin: Wolters Kluwer, 2009;
- DELMON, J. Understanding Options for Private-Partnership Partnerships in Infrastructure. Washington: Banco Mundial, 2010.
- DELMON, J. Y V. RIGBY (ED.). *International Project Finance and Public-Private Partnerships. A Legal Guide to Key Growth Markets 2013*. Kluwer Law International, 2012.

- DELOITTE. La contratación de infraestructuras mediante APPs Una herramienta de estímulo económico eficiente. Madrid: Deloitte, 2009.
- DESIGNING, Structuring, and Financing Private and Public Projects. Burlington: Elsevier.
- DEWAR, J. *International Project Finance: Law and Practice*. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- DEWATRIPONT, M. Y P. LEGROS. «Public-private partnerships: contract design and risk transfer». *EIB Papers*, 10 (1), 2005.
- DÍAZ BRAVO, E. «La tutela cautelar en el recurso especial en materia de contratación: análisis de jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía sobre suspensión del procedimiento», en J. M. Gimeno Feliú. *Observatorio de los contratos públicos*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 415-440.
- DIAZ REVORIO, F. J. «Derechos humanos y deberes fundamentales. Sobre el concepto de deber constitucional y los deberes en la Constitución Española de 1978», en *Ius. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, núm. 28, 2011, pp. 278-310.
- DICEY, A. *Introduction to the Study of Law of the Constitution*, 2.^a ed. Londres: Macmillan and Co., 1948.
- DÍEZ PICAZO, L. M. *Sistema de Derechos Fundamentales*. Madrid: Thomson-Civitas, 2008
- DÍEZ, M. M. Dominio público. Teoría general y régimen jurídico. Buenos Aires: Abeledo, 1987.
- DIMOULIS, D. Y G. SORAYA. «Dimensões da constitucionalização das políticas públicas», en *Revista de Direito Administrativo*, núm. 273, 2016.
- DURKHEIN, E. *La división del trabajo social* [trad. C. Posada]. Madrid: Akal, 2001.
- DUTZ, M., C. HARRIS, I. DHINGRA Y C. SHUGART. *Public Private Partnership Units: What Are They, and What Do They Do?* [Public Policy for the Private Sector, núm. 311], Washington: Banco Mundial, 2006.
- DWORKIN, R. *Law's Empire*. Massachusetts: Harvard University Press.
- DWORKIN, R. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984.
- EBERHARD, A. Infrastructure Regulation in Developing Countries: An Exploration of Hybrid and Transitional Models, Washington: Banco Mundial-PPIAF, 2007. H. Yong. H. K (ed.). Public-Private Partnerships Policy and Practice: A Reference Guide, Londres: Secretariado del Commonwealth, 2010, [sección 4.1.3].
- ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT. Evaluando el entorno para las asociaciones público-privadas en América Latina y el Caribe: Infrascopio 2014. Nueva York: EIU, 2014.
- ENDICOTT, T. «Law is Necessarily Vague» en *Legal Theory*, vol. 7, 2001.
- ENGEL, E., R. FISCHER Y A. GALETOVIC. «A New Approach to Private Roads», en *Regulation*, s/n [Otoño], 2002, pp. 18-22.
- ENGEL, E., R. FISCHER Y A. GALETOVIC. «¿Cómo licitar una concesión vial urbana?». *Estudios Públicos*, 67, 1997.
- ENGEL, E., R. FISCHER Y A. GALETOVIC. «Public-private partnerships: when and how», [en línea], Universidad de Chile, Facultad de Economía y Negocios, 19 de julio de 2008, [consulta: 13/02/2016]. Disponible en: <http://www.econ.uchile.cl/uploads/publicacion/c9b9ea69d84d4c93714c2d3b2d5982a5ca0a67d7.pdf>
- ENGEL, E., R. FISCHER Y A. GALETOVIC. «The basic public finance of public-private partnerships», en *Journal of the European Economic Association*, vol. 11, núm. 1, 2013, pp. 83-111.

- ESCOBAR, F. «Del Derecho romano a las tradiciones jurídicas», en *Criterio Jurídico*, núm. 7, 2007.
- ESCRIBANO, F. La configuración jurídica del deber de contribuir: Perfiles constitucionales. Madrid: Civitas, 1988.
- ESCRICHE, J. Diccionario Razonado de legislación civil, penal, comercial y forense [s. v. «Bienes Comunales» y «Bienes Públicos»]. París: Imprenta de P. Dupont et G. Laguionie, 1831, disponible en <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=ucm.5326071084&view=1up&seq=13> [Consulta: 12/11/2018].
- ESTY, B. Modern Project Finance: A Casebook, Hoboken, Nueva York: Wiley, 2004; S. Hoffman. The Law and Business of International Project Finance: A Resource for Governments,
- EUROPEA PPP EXPERTOS CENTRE (EPEC). «EPEC Data Portal», disponible en <https://data.eib.org/epec>, [Consulta: 15/08/2019].
- EUROPEAN PPP EXPERTISE CENTRE (EPEC). Establishing and Reforming PPP Units. Analysis of PEC Member PPP Units and lessons learnt, Luxemburgo: EPEC, 2014.
- EUROPEAN PPP EXPERTISE CENTRE (EPEC). *Force majeure provisions in PPP contracts* [en línea], Luxemburgo: EPEC, 2013, pp. 21-29, 41-45 y. 57, [consulta: 13/01/2016]. Disponible: https://www.eib.org/attachments/epec/epec_terminaison_and_force_majeure_en.pdf
- EUROPEAN PPP EXPERTISE CENTRE (EPEC). *Role and Use of Advisers in preparing and implementing PPP projects*. Luxemburgo: EPEC, 2014, p. 8
- EUROPEAN PPP EXPERTISE CENTRE (EPEC). *The Guide to Guidance: How to Prepare, Procure, and Deliver PPP Projects* [en línea], Luxemburgo: EPEC, 2011, p. 40-42, [consulta: 13/01/2016]. Disponible en: www.eib.org/epec/g2g/index.htm
- EVEN-ZOHAR, I. «Polycystic Theory», en *Poetics Today*, vol. 11, núm. 1, 1990.
- F. WEHRLE. High Level Reporting Mechanisms in Colombia and Ukraine. Basilea: Basel Institute on Governance, 2015, pp. 15 y ss. [Working paper series No. 19].
- FALCÓN Y TELLA, M. J. «La tridimensionalidad y el problema de la validez del Derecho», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 76, 1989-1990.
- FALCÓN Y TELLA, M. J. *Concepto y fundamento de la validez del derecho*. Madrid: Civitas, 1994.
- FALCÓN Y TELLA, R. «Algunas observaciones sobre la distinción entre tasas y precios públicos», en *Revista Técnica Tributaria*, núm. 29, 1995, p. 46
- FALCÓN Y TELLA, R. «Algunas observaciones sobre la distinción entre tasas y precios públicos», en *Revista técnica tributaria*, núm. 29, 1995, p. 44.
- FALCÓN Y TELLA, R. «Dos consecuencias del principio de interdicción constitucional de la compensación financiera silenciosa u oculta (*stille Finanzausgleich*) en el ITPYAJD: las concesiones y los tipos incrementados de AJD en caso de renuncia a la exención del IVA», en *Quincena Fiscal*, 7, 2007.
- FALCÓN Y TELLA, R. «La contraprestación del servicio público de abastecimiento domiciliario del agua Sentencia del Tribunal Supremo 23 y 24 de noviembre de 2015, en *Quincena Fiscal*, núm. 7, 2016.
- FALCÓN Y TELLA, R. «La finalidad financiera en la gestión del patrimonio, *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 35, 1982.
- FALCÓN Y TELLA, R. «Las medidas tributarias medio ambientales y la jurisprudencia constitucional», en J. Esteve Pardo (coord.). *Derecho del medio ambiente y Administración Local*. Madrid: Civitas.

- FALCÓN Y TELLA, R. «Las tarifas del agua, en caso de concesión, son precios privados: STC 63/2019, de 9 de mayo», en *Quincena Fiscal*, 13, 2019.
- FALCÓN Y TELLA, R. «Las tarifas del agua, en caso de concesión, son precios privados: STC 63/2019, de 9 de mayo», en *Quincena Fiscal*, 13, 2019.
- FALCÓN Y TELLA, R. «Un principio fundamental del Derecho tributario: la reserva del ley», en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 104, 1999, p. 712.
- FALCÓN Y TELLA, R. «Un principio fundamental del Derecho tributario: la reserva del ley», en *REDF*, 104, 1999.
- FALCÓN Y TELLA, R. «Un principio fundamental del Derecho tributario: la reserva del ley», en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 104, 1999.
- FALCÓN Y TELLA, R. *Régimen Fiscal de la concesión de obra pública (IVA, ITPYAJD, ICIO e IBI)*. Madrid: Marcial Pons, 2006
- FALCÓN Y TELLA, R. *Régimen fiscal de la concesión de obra pública (IVA, ITPYAJD, ICIO e IBI)*. Madrid: Marcial Pons, 2006
- FALCÓN Y TELLA, R.. «Un principio fundamental del Derecho tributario: la reserva del ley», en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 104, 1999, p. 712.
- FALSITTA, G. Manuale di diritto tributario. Parte general, 3.^a ed. Padua: CEDAM, 1999.
- FALSITTA, G. Manuale di diritto tributario. Parte general, 3.^a ed. Padua: CEDAM, 1999.
- FANTOZZI, A. *Diritto Tributario*, 2.^a ed. Turín: UTET, 1998.
- FARIÑAS DULCE, M. J. Y G. PECES-BARBA. *El problema de la validez jurídica*. Madrid: Civitas, 1991.
- FARQUHARSON, E. Y C. TORRES, E. R. YESCOMBE Y J. ENCINAS. *How to Engage with the Private Sector in Public-Private Partnerships in Emerging Markets*. Washington: Banco Mundial, 2011.
- FARRUGIA, C., T. REYNOLDS Y R. ORR. *Public-Private Partnership Agencies: A Global Perspective* [Working Paper number. 39]. Stanford: Collaboratory for Research on Global Projects, 2008.
- FEDELE, A. *La tassa*, ed. prov. Siena: Tipografia Senese, 1974.
- FEDELE, A. «Corrispettivi di pubblici servizi, prestazioni imposte, tributi», en *RDFSF*, II, 1971.
- FERNÁNDEZ AGÜERO, E., J. A. MORENO MOLINA y M. GONZÁLEZ. «Nota sobre la aplicación del IVA en la gestión del servicio público de estacionamiento regulado en vía pública (ORA) mediante concesionaria», en *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, núm. 11, 2018, pp. 92-109.
- FERNÁNDEZ BEITES, P. «Teoría de todos y partes: Husserl y Zubiri», en *Signos Filosóficos*, vol. IX, núm. 17, 2007.
- FERNÁNDEZ BEITES, P. «Teoría de todos y partes: Husserl y Zubiri», en *Signos Filosóficos*, vol. IX, núm. 17, 2007, pp. 63 - 99.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. «Los préstamos y créditos sindicados con interés variable», en A. Alonso, R. Bonardell y R. García (coord.). *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, 1990.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F. «Presentación y Estudio Preliminar», en P. Häberle. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn*. Madrid: Dykinson, 2003; M. López Alarcón. «Contenido esencial del derecho a la libertad religiosa», en *Anales del Derecho*, núm. 15, 1997.
- FERRAJOLI, L. *Democracia y Garantismo*, Madrid: Trotta, 2008.

- FERRAJOLI, L. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 1995.
- FERRAJOLI, L. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2007.
- FERRAJOLI, L. Y J. RUIZ MANERO. *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*. Madrid: Trotta, 2012.
- FERREIRO LAPATZA J. Y OTROS. *El proyecto de ley reguladora de las Haciendas Locales*. Madrid: Marcial Pons, 1988.
- FERREIRO LAPATZA, J. «La clasificación de los tributos en impuestos, tasas y contribuciones especiales», en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 100, 1998.
- FERRER BELTRÁN, J. y C. VÁZQUEZ ROJAS. *Del Derecho al Razonamiento Probatorio. Proceso y Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2020.
- FERRER, A. Historia de la globalización: orígenes del orden económico mundial, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1996; e, Historia de la globalización: Revolución Industrial y el Segundo Orden Mundial. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1999.
- FERRERA, M. Modelli di solidarietà. Politica e riforma sociali nelle democrazie, Bolonia, Il Mulino, 1993.
- FERRO, G. *Riesgo político y riesgo regulatorio: problemas en la concesión de sectores de infraestructura*. [Texto de Discusión núm. 25]. Buenos Aires: Centro de Estudios Económicos de la Regulación [Departamento de Economía y Finanzas, Universidad Argentina de la Empresa], 2001.
- FERROVIARIA ORIENTAL S.A., [página institucional], <www.fo.com.bo>, [Consulta: 08/08/2015].
- FIGUEROA GUTARRA, E. «Contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental: reglas para su determinación», en *Gaceta Constitucional*, núm. 78, 2014.
- FIGUEROA, A. Y M. GASCÓN. «Aproximación a la Teoría de la Argumentación», en *La Argumentación en el Derecho*. Perú: Palestra, 2003.
- FINNERTY, J. *Project Financing: Asset-Based Financial Engineering*. Nueva York: Wiley, 2007.
- FIORAVANTI, M. «Costituzione e Stato di diritto», en *Filosofia politica*, núm. I, 1991.
- FIORAVANTI, M. *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà: presupposti culturali e modelli storici*. Turín: UTET, 1991.
- FIORAVANTI, M. *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2001.
- FISHER, G. y S. BABBAR. *Private Financing of Toll Roads*. Washington: Banco Mundial, s/f, pp. 7 y 8 [World Bank RMC Discussion Paper Series 117]
- FIX-ZAMUDIO, H. *Estudio sobre la Jurisdicción Constitucional Mexicana*. México: Imprenta Universitaria, 1981.
- FIX-ZAMUDIO, H. Y S. VALENCIA CARMONA. *Derecho constitucional mexicano y comparado*. México, Porrúa, 1999.
- FLANAGAN, J. *Guide to developing the project business case. Better business cases: for better outcomes* [en línea]. Londres: [Reino Unido] HM Treasury, 2018, disponible www.gov.uk/government/publications [Consulta: 10/12/2019]; [Australia] NSW Treasury. *NSW Government Business Case Guidelines*.
- FLORES FERNÁNDEZ, Z. «El Contenido esencial del Derecho al Deporte: Perspectiva constitucional en Latinoamérica», en *Lex social: revista de los derechos sociales*, vol. 4, núm. 2, 2014, pp. 105 – 120.

- FLORES, R. «Ley de APP limitaría papel de Asamblea en concesiones», en *Contrapunto* [en línea], 3 de febrero de 2013, <<http://www.contrapunto.com.sv/gobierno/ley-de-app-limitaria-papel-de-asamblea-en-concesiones>>, [Consulta: 08/08/2015].
- FONDO MONETARIO INTERNACIONAL. Public-private Partnerships, Government guarantees and fiscal risk. Nueva York: FMI, 2016.
- FORSTHOFF, E. *Tratado de Derecho administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958.
- FOURIE, J. «Economic infrastructure: a review of definitions, theory and empirics». *South African Journal of economics*, vol. 74, núm., 2006.
- FUERTES, A. «Fundamentos de la colaboración público-privada para dotación de infraestructuras y servicios», en *Revista de derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red*, núm. 29, 2007.
- GAFFURI, G. *L'attitudine alla contribuzione*. Milano: Giuffrè, 1969.
- GAFFURI, G. Lezioni di Diritto tributario. Parte generale, 3.^a ed. Padua: CEDAM, 1999.
- GAGO, M. *Colaboraciones público-privadas: procedimientos para minimizar sus costes de transacción*. Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid [Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales], 14 de febrero de 2011.
- GALLEGO, A. «Transferencia y descentralización; delegación y desconcentración; mandato y gestión o encomienda», *Revista de Administración Pública*, 122, 1990.
- GALLEGO, A. «Transferencia y descentralización; delegación y desconcentración; mandato y gestión o encomienda», *Revista de Administración Pública*, 122, 1990.
- GARCÉS SANAGUSTÍN, M. Y A. PALOMAR OLMEDA E I. ARTEAGABEITIA (COORD.). *Derecho de las subvenciones y ayudas públicas*. Cizur Menor:
- GARCÍA AMADO, J. A. «El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica», en R. Alexy. *Derechos sociales y ponderación*. 2.^a ed. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- GARCÍA AMADO, J. A. «El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica», en R. Alexy. *Derechos sociales y ponderación*. 2.^a ed. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- GARCÍA AMADO, J. *Decidir y argumentar sobre derechos*. México: Tirant lo Blanch, 2017.
- GARCÍA AMADO, J. *La prueba judicial: sus reglas y argumentos*. La Paz: Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, 2019.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. «La figura del contrato administrativo». *Revista de administración pública*, 41, 1963, pp. 99-130.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y T. FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 1984.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. «Sobre la naturaleza de la tasa y la tarifa de los servicios públicos», en *Revista de Administración Pública*, núm. 12, 1953.
- GARCÍA FIGUEROA, A. «La Teoría del Derecho en tiempos de constitucionalismo», en M. Carbonell (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2005.
- GARCÍA FIGUEROA, A. «¿Existen diferencias entre reglas y principios en el estado constitucional? Algunas notas sobre la teoría de los principios de Robert Alexy», en R. Alexy. *Derechos sociales y ponderación*. 2.^a ed. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- GARCÍA FIGUEROA, A. *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta, 2009.
- GARCÍA FIGUEROA, A. *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madrid: CEPC, 1998.

- GARCÍA GODÍNEZ. Los criterios de corrección en la teoría del razonamiento jurídico de Neil MacCormick. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2017.
- GARCÍA MANRIQUE, R. (ed.), en la «Presentación», de R. Alexy. *Derechos sociales y ponderación*. 2.^a ed. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- GARCÍA MORENO, A. «La contraprestación satisfecha por el usuario del servicio de abastecimiento de agua es una tasa, no una tarifa o un precio, aunque se haya prestado mediante el régimen de concesión», en *Carta Tributaria*, núm. 12, 2016.
- GARCÍA MORENO, V. «Prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias. La importancia de la coactividad y del régimen de prestación del servicio público como determinante de la naturaleza de la contraprestación percibida: Contestación a consulta vinculante de la Dirección General de Tributos de 26 de diciembre (V3265-18)», en *Carta tributaria*, núm. 49, 2019.
- GARCÍA NOVOA, C. «Las potestades de calificación y recalificación como mecanismos antielusorios en el Derecho español», en *Themis: Revista de Derecho*, núm. 51, pp. 159-169;
- GARCÍA ROCA, J. y M. A. MARTÍNEZ LAGO. Estabilidad Presupuestaria y Consagración del Freno Constitucional al Endeudamiento. Madrid: Civitas, 2013.
- GARCÍA ROCA, J. y M. A. MARTÍNEZ LAGO. *Estabilidad presupuestaria y consagración del freno constitucional al endeudamiento*. Cizur Menor: Civitas, 2013.
- GARCÍA SÁENZ, M. «El tratamiento contable de los acuerdos de concesión de servicios en las normas internacionales de contabilidad», en *Revista Española de Control Externo*, vol. 10, núm. 28, 2008, pp. 159-186.
- GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J. «El «sector público» como referente actual del Derecho administrativo». *Revista de Administración Pública*, núm. 209, 2019
- GARCÍA-ESCORIAL DE LEÓN, I. Y A. PAREDES MANCHA. «Financiación sindicada corporativa de multinacionales españolas: una perspectiva internacional», *Revista Española de Relaciones Internacionales*, núm. 4, 2012, pp. 92-124;
- GARCÍA-ESCORIAL, I. DE LEÓN Y A. PAREDES MANCHA. «Financiación sindicada corporativa de multinacionales españolas: una perspectiva internacional», *Revista Española de Relaciones Internacionales*, 4, 2012, pp. 92-124. Para la revisión, ver Loan Market Association, «Documents & Guidelines» [web institucional], [consulta: 16/01/2017]. Disponible en: https://www.lma.eu.com/documents-guidelines/documents#document_index
- GARCÍA-FRESNEDA GEA, F. «Concepto y fundamentos históricos de la reserva de la Ley Tributaria», en *Crónica tributaria*, núm. 158, 2016, pp. 157-187.
- GARZÓN VALDÉS, E. «Cinco consideraciones acerca de la concepción de los derechos sociales de Robert Alexy», en R. Alexy. *Derechos sociales y ponderación*. 2.^a ed. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- GARZÓN VALDÉS, E. «Los deberes positivos generales y su fundamentación», en *Doxa*, núm. 3, 1986, pp. 17 – 33.
- GATTI, S. Project Finance in Theory and Practice. Designing, Structuring, and Financing Private and Public Projects. Burlington: Elsevier.
- GAVARA DE CARA, J. Y F. DE CARRERAS. Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- GELSI BIDART, A. De derechos, deberes y garantías del hombre común. Montevideo: Ed. B de f, 2006.
- GERBER, C. «Lineamenti di diritto pubblico tedesco», en P. Lucchini. *Diritto pubblico*. Milán: Giuffrè, 1971.

- GIANNINI, A. D. *Istituzioni di diritto tributario*. Milán: Giuffrè, 1974.
- GIANNINI, A. D. *Il rapporto giuridico di imposta*. Milán: Giuffrè, 1937.
- GIANNINI, A.D. I concetti fondamentali del diritto tributario. Turín: UTET, 1956.
- GIANNINI, M. S. «Canoni e tasse di concessioni comunali: la c.d. occupazione di aree pubbliche», en *Studi in memoria di Guido Zanobini*, s.l.
- GIANNINI, M. S. «Canoni e tasse di concessioni comunali» en *GC*, 1962, I.
- GIARDINA, E. Le basi teoriche del principio di capacità contributiva. Milano: A. Giuffrè, 1961.
- GIL DOMÍNGUEZ, A. *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*. Buenos Aires: Ediar, 2005.
- GIULIANI FONROUGE, C., R. GOMES DE SOUSA Y R. VALDÉS COSTA. Modelo de código tributario. Reforma tributaria para América Latina III. Programa Conjunto de Tributación OEA/BID. Washington: Unión Panamericana, 1967
- GLENDON, M., P. CAROZZA Y C. PICKER, *Comparative Legal Traditions: Text, Materials and Cases on Western Law*, 3.^a ed., St. Paul, West Academic Publishing, 2007.
- GLENN, P. *Legal traditions of the world: sustainable diversity in law*, 4.^a ed. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- GOIG MARTÍNEZ, J. M. «La constitucionalización de deberes», en *Revista de Derecho UNED*, núm. 9, 2011, p. 111-148.
- GOMAR SÁNCHEZ, J. I. «¿Tasas flexibles en la gestión indirecta de los servicios públicos y/o potestad tarifaria materialmente tributaria?», en *Crónica tributaria*, núm. 103, 2002, pp. 59-76.
- GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R. «Las prestaciones patrimoniales de carácter público y naturaleza no tributaria», en F. López Ramón [coord.], *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos*. Madrid: INAP, 2015.
- GÓMEZ-FERRER, «Las prestaciones patrimoniales de carácter público y naturaleza no tributaria», en F. López Ramón [coord.], *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos*. Madrid: INAP, 2015, p. 63 y ss. [Asociación Española de Derecho Administrativo, X Congreso].
- GÓMEZ, L. *Gobierno Liberal de Ismael Montes y el transporte ferroviario* [en línea], <<http://www.ferrocarrilesbolivia.com/clients>>, [Consulta: 09/08/2015].
- GONZÁLEZ CUÉLLAR, M. «El impuesto sobre Bienes Inmuebles», en D. Marín Barnuevo (coord.), *Los tributos locales*. Navarra: Civitas, 2005.
- GONZÁLEZ GARCÍA, E. «Aportaciones que cabe esperar del Tribunal Constitucional en materia tributaria a la vista del Derecho comparado», en *El Tribunal Constitucional*, v. II. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1981.
- GONZÁLEZ GARCÍA, E. Concepto Actual de Tributo: Análisis de Jurisprudencia. Pamplona: Aranzadi, 1996.
- GONZÁLEZ ORTIZ, D. «El concepto constitucional de tributo como determinante de la extensión del ámbito de aplicación del principio de capacidad económica», en *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 180, 2018, pp. 53-95.
- GONZÁLEZ ORTIZ, D. «La atribución legal de naturaleza jurídica a las contraprestaciones satisfechas coactivamente a empresas públicas y privadas», en *Quincena fiscal*, núm. 21, 2020, pp. 63-91.
- GONZÁLEZ PINO, A. «La reordenación de las prestaciones patrimoniales de carácter público en las Haciendas Locales», en *Revista de estudios locales*. Cunal, núm. 23, 1998, pp. 30-35.

- GONZÁLEZ PINO, A. «Las cesiones de crédito de naturaleza tributaria» [base de datos]. *Actualidad Administrativa*, núm. 5, 2016. [Disponible en: www.smarteca.es, consulta: 22/02/2016]
- GONZÁLEZ, J. «Contrato de colaboración público-privada». *Revista de Administración Pública*, núm. 170, 2006.
- GONZÁLEZ, J. Colaboración público-privada e infraestructuras de transporte. Entre el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y la atipicidad de la gestión patrimonial. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- GONZÁLEZ, M. «Los contratos de colaboración público-privados», en *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 79, 2008.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. «El concepto y las formas de privatización», en *Revista Española de Control Externo*, vol. 3, núm. 7, 2001, pp. 77-102.
- GOOD GOVERNANCE IN PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS, Ginebra: United Nations Publications, 2008.
- GOODMAN, A. «Entrevista a Max-Neef» [en línea], en *Solman*, [consulta: 12/06/2019]. Disponible en: <http://www.solman-ongd.org/index.php/prueba/159-entrevista-a-manfred-max-neef-159>
- GORBANEFF, Y., A. CORTÉS, S. TORRES y F. YEPES. «Teoría de costes de transacción, formas de gobernación y los incentivos en Colombia: un estudio de caso», en *Estudios Gerenciales*, núm. 29, 2013, pp. 332 – 338.
- GRAY, C. y E. LARSON. *Administración de proyectos*, 4ta. ed. México: MacGraw-Hill, 200
- GRECO, T. «Il ritorno dei doveri», en *Cultura e diritti*, núm. 1, 2012, pp. 91-105.
- GRIMM, D. «Multiculturalidad y Derechos Fundamentales», en E. Denninger y D. Grimm. *Derecho Constitucional para la sociedad multicultural*. Madrid: Trotta, 2007.
- GRIZIOTTI, B. *Studi di diritto tributario*. Padua: CEDAM, 1931.
- GRIZIOTTI, B. «Classificazione delle pubbliche entrate», en *RDFSf*, I, 1949.
- GRIZIOTTI, B. «Il principio della capacità contributiva e sue applicazioni», en *RDFSf*, I, 1949.
- GRIZIOTTI, B. «Il principio della contraprestazione e sue applicazioni», en *RDFSf*, I, 1950.
- GROOM, ERIC, JONATHAN HALPERN Y DAVID EHRHARDT (2006) Explanatory Notes on Key Topics in the Regulation of Water and Sanitation Services, Banco Mundial, Documento de debate del comité del sector de suministro y saneamiento de agua, 6, Washington, D.C.
- GRÜN, E. «Derecho y caos: sobre la actual y futura evolución del derecho», en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 3, 1999/2000.
- GUASCH, J. L. Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions Doing it Right. Washington: BM, 2004 [WBI Development Studies].
- GUASCH, J. L., J. J. LAFFONT y S. STAUB. «Renegotiation of Concession Contracts in Latin America. Evidence from the Water and Transport Sectors», en *International Journal of Industrial Organization*, vol. 26, 2008, pp. 421-442.
- GUASTINI, R. «Antinomias y lagunas», en *Jurídica: Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana* [en línea], núm. 29, 1999 [consulta: 07/09/2011]. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/29/cnt/cnt22.pdf>. Gustini sostiene, por ejemplo, que una antinomia puede ser provocada o evitada por vía de interpretación.

- GUASTINI, R. «Normas supremas», en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 17-18, 1995, pp. 257-270.
- GUERRERO MANSO, M. C. DE. «El dominio público y los bienes públicos: Europa y América Latina. ¿El hijo sigue mirando al padre?», en F. López Ramón y O. Vignolo Cueva. *El dominio público en Europa y América Latina*. Lima: Círculo de Derecho Administrativo, 2015.
- HABERMAS, J. Facticidad y validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Madrid: Trotta, 1998.
- HANSEN, A. *Política fiscal y ciclo económico*. México: Fondo de Cultura Económica, 1945.
- HARRIS, S. «Alianzas público-privadas: cómo prestar mejores servicios de infraestructura», en J. Benavides [ed.], *Recuperación de la inversión en infraestructura en América Latina y el Caribe*. Washington: BID, 2004, pp. 85-108. [Documentos seleccionados de la Serie de Conferencias del BID sobre Infraestructura, 2004].
- HART, H. *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.
- HARTMANN, N. *Ética*. Madrid: Encuentro, 2011.
- HAURIOU, M. Principios de Derecho público y constitucional. Granada: Comares, 2003.
- HEALD, D. «Value for money tests and accounting treatment in PFI schemes», en *Accounting, Auditing & Accountability Journal*, vol. 16, 2003, pp. 342-371.
- HEGEL, G. *Lineamenti di filosofia del diritto*, tr. it. F. Messineo, Roma-Bari, 1974.
- HELLER, H. «La sovranità. Contributo alla teoria del diritto dello Stato e del diritto internazionale», en P. Pasquino. *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*. Milán: Giuffrè, 1987.
- HERNÁNDEZ, R. *Derecho Procesal Constitucional*. San José: Juricentro, 1995.
- HERNANDO CEBRIÁ, L. La revisión legal («legal due diligence») en el derecho mercantil. Transparencia y control en operaciones de inversión y en adquisiciones y fusiones de empresa. Granada: Comares, 2008.
- HERNANDO CEBRIÁ, L. *El escrow y las cuentas bloqueadas en garantía*. Madrid: Marcial Pons, 2020.
- HERNANDO CEBRIÁ, L. Entidades de propósito (o cometido) especial y otras entidades vehiculares o puente. Una aproximación a su configuración tipológica desde el Derecho de Sociedades. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2017.
- HERNANDO RYDINGS, M. La colaboración público privada. Fórmulas contractuales. Madrid: Civitas, 2012.
- HERNANDO RYDINGS, M. Y E. ORTIZ CALLE. «X. Aspectos tributarios» [Los contratos del sector público (8). El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado], en M. Yzquierdo Tolsada [dir.]. *Contratos. Civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, t. XIV. Cizur Menor: Aranzadi, 2014, pp. 659-726.
- HERRANZ CASTILLO, R. «En torno al contenido esencial del derecho al trabajo como derecho fundamental», en *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 613, 2004.
- HERRERA MOLINA, P. «Derecho comparado: especial análisis del caso alemán», en J. Martín Fernández (coord.). *El mínimo personal y familiar en el impuesto sobre la renta de las personas físicas. Análisis de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, a la luz del Derecho comparado*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales-Marcial Pons, 2000.
- HERRERA MOLINA, P. Capacidad económica y sistema fiscal: Análisis del ordenamiento español a la luz del Derecho alemán. Madrid: Marcial Pons, 1998.

- HERRERA MOLINA, P. Derecho Tributario Ambiental (Environmental tax law). La introducción del interés ambiental en el ordenamiento tributario. Marcial Pons: Madrid, 2000.
- HERRERA MOLINA, P. Los precios públicos como recurso financiero. Madrid: Civitas, 1991.
- HERRERA MOLINA, P. «Los tributos ecológicos como recurso financiero local», en J. Gomar Sánchez y J. Rodríguez Fernández (coord.). *Hacienda y finanzas municipales*, UCCI, 2001.
- HERRERA, C. «La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución», en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 86, 1994, pp. 195-227.
- HIERRO, L. «El concepto de justicia y la teoría de los derechos», en E. Díaz y J. Colomer [eds.]. *Estado, Justicia, Derechos*. Madrid: Alianza, 2002.
- HIERRO, L. «Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy», en R. Alexy. *Derechos sociales y ponderación*. 2.^a ed. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- HINOJOSA, S. «Concesiones de obras públicas, espacios para la renegociación y fuentes de controversias», en *Themis. Revista de Derecho*, núm. 39, 1998, pp. 121-132.
- HINOJOSA, S. *Concesiones de infraestructura vial en Chile*, Santiago, Unidad de Estudios de Concesiones-MOP, 1997.
- Historia del ferrocarril de Guayaquil a Quito» [Carta a Angel Barrera, de 28 de octubre de 1911], en *Los últimos días de Alfaro: documentos para el debate* [en línea], Cuaderno 5, El Comercio, <http://especiales.elcomercio.com/2012/01/eloy_alfaro/docs/Los_ultimos_dias_de_Alfaro_cuaderno5.pdf>, [Consulta: 23/07/2015].
- HOBBS, TH. *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. [M. Sánchez Sarto, trad.]. México: Fondo de Cultura Económica, 2017.
- HÖFFE, O. *Immanuel Kant*. Barcelona: Herder, 1986.
- HÖFFE, O. *Justicia política*. Barcelona: Paidós, 2003.
- HOHFELD, W. Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and other Legal Essays. New Haven: Yale University Press, 1920.
- HOLLAND, B. «Enforceability of take-or-pay provisions in English law contracts - resolved», en *Journal of Energy & Natural Resources Law*, vol. 34, num. 4, 2016, pp. 443 - 453.
- HOLMES, S. y C. SUNSTEIN. El coste de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011.
- IBÁÑEZ PICO, M. «La figura del responsable del contrato en los contratos de servicios y concesiones de servicios de la nueva ley de contratos del sector público», en *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 167, 2020, pp. 118-128.
- IGLESIAS CARIDAD, M. «Las prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias», en *Nueva fiscalidad*, núm. 4, 2019, pp. 169-217.
- INTERNATIONAL BUDGET PARTNERSHIP (IBP). *Guía para la transparencia en las finanzas públicas. Buscar más allá del presupuesto central* [en línea]. Washington: IBP, 2011 [consulta: 23/01/2021]. Disponible: www.internationalbudget.org.
- INTERNATIONAL FEDERATION OF CONSULTING ENGINEERS (FIDIC). *Conditions of Contract for Construction* [Libro Rojo], 2.^a ed. Ginebra: FIDIC, 2017.
- INTERNATIONAL FEDERATION OF CONSULTING ENGINEERS (FIDIC). *DBO Contract* [Libro Dorado], 1.^a ed. Ginebra: FIDIC, 2008.

- INTERNATIONAL FEDERATION OF CONSULTING ENGINEERS (FIDIC). *EPC/Turnkey Contract* [Libro Plata], 2.^a ed. Ginebra: FIDIC, 2017
- INTERNATIONAL FEDERATION OF CONSULTING ENGINEERS (FIDIC). *Plant and Design-Build Contract* [Libro Amarillo], 2.^a ed. Ginebra: FIDIC, 2017.
- INTERNATIONAL FEDERATION OF CONSULTING ENGINEERS (FIDIC). *The FIDIC Golden Principles*. Ginebra: FIDIC, 2019
- INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SUPREME AUDIT INSTITUTIONS (INTOSAI). *Guidelines on Best Practice for the Audit of Public/ Private Finance and Concessions* [ISSAI 5220]. Viena: INTOSAI, 2007.
- INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SUPREME AUDIT INSTITUTIONS (INTOSAI). *Guidelines on Best Practice for the Audit of Risk in Public/Private Partnership*. Viena: INTOSAI, 2004.
- IOSSA, E. y D. MARTIMORT. «Risk allocation and the costs and benefits of public private partnerships», en *RAND Journal of Economics*, vol. 43, núm. 3, 2012, pp. 442-474.
- IOSSA, E., G. SPAGNOLO y M. VELLEZ. *Best Practices on Contract Design in PPPs: Checklist*. Washington: Banco Mundial, 2007, pp. 73-78.
- IRWIN, T. Government Guarantees: Allocating and Valuing Risk in Privately Financed Infrastructure Projects. Washington: Banco Mundial, 2007.
- IRWIN, T. Y T. MOKDAD. Managing Contingent Liabilities in Public-Private Partnerships: Practice in Australia, Chile, and South Africa. Washington: Banco Mundial, 2010.
- ISTRATE, E.Y R. PUENTES. «Moving Forward on Public Private Partnerships: U.S. and International Experience with PPP Units». *Project on State and Metropolitan Innovation*, Washington: Brookings Institution, 2011.
- JACOBSON, C. Y J. TARR. *Ownership and Financing of Infrastructure: Historical Perspective*, Policy Research Working Paper núm. 1446, Banco Mundial, 1995.
- JADRESIC, A. *Expert Panels in Regulation of Infrastructure in Chile*. Washington: PPIAF, 2007. [Working Paper núm. 2]
- JARACH, D. El Hecho Imponible. Teoría General del Derecho Sustantivo. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1982, p. 87.
- JARACH, D. Principi per la applicazione delle tasse di registro. Padua: CEDAM, 1937.
- JELLINEK, G. *Teoría General del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- JÈZE, G. Los principios generales del Derecho administrativo, t. 1. Buenos Aires: Depalama, 1948
- JIMÉNEZ COMPAIRED, I. «¿Ha fijado el Tribunal Supremo una doctrina definitiva sobre la naturaleza jurídica de la exacción por servicios públicos obligatorios o monopolizados prestados mediante empresa pública o privada?», en *Tributos Locales*, núm. 124, 2016.
- JIMÉNEZ NAVAS, M. «Algunas notas definitorias de las prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario introducidas por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público», en *Quincena Fiscal*, núm. 13, 2019.
- JIMÉNEZ REDONDO, M. «¿Es posible una lectura unitaria y consistente de los capítulos de la constitución relativos a derechos fundamentales?», en *Doxa*, núm. 5, 1988.
- JOHNSON, S. Sistemas emergentes o que tienen en común hormigas, neuronas, ciudades y software. Madrid: Turner, 2001, p. 79.
- JORDANO FRAGA, J. «La subcontratación administrativa y el desafortunado mito urbano de la admisibilidad de la acción directa en la LCSP», en *Revista española de derecho administrativo*, núm. 207, 2020, pp. 75-100.
- JORI, M. Y A. PINTORE. *Introduzione alla filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli, 2014.

- JUAN LOZANO, A. M. Y J. RODRÍGUEZ MÁRQUEZ. La colaboración público-privada en la financiación de las infraestructuras y servicios públicos. Una aproximación desde los principios jurídico-financieros. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2006.
- KAUFMANN, D., A. KRAAY Y P. ZOIDO-LOBATÓN. «La gobernabilidad es fundamental. Del análisis a la acción». Finanzas & Desarrollo, [junio] 2000.
- KEE, J. Y J. FORRER. «Private Finance Initiative - The Theory behind the Practice», *International Journal of Public Administration*, 31, 2008.
- KELSEN, H. La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional). México: UNAM, 2001.
- KELSEN, H. Teoría General del Derecho y del Estado. México: Porrúa, 1949.
- KELSEN, H. ¿Qué es la justicia?. Barcelona : Ariel, 1992.
- KELSEN, H. «El concepto de Estado y la psicología social», en *El otro Kelsen* [comp. O. Correas]. México: UNAM, 1989.
- KELSEN, H. «La Fundamentación de la Doctrina del Derecho Natural», en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 2, 1970.
- KELSEN, H. Compendio de Teoría General del Estado. México: Colofón, 1992;
- KELSEN, H. Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto. Milán: Giuffrè, 1989.
- KELSEN, H. La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional). México: UNAM, 2001.
- KELSEN, H. Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado (Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica). México: Porrúa, 1987.
- KELSEN, H. Teoría a General del Derecho y del Estado, México: UNAM, 1958.
- KELSEN, H. *Teoría General de las normas*. México: Trillas, 1994; «Una fundamentación de la sociología del derecho», en *Doxa*, núm. 12, 1992.
- KELSEN, H. ¿Qué es la justicia?. Barcelona : Ariel, 1992.
- KERF, M., R. DAVID GRAY, T. IRWIN, C. LEVESQUE, R. TAYLOR y M. KLEIN. *Concessions for Infrastructure: A Guide to Their Design and Award*. Washington: Banco Mundial, 1998, p. 83. [World Bank Technical paper núm. 399].
- KÖPCKE TINTURÉ, M. «Validez», en J. Fabra Zamora y A. Núñez Vaquero (coord.). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, vol. 2, 2015.
- KRIEGER, P. «La deconstrucción de Jacques Derrida (1930-2004)», en *Anales del Instituto de Investigaciones Estéticas*, UNAM, v. XXVI, núm. 84, 2004.
- KRISTOL, I. «Igualdad como un ideal» [s. v.], en *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*, Madrid: Aguilar, 1974.
- KRUSE, T. «La "Guerra del Agua" en Cochabamba, Bolivia: terrenos complejos, convergencias nuevas», en E. Garza Toledo de la (comp.). *De la Sindicatos y nuevos movimientos sociales en América Latina*. Buenos Aires: CLACSO, 2005.
- LA ROSA, S. Eguaglianza tributaria ed esenzioni fiscali. Milano: A. Giuffrè, 1968.
- LA TORRE, M. «Teorías institucionalizas del derecho (esbozo de una voz de enciclopedia)». *Derechos y libertades*, 14 (II), 2006.
- LASARTE ÁLVAREZ, J. «Funcionalidad del sistema fiscal y exigencia de cambio», en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 37, 1983.
- LASARTE ÁLVAREZ, J. «La formulazione della legge tributaria ed il principio della capacità contributiva», en *DPT*, núm. I, 1965.

- LASARTE ÁLVAREZ, J. «Sobre los principios del ordenamiento tributario y la política fiscal seguida en relación con el desarrollo del sector industrial», en *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núm. 78, 1968.
- LASKI, H. *A Grammar of Politics*, 5.^a ed. Londres: Allen and Unwin, 1973; y, *Studies in the problem of Sovereignty*. New Haven: Yale University Press, 1917.
- LAZO, X. «Estado de la cuestión y novedades en el ámbito de los contratos de asociación público-privada en el marco europeo». XIX Congreso Internacional del CLAD sobre Reforma del Estado y de la Administración Pública. Quito-Ecuador, 11-14 de noviembre de 2014.
- LEAHY, P. «Lessons from the Private Finance Initiative in the United Kingdom» [Papeles de trabajo núm. 2], BEI, 2005.
- LEGAZ, L. Y LACAMBRA. *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Barcelona: Bosch, 1943.
- LEITE DE CAMPOS, D. «Fiscalidade e antropologia», en *CIEF*, núm. 7, 1988.
- LEJEUNE VALCÁRCCEL, E. «Aproximación al principio constitucional de igualdad tributaria», *Seis estudios sobre Derecho Constitucional e Internacional Tributario*. Madrid: Edersa, 1980.
- LEJEUNE VALCÁRCCEL, E. «Aproximación al principio constitucional de igualdad tributaria», en *Seis estudios sobre Derecho Constitucional e Internacional Tributario*. Madrid: EDESA, 1980.
- LEJEUNE VALCÁRCCEL, E. «Aproximación al principio constitucional de igualdad tributaria», *Seis estudios sobre Derecho Constitucional e Internacional Tributario*. Madrid: EDESA, 1980.
- LINARES QUINTANA, S. Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional argentino y comparado. Buenos Aires: Plus Ultra, 1977.
- LOAN MARKET ASSOCIATION. *Guide to Syndicated Loans & Leveraged Finance Transactions* [en línea]. Londres: LMA, 2013, disponible en https://www.lma.eu.com/application/files/1614/7749/3386/LMA_Guide_to_Syndicated_Loans.pdf [Consulta: 03/02/2017].
- LOCKE, J. «Los Dos Tratados del Gobierno Civil», en *Antología de ideas Políticas*. Buenos Aires: Renacimiento, 1980.
- LOMBARDI, A. Contributo allo studio dei doveri costituzionali. Milano: Giuffrè, 1967.
- LOMBARDI, G. «Solidarità politica, solidarietà economica e solidarietà sociale nel quadro dei dovere costituzionale di prestazione tributaria», en *Temi tributari*, 1964.
- LONSDALE, C. «Post-contractual lock-in and the UK Private Finance Initiative (PFI): the cases of national savings and investments and the Lord Chancellor's Department», en *Public Administration*, vol. 83, 2005, pp. 67-88.
- LÓPEZ ALARCÓN, M. «Contenido esencial del derecho de libertad religiosa», en *Anales de derecho*, núm. 15, 1997.
- LÓPEZ DE CASTRO, L.Y G. ARIÑO ORTIZ. «Los servicios energéticos: organización y garantía de la competencia». *Revista de derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red*, núm. 20, 2004, pp. 11-48.
- LÓPEZ GUERRA, L. Y OTROS. Derecho Constitucional. El ordenamiento Constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos, v. I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- LÓPEZ HERNÁNDEZ, J. «Existencia, validez y nulidad de las normas jurídicas», en *Anales de derecho*, núm. 22, 2004.

- LÓPEZ SÁNCHEZ, R. «La dignidad humana en México: su contenido esencial a partir de la jurisprudencia alemana y española», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 50, núm. 151, 2018.
- LÓPEZ-RAMÓN, F. *Sistema jurídico de los bienes públicos*. Madrid: Civitas, 2012.
- LÓPEZ-RAMÓN, F. y O. VIGNOLO CUEVA (Coord.). *El dominio público en Europa y América Latina*. Lima: Red Internacional de Bienes Públicos y Círculo de Derecho Administrativo, 2015.
- LÓPEZ, F. «Marx y nosotros». *Extoikos*, 9, 2013, pp. 43-45; o, M. Harnecker. *Los conceptos elementales del materialismo histórico*. Madrid: Siglo Veintiuno, 1976.
- LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, M. «El problema del contenido esencial de los derechos fundamentales en la doctrina española y su tratamiento en la jurisprudencia constitucional», en *Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 13.
- LORENZON, G. «Ambito oggettivo di applicazione», en F. Moschetti. *La capacità contributiva*. Padua: CEDAM, 1993.
- LOTHAR, M. «¿El contenido esencial como común denominador de los derechos fundamentales en Europa?», en *Revista de Derecho Constitucional europeo*, núm. 11, 2009, pp. 165 – 187.
- LOZANO SERRANO, C. «Calificación como tributos o prestaciones patrimoniales públicas de los ingresos por prestaciones de servicios». *Revista Española de Derecho Financiero*, 116, 2002, pp. 611-678.
- LOZANO SERRANO, C. «Las prestaciones patrimoniales públicas en la financiación del gasto público». *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 97, 1998, pp. 25-52.
- LOZANO SERRANO, C. *Consecuencias de la jurisprudencia constitucional sobre el Derecho financiero y tributario*. Madrid: Civitas, 1990.
- LOZANO SERRANO, C. *Exenciones tributarias y Derechos Adquiridos*. Madrid: Tecnos, 1988.
- LUCAS VERDÚ, P. *Sobre el concepto de institución política*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1960.
- LUCIANI, M. ««Corte costituzionale e unità nel nome dei valori»», en R. Ramboli (dir.), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino, UTET, 1991.
- LUHMANN, N. *Introducción a la teoría de sistemas*. México: Universidad Iberoamericana, 2002.
- LUHMANN, N. *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Barcelona: Antrhopos, 200.
- LUHMANN, N. *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*. Barcelona: Antrhopos, 1998.
- MACCORMICK, N. «Rights in Legislation», en A. Kavanagh y J. Oberdiek. *Arguing About Law*. Londres: Routledge, 2008.
- MACDONALD, C., D. WALKER y N. MOUSSA. «Towards a project alliance value for money framework», en *Facilities*, vol. 31, núm. 5/6, 2013, pp. 279-309.
- MACHO PÉREZ, A. B. «Disciplina presupuestaria, transparencia y control del gasto público en los contratos de colaboración público-privada», en A. Agulló Agüero (dir.). *Disciplina presupuestaria, colaboración público-privada y gasto público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, pp. 75-128.
- MACÍAS OTÓN, E. «El derecho como sistema lingüístico y sus implicaciones para la terminología jurídica», en Ch. Vargas-Sierra (coord.), *TIC, trabajo colaborativo e interacción en Terminología y Traducción*, vol. 2 [CD-ROM], 2014.

- MACILWAIN, C. H. *Constitutionalismo antiguo y moderno*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016.
- MADURA, J. *International Financial Management*. 9.^a ed. Mason [Estados Unidos, OH]: Thomson, 2008.
- MAFFEZZONI, F. Il principio di capacità contributiva nel diritto finanziario, UTET, Torino, 1970.
- MAKINSON, D. «El debate sobre el desarrollo: más allá del Consenso de Washington - Editorial», en *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, núm. 166, 2000.
- MALARET GARCÍA, E. «Servicio público, actividad económica y competencia», en *Revista de Estudios de Administración Local*, núm. 291, 2003.
- MANSELLI, R. L'Europa medioevale. Storia universale dei popoli e delle civiltà, t. VIII, Turín: UTET, 1979, v. 2.
- MANTILLA-SERRANO, F. «La Corte Internacional de Arbitraje de la CCI», en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, vol. 4, núm. 3, 1992, pp. 813-824.
- MANZONI, I. Il principio di capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano. Turín: Giappichelli, 1965.
- MARIENHOFF, M. *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1965.
- MARIENHOFF, M. *Tratado del dominio público*. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina, 1975.
- MARÍN CASTÁN, M. «Constitutionalismo, justicia constitucional y crisis del positivismo jurídico», en *Positivismo jurídico a examen: estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2006.
- MARÍN-BARNUEVO, D. «El impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras», en D. Marín-Barnuevo (coord.). *Los tributos locales*. Cizur Menor: Civitas, 2010, pp. 540 y ss.
- MARTÍN DELGADO, J. «Comentario general de jurisprudencia», en REDF, 20, 1978, p. 758 y ss.
- MARTÍN DELGADO, J. «Los principios de capacidad económica e igualdad en la Constitución española de 1978», *HPE*, 60, 1979.
- MARTÍN FERNÁNDEZ, F. *Tasas y Precios Públicos en el Derecho Español*. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 257.
- MARTÍN FERNÁNDEZ, F. *Tasas y Precios Públicos en el Derecho Español*. Madrid: Marcial Pons, 1995.
- MARTÍN FERNÁNDEZ, J. «Los precios públicos y la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995, de 14 diciembre», en *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, Madrid: Aranzadi, 1995, t. III, pp. 1 - 50.
- MARTÍN FERNÁNDEZ, J. «Modificaciones en tasas y otras prestaciones patrimoniales de carácter público», en *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación*, núm. 180, 1998, pp. 73-90.
- MARTÍN FERNÁNDEZ, J. «Regulación en España», J. Martín Fernández (coord.). *El mínimo personal y familiar en el impuesto sobre la renta de las personas físicas. Análisis de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, a la luz del Derecho comparado*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales-Marcial Pons, 2000.
- MARTÍN HUERTAS, M. «El contenido esencial de los derechos fundamentales», en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 75, 2008, pp. 105 - 190.
- MARTÍN JIMÉNEZ, A. «Notas sobre el concepto constitucional de tributo en la jurisprudencia reciente del TC», en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 106, 2000, p. 185 y ss.

- MARTÍN VIDA, M. «Medidas de acción positiva en los países miembros de la Unión Europea», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 12-13, 2003-2004.
- MARTÍN, J. Queralt *et al.*, *Curso de Derecho financiero y tributario*, 11a. ed., Madrid: Tecnos, 2000.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. «El mantenimiento del equilibrio económico y la revisión de precios las concesiones», en J. Martínez Fernández (coord.). *La gestión de los servicios públicos locales en el marco de la LCSP, la LRJSP y la LRSAL*. Madrid: Wolters Kluwer, 2019.
- MARTÍNEZ GIMÉNEZ, C. *Los precios públicos*. Madrid: Civitas, 1993; F. Martín Fernández. *Tasas y Precios Públicos en el Derecho Español*. Madrid: Marcial Pons, 1995.
- MARTÍNEZ LAGO, M. «Función motivadora de la norma tributaria y prohibición de confiscatoriedad», en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 60, 1988.
- MARTÍNEZ LAGO, M. A. Ley de Presupuestos y constitución. Sobre las singularidades de la reserva de ley en materia presupuestaria. Madrid: Trotta, 1998.
- MARTÍNEZ LAGO, M. A., L. GARCÍA DE LA MORA y J. M. ALMUDÍ CID. *Lecciones de Derecho Financiero y Tributario*. 10.^a ed. Madrid: Iustel, p. 43.
- MARTÍNEZ MANZANEDO, R. «El tratamiento de la colaboración público-privada en el sistema europeo de cuentas. Criterios de contabilización: normativa interna y comunitaria», en A. Agulló Agüero (dir.). *Disciplina presupuestaria, colaboración público-privada y gasto público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, pp. 63-74.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, J. «Los modificados y recurso especial en materia de contratación, en *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas*, núm. 167, 2020, pp. 35-46.
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, C. El principio de equivalencia en el sistema tributario español, op. cit., pp. 149 y 150.
- MARTÍNEZ SANCHIZ, J. «Préstamos y créditos participativos y subordinados», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 28, 1988.
- MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J. L. «La nueva configuración de la gestión indirecta de los servicios públicos de resultados de la Ley de Contratos del Sector Público de 2017. Algunas consideraciones con especial incidencia en el subsistema local», en J. M. Gimeno Feliú. *Observatorio de los contratos públicos*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 77-113.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, A. «El contenido esencial del derecho a la integridad física. A propósito de una cuestión controvertida», en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 17, 1997.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, L. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- MARTÍNEZ, F. «¿Qué es el dominio público?», en *Themis: Revista de Derecho*, núm. 40, 2000.
- MARTÍNEZ, M. «Sobre el contenido objetivo de los derechos fundamentales», en M. Aparicio (coord.). *Derecho Constitucionales y formas políticas. Actas del congreso sobre derechos constitucionales y estado autonómico*, Estudios constitucionales y políticos. Barcelona: Cedecs, 2001.
- MARTINS, D. «Solución de controversias en los contratos PPP con especial referencia al arbitraje», en *Estudios de Derecho Administrativo*, núm. 6, 2012, pp. 425-436.
- MASSINI CORREAS, C. «Sobre iusnaturalismo y validez del derecho», en *Dikaion*, vol. 28, núm. 1, 2019.
- MAX-NEEF, M. Desarrollo a escala humana: conceptos, aplicaciones y algunas reflexiones. Barcelona: Nordan e Icaria, 1998.
- MAYER, O. *Derecho administrativo alemán*, t. IV, Buenos Aires, Depalma, 1949.

- MCILWAIN, C. «Sovereignty», en *Constitutionalism and the Changing World*. Cambridge: Cambridge University Press, 1969.
- MEDINA ARNÁIZ, T. «El requisito de solvencia en la Ley de Contratos del Sector Público», en J. M. Gimeno Feliú. *Observatorio de los contratos públicos*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 167-223.
- MELCHOR, F. «Razón de Deuda/Capital (D/C). Una herramienta de análisis fundamental». *Emprendedores*, 159, 2016.
- MELUCCI, A. *Acción colectiva, vida cotidiana y democracia*. México: El Colegio de Mexico, 1999.
- MELUCCI, A. *Acción colectiva, vida cotidiana y democracia*. México: El Colegio de Mexico, 1999, pp. 25 - 54.
- MERRYMAN, J. The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America, 2.^a ed. Palo Alto: Stanford University Press, 1985.
- MICHELE, R. DE, J. PRATS e I. LOSADA REVOL. *Efectos de la corrupción en los contratos de asociaciones público-privadas. Consecuencias de un enfoque de tolerancia cero*. Washington: BID, 2018.
- MICHELI, G. A. Curso de Derecho Tributario. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1975.
- MONTARI, B. (dir.) La dottrina giuridica italiana alla fine del XX secolo. Milán: Giuffrè, 1998.
- MONTESQUIEU. *Del espíritu de las Leyes* [trad. M. Blázquez y P. de Vega]. Madrid: Tecnos, 1987.
- MORENO GONZÁLEZ, G. Estabilidad presupuestaria y constitución: Fundamentos teóricos y aplicación desde la Unión Europea. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- MORENO MOLINA, J. A. «La construcción jurisprudencial europea de la teoría de los principios generales de la contratación pública y su plasmación posterior en la legislación de la Unión Europea», en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 19, 2018, pp. 27-47.
- MORENO MOLINA, J. A. «Los principios generales de la LCSP 2017», en *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, núm. 1, 2019, pp. 21-34.
- MORENO MOLINA, J. A. «Una nueva reforma de la Ley de Contratos del Sector Público. Las modificaciones introducidas por la Ley 11/2020, de Presupuestos Generales del Estado para 2021», en *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 171, 2021, pp. 155-167.
- MORENO MOLINA, J. A. y J. PINTOS SANTIAGO. «Balance de aplicación a un año vista de la nueva LCSP», en *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 159, 2019, p. 1.
- MORENO MOLINA, J. A. y J. PINTOS SANTIAGO. *Los contratos administrativos y su aplicación: obras, suministros, servicios y concesiones de obras y servicios*. Madrid: Wolters Kluwer, 2018.
- MORENO MOLINA, J. A., I. GALLEGÓ CÓRCOLES, F. PUERTA SEGUIDO y J. PUNZÓN MORALEDÁ. «Contratación pública», en *Revista española de derecho administrativo*, núm 211, 2021, pp. 135-158.
- MORESO, J. J. «Alexy y la aritmética de la ponderación», en R. Alexy. *Derechos sociales y ponderación*. 2.^a ed. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- MORET MILLÁS, V. «Los deberes constitucionales en el ordenamiento jurídico español: el inestable binomio derechos-responsabilidades», en *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, núm. 30, 2018, pp. 205-272.
- MORÍN, E. *Introducción al pensamiento complejo*. Barcelona: Gedisa 1994.

- MORRISON, R. (ed.). *The Principles of Project Finance*. Burlington: Gower, 2012; J. González y otros. «Project Finance y Asociaciones Público-Privada para la provisión de servicios de infraestructura en Colombia», en *Obras y Proyectos*, núm. 16, 2014.
- MOSCHETTI, F. «Profili generali», en F. Moschetti (dir.). *La capacità contributiva*. Padua: CEDAM, 1993, publicado también en A. Amatucci (dir.). *Trattato di diritto tributario*, v. I. Padua: CEDAM, 1991, t. I.
- MOSCHETTI, F. *Il principio di capacità contributiva*, Padua, CEDAM, 1973
- MOTTA NAVAS, A. «Hacia la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales», en *UniVersitas*, núm. 110, 2005, pp. 519 - 542. J. Rodríguez Calero. «La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico español», en *Revista Frónesis*, vol. 9, núm. 1, 2002, pp. 29 - 56, L. Martínez-Pujalte. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- MUNNÉ, G. «Quien pudiera ser positivista. Los modelos de ciencia jurídica y el debate actual sobre positivismo jurídico», *UniVersitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 2, 2005.
- MUÑOZ PRIETO, M. «Concesiones viales en Colombia. Historia y desarrollo», en *Tecnura* 10, 2012.
- MUÑOZ, M. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público*. Madrid: Civitas, 2004.
- NÁJERA PASCUAL, A. Y G. OLIETE BENEDITO. «Préstamos y créditos sindicados», en M. Yzquierdo, J. M. Almudí Cid y M. Á. Martínez Lago (coord.). *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, v. 10, 2014.
- NÁJERA, A. Y G. OLIETE. «Préstamos y créditos sindicados», en M. Yzquierdo (dir.), J. M. Almudí Cid y M. Á. Martínez Lago (coord.). *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, v. 10, Cizur Menor: Aranzadi, 2014; I. García-Escorial de León y A. Paredes Mancha. «Financiación sindicada corporativa de multinacionales españolas: una perspectiva internacional», *Revista Española de Relaciones Internacionales*, 4, 2012
- NARANJO, V. *Teoría constitucional e instituciones políticas*, 6.^a ed. Bogotá: Temis, 1995; E. Rey Cantor, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*. Cali: Universidad Libre, 1994.
- NAVAS VÁSQUEZ, R. «Interpretación y calificación en Derecho Tributario», en *Comentarios a la Ley General Tributaria y Líneas para su Reforma. Homenaje a Sáinz de Bujanda*, vol. I. Madrid: IEF, 1991, pp. 396- 397.
- NAWIASKU, H. *Teoría general del derecho*. Madrid: Rialp, 1962.
- NOGUEIRA ALCALÁ, H. *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. México: UNAM, 2003.
- NOGUEIRA ALCALÁ, H. *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. México: UNAM, 2003.
- NOGUERA FERNÁNDEZ, A. FUNDACIÓN CENTRO DE ESTUDIOS POLITICOS Y SOCIALES (Valencia) y UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA [Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas]. *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- NOREÑA SALTO, J. «Acerca del contenido esencial de los derechos fundamentales de configuración legal», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 3, 2003.
- OEA/BID. *Modelo de código tributario. Reforma tributaria para América Latina*. III Programa Conjunto de Tributación OEA/BID. Unión Panamericana. Washington, 1967.
- OLIVECRONA, K. «Realismo e idealismo: Algunas reflexiones sobre la cuestión capital de la Filosofía del Derecho», en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 5, 2013 – 2014,

- pp. 248-263. [El artículo origina fue publicado en *New York University Law Review*, vol. 26, 1951, pp. 120-131]
- OLIVECRONA, K. «Realismo e idealismo: Algunas reflexiones sobre la cuestión capital de la Filosofía del Derecho», en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 5, 2013 – 2014, p. 255.
- OLLERO, A. *Derechos humanos. Entre la moral y el Derecho*. México: UNAM, 2007.
- OLMO GALÁN, O. «Tasas por los servicios de abastecimiento de agua y alcantarillado», en *Carta Tributaria*, núm.16, 2016.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE NORMALIZACIÓN. ISO 31000:2009 - Risk management – Principles and guideline, ISO, 2009.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE NORMALIZACIÓN. *ISO 31010:2009, IDT-Risk management – Risk assessment techniques* [La gestión de riesgos – Técnicas de valoración del riesgo], ISO, 2009.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE). *Recommendation of the Council on Principles for Public Governance of Public-Private Partnerships*, París: OCDE, 2012.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE). *Public-Private Partnerships: In Pursuit of Risk Sharing and Value for Money*. Paris: OECD Publishing, 2008.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE). *Dedicated Public-Private Partnership Units: A Survey of Institutional and Governance Structures*. París: OCDE, 2010.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE). *Recommendation of the Council on Principles for Public Governance of Public-Private Partnerships*. París: OCDE Publishing, 2012
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE). *OECD Principles for Private Sector Participation in Infrastructure*. París: OCDE Publishing, 2007.
- ORLANDO, V. *Diritto Pubblico Generale - Scritti vari, (1881-1940) coordinati in sistema*. Milán: Giuffrè, 1954.
- ORLANDO, V. *Principii di diritto costituzionali*. Florencia, 1921.
- ORÓN, G. «Notas sobre el concepto de tributo y el deber de contribuir», en *El sistema económico en la Constitución española*, v. II, Ministerio de Justicia. Madrid: 1994, p. 1.600;
- ORÓN, G. «Notas sobre el concepto de tributo y el deber de contribuir», en *El sistema económico en la Constitución Española*, v. II. Madrid: Ministerio de Justicia, 1994, p. 1.600.
- ORTEGA GOMERO, S., C. HERNÁNDEZ DÍAZ Y J. ARGUELLO SALTOS (ed.). *Constitucionalismo, derechos fundamentales y desacuerdos*. Santiago: Olejnik, 2017.
- ORTIZ CALLE, E. «Huida del derecho tributario y derechos de los ciudadanos: naturaleza jurídica de la prestación patrimonial por el servicio público de abastecimiento domiciliario de agua», en *Tributos locales*, núm. 111, 2013, pp. 143-172.
- ORTIZ CALLE, E. «Las prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario y el servicio público local de suministro domiciliario de agua», en *Tributos locales*, núm. 139, 2019, pp. 13-39.
- ORTIZ ESPEJO, D. «Algunas reflexiones sobre la nueva categoría "prestaciones patrimoniales públicas no tributarios" introducida por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público», en *Tributos locales*, núm. 146, 2020, pp. 103-121.

- ORTIZ ESPEJO, D. «Algunas reflexiones sobre la nueva categoría “prestaciones patrimoniales públicas no tributarios” introducida por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público», en *Tributos locales*, núm. 146, 2020, pp. 103-121.
- OSLAK, O. «Privatización y capacidad de regulación estatal: una aproximación teórico-metodológica». C. Bresser et al. [ed.]. *Política y Gestión Pública*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2004.
- OST, F. y S. VAN DROOGHENBROECK. «La responsabilidad como cara oculta de los derechos humanos», en *Anuario de Derechos Humanos (Nueva Época)*, núm. 5, 2004, pp. 785-844.
- OTTO, I. Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes. Barcelona: Ariel, 1988.
- PALAO TOBOADA, C. «Apogeo y crisis del principio de capacidad contributiva», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, v. II. Madrid: Tecnos, 1976.
- PALAO TOBOADA, C. «La adaptación de la tributación local al Estado de Derecho», en *Adaptación del sistema tributario al Estado de Derecho*, Madrid: Aranzadi, 1994; y.
- PALAO TOBOADA, C. «La adaptación de la tributación local al Estado de Derecho», en *Adaptación del sistema tributario al Estado de Derecho*, Madrid: Aranzadi, 1994.
- PALAO TOBOADA, C. «La imposición sobre las Ganancias de Capital y la Justicia Tributaria», en *Hacienda Pública Española*, núm. 9, 1971.
- PALAO TOBOADA, C. «Los límites del control de constitucionalidad de la legislación fiscal», en *El reparto de la carga fiscal*, v. II. Madrid: Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, 1975.
- PALAO TOBOADA, C. «Los precios públicos y el principio de legalidad», en *Quincena Fiscal*, núm. 17, 1996.
- PALAO TOBOADA, C. «Los precios públicos y el principio de legalidad», en *QF*, 17, 1996.
- PALAO TOBOADA, C. «Los principios de capacidad económica e igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», en *REDF*, núm. 88, 1995.
- PALAO TOBOADA, C. «Los límites del control de constitucionalidad de la legislación fiscal», *El reparto de la carga fiscal*, v. II. Madrid: Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, 1975.
- PALOMBELLA, G. «Derechos fundamentales. Argumentos para una teoría», en *Doxa*, núm. 22, 1999.
- PALOMINO LOZANO, R. *Manual Breve de Libertades Públicas* [en línea]. 5.^a ed. Madrid: Universidad Complutense, 2016 [consulta: 15/02/2017]. Disponible en: <https://eprints.ucm.es/50649/>
- PALOMINO MANCHEGO, J. «Los problemas capitales de la teoría jurídica del Estado, Hans Kelsen (1881-1973) (A cien años de su publicación)», en *Revista de Derecho Constitucional*, núm. 1, 2015, pp. 147 - 156.
- PANTOJA, R. *El Derecho administrativo: clasicismo y modernidad*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1994.
- PARDO, C. «Reivindicación del derecho subjetivo», en R. Alexy. *Derechos sociales y ponderación*. 2.^a ed. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- PARDOS, J. (trad.). «Norberto Bobbio-Maurizio Viroli: Dialogo sobre la República, en Revista de Libros [en línea], núm. 48, 2000 [consulta: 12/01/2021]. Disponible en: https://www.revistadelibros.com/articulo_imprimible.php?art=4015&t=articulos;
- PAREJO ALONSO, L. «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de

8 de abril de 1981», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 3, 1981, p. 187 (pp. 169 - 190).

PÁSARA, L. *El uso de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos en la administración de justicia*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2008.

PECES-BARBA, G. «Los deberes fundamentales», en *Doxa*, núm. 4, 1987, pp. 329 – 341.

PECES-BARBA, G. «Reflexiones sobre derechos sociales», en R. Alexy. *Derechos sociales y ponderación*. 2.^a ed. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

PECES-BARBA, G. *Lecciones de Derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004.

PECES-BARBA, G., R. ASIS ROIG Y M. C. BARRANCO. *Lecciones sobre derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004.

PENDÓN, E. Régimen jurídico de la prestación de servicios públicos en el Derecho Romano. Madrid: Dykinson, 2002.

PERELMAN, C. Y L. OLBRECHTS-TYTECA, LUCIE. *Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1958.

PERELMAN, CH. *De la justicia*. México: UNAM, 1964.

PÉREZ DE AYALA, J. Y E. GONZÁLEZ, *Derecho Tributario*, v. I, Plaza Universitaria Ediciones, Salamanca, 1994.

PÉREZ DELGADO, M. Y R. RODRÍGUEZ PÉREZ. «Interpretación del artículo 130 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público», en *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 166, 2020, pp. 30-31.

PÉREZ DELGADO, M. Y R. RODRÍGUEZ PÉREZ. «Interpretación del artículo 130 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público», en *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 166, 2020, pp. 30-31.

PÉREZ LUÑO, A. «Concepto y Concepción de los Derechos Humanos», *Doxa*, 4, 1987,

PÉREZ LUÑO, A. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*. Madrid: Tecnos, 2010.

PÉREZ LUÑO, A. *Los derechos fundamentales. Temas clave de la Constitución española*. Madrid: Tecnos, 2004.

PÉREZ PACHECO, Y. «Objeciones a la jurisdicción arbitral del CIADI», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, núm. 1, 2012, pp. 316-333.

PÉREZ ROYO, F. «Principio de legalidad, deber de contribuir y decretos-leyes en materia tributaria», *REDC*, 15, 1985.

PÉREZ ZÚÑIGA, J. M. «La financiación de los gastos públicos y el principio de reserva de ley tributaria», en *Gaceta fiscal*, núm. 334, 2013, pp. 15-38.

PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, J. J. «Prestaciones patrimoniales de carácter público: definición y clases», en *Carta tributaria*, núm. 8, 2015, pp. 75-78.

PÉREZ, A. «El ius commune: artificio de juristas», en *Història del pensament jurídic* [dir. T. Mantagut]. Barcelona: Universitat Papeu Fabra, 1999.

PÉREZ, E. «El contrato de préstamo bancario: (I) El préstamo bancario de dinero; (II) los préstamos especiales: el préstamo sindicado, el préstamo con garantía de valores y el préstamo participativo», en J. Velázquez (coord.), M. Agúndez (dir.) y J. Martínez-Simancas (dir.). *Manual jurídico del mercado bancario. Las operaciones de activo* [Cuadernos de derecho para ingenieros v. 32], Madrid: La Ley, 2015.

- PESCHIERA MIFFLIN, D. «Contrato de sindicación de crédito», *Themis. Revista de Derecho*, núm. 54, 2007.
- PESCHIERA, D. Y MIFFLIN. «Contrato de sindicación de crédito», *Themis. Revista de Derecho*, 54, 2007, pp. 61 - 72; L. Fernández de la Gándara. «Los préstamos y créditos sindicados con interés variable», en P. Blanco-Morales (coord.). *Contratos internacionales*. Madrid: Tecnos, 1997, pp. 864 - 902; J. Muro. «La hipoteca en garantía de los préstamos sindicados». *Jornadas sobre tipos especiales de garantía hipotecaria*, 1993.
- PETIT GUERRA, L. «El Estado social. Los contenidos mínimos constitucionales», en *Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer Carías*, núm. 32, 2015.
- PETIT GUERRA, L. «La categoría del «contenido esencial» para la determinación de los contenidos mínimos de derechos sociales fundamentales y su problemática aplicación», en *Revista de Derecho [UCUDAL]*, núm. 15, 2017, pp. 215 - 242.
- PINTOS SANTIAGO, J. «Cumplimiento, efectos y extinción en los contratos de concesión de servicios», en J. M. Gimeno Feliú. *Observatorio de los contratos públicos*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 285-301.
- PISARELO, G. Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción. Madrid: Trotta, 2007.
- POLYA, G. *Cómo plantear y resolver problemas*. México: Trillas, 1989.
- POZZOLO, S. (ed.). *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*. Lima: Palestra, 2011.
- POZZOLO, S. *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*. Turín: Giappichelli, 2001.
- PRATS, J. «Derecho y Management en las Administraciones Públicas». *Ekonomiaz*, 26, 1993.
- PRIETO SANCHÍS, L. «El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la CE», *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 2, 1983.
- PRIETO SANCHÍS, L. «Interpretación y creación judicial del Derecho. La incidencia del Tribunal constitucional en el sistema fuentes», en J. Begetón et al. (Coord.) *Lecciones de Teoría del Derecho*. Madrid: McGraw-Hill, 1997.
- PRIETO SANCHÍS, L. El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica. Madrid: Trotta, 2013.
- PRIETO SANCHÍS, L. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1990.
- PRIETO SANCHÍS, L. Justicia constitucional y derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2009.
- PRIETO, L. «Teoría del derecho y filosofía política en Ronald Dworkin», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 14, 1985.
- PRIETO, L. *Constitucionalismo y positivismo*. México: Fontamara, 1997.
- PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIPS - *UK Expertise for International Markets 2003* [en línea], [http://www.ifsl.org.uk/uploads/ APP%20report%202002.pdf](http://www.ifsl.org.uk/uploads/APP%20report%202002.pdf) [Consulta: 31/01/2017].
- PUGLIESE, M. *L'obbligazione tributaria*. Padua: CEDAM, 1935.
- PUGLIESE, M. *Le tasse*. Padua: CEDAM, 1930.
- RAINBOLT, G. «New Essays on the Nature of Rights», en *Philosophical Quarterly*, vol. 69, núm. 277, 2019.
- RAINBOLT, G. *The Concepts of Rights*. Dordrecht: Kluwer, 2006; «Rights Theory», en *Philosophy Compass*, vol. 1, núm. 1, 2006.
- RAJEVIC MOSLER, E. «Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad privada», en *Revista chilena de derecho*, vol. 23, núm. 1, 1996, pp. 23 - 97.

- RAMALLO MASSANET, J. «Tasas, precios públicos y precios privados (hacia un concepto constitucional de tributo)», en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 90, 1996, pp. 244 y ss.
- RAVINA SÁNCHEZ, R. «El Sistema de Clasificación de los Bienes y su Importancia para el Derecho Civil Patrimonial», en *Derecho y Sociedad*, núm. 13, pp. 181-194.
- RAWLS, J. *La justicia como equidad. Una reformulación*. Barcelona: Paidós, 2012.
- RAWLS, J. *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.
- RAZ, J. *The Morality of Freedom*. Oxford: Clarendon Press, 1986.
- REAL ACADEMIA DE LENGUA. *Diccionario de la lengua española* [en línea], 22.^a ed., s. v. «activo, va.», <www.rae.es>, [Consulta: 23/07/2015].
- REALE, M. *Filosofía del derecho*. Madrid: Pirámide, 1979.
- REYNA ALFARO, L. Y C. RUIZ BALTAZAR. «El derecho de no autoincriminarse: contenido esencial y problemas prácticos fundamentales», en *Revista de derecho Penal y Criminología*, núm. 4, 2014, pp. 59 – 77.
- RICCA SALERNO. «Le entrate ordinarie dello Stato», en V. Orlando (dir.). *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, v. 9. Milán: Società Editrice Libreria, 1902
- RICKERT, H. *Teoría de la definición* [trad. L. Villoro], México, UNAM, 1960.
- RISIERI FRONDIZI. *¿Qué son los valores? Introducción a la axiología*. México: Fondo de Cultura Económica, 1958.
- RIVAS NIETO, E. *Los tributos atípicos*. Madrid: Marcial Pons, 2006.
- RÓDENAS CALATAYUD, A. «Validez formal y validez sustantiva: el encaje de la competencia material», en *Doxa*, núm. 30, 2007.
- RODOTÀ, S. «Note su proprietà e sovranità», en *Politica del Diritto*, 1993, núm. I.
- RODRÍGUEZ BEREJO, A. «Los principios de la imposición en la jurisprudencia constitucional española», en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 100, 1998, p. 624.
- RODRÍGUEZ BEREJO, A. *Igualdad tributaria y tutela constitucional. Un estudio de jurisprudencia (Igualdad tributaria del art. 31.1. CE e igualdad ante la ley del art. 14 CE: el problema del recurso de amparo en materia tributaria)*. Marcial Pons: Madrid, 2011.
- RODRÍGUEZ BEREJO, *Introducción al estudio del Derecho Financiero*, Madrid, 1976.
- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. «Créditos subordinados intragrupo: dos aspectos del estado actual de la cuestión», en *Anuario de derecho concursal*, núm. 30, 2013.
- RODRÍGUEZ-ARMAS, MAGDALENA LORENZO. «El problema del contenido esencial de los derechos fundamentales en la doctrina española y su tratamiento en la jurisprudencia constitucional», en *Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 13, 1996, pp. 41 – 76.
- ROMERO, J. J. *La democracia y sus instituciones*. México: Instituto Federal Electoral, 1998. [Colección Temas de la Democracia, Serie Ensayos, n. 5].
- ROOSEVELT, F. «State of the Union» [en línea], de 6 de enero de 1941, *Voices of Democracy*, [consulta: 12/02/2019]. Disponible en: <http://voicesofdemocracy.umd.edu/fdr-the-four-freedoms-speech-text/>. En contra, las posturas radicales del libertarismo.
- ROSSEAU, J. J. «El Contrato social», en *Escritos políticos* [edición y traducción de J. Rubio Carracedo], Madrid: Trotta, 2006.
- RUBIO LLORENTE, F. «Los deberes constitucionales», en *Revista Español de Derecho Constitucional*, núm. 62, 2001.
- RUEDA, J. *Sistema: Conceptualización y Metodología*. Barcelona: Diputación de Barcelona, 1995.
- RUS, DE G. «Infraestructuras: ¿Qué podemos decir los economistas?». *La investigación económica en España, 1990-2000. Una década de cambios*, 2001.

- RUSSO, P. *Manuale di diritto tributario*, 3era. ed. Milán: Giuffrè, 1999.
- SÁENZ FERNÁNDEZ, F. «Análisis cuantitativo», en J. Martín Fernández (coord.). *El mínimo personal y familiar en el impuesto sobre la renta de las personas físicas. Análisis de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, a la luz del Derecho comparado*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales-Marcial Pons, 2000.
- SAHÚN PACHECO, R. «El riesgo en las concesiones de servicios, en particular, el riesgo operacional», en J. M. Gimeno Feliú. *Observatorio de los contratos públicos*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 567-587.
- SAINZ DE BUJANDA, F. «Organización política y Derecho financiero. Origen y evolución del principio de legalidad», en *Hacienda y Derecho*, v. I. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, p. 229.
- SAINZ DE BUJANDA, F. «Organización política y Derecho financiero. Origen y evolución del principio de legalidad», en *Hacienda y Derecho*, v. I. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975.
- SAINZ DE BUJANDA, F. «Reflexiones sobre un sistema de Derecho tributario español», en *Hacienda y Derecho*, v. III, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963.
- SAINZ DE BUJANDA, F. «Reflexiones sobre un sistema de Derecho tributario español», en *Hacienda y Derecho*, v. III, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963, p. 260 y ss.
- SAÍNZ DE BUJANDA, F. «Teoría jurídica de la exención tributaria», en *Hacienda y Derecho*, v. III. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1963, pp. 418 y ss
- SAINZ DE BUJANDA, F. *Lecciones de Derecho Financiero*, Madrid: Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1991.
- SALAZAR, J. *Crisis liberal y estado reformista: análisis político-electoral (1914-1949)*. San José: Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2003.
- SAMTLEBEN, J. «Cláusulas de jurisdicción y legislación aplicable en los contratos de endeudamiento externo de los Estados latinoamericanos». *Verfassung Und Recht in Übersee / Law and Politics in Africa, Asia and Latin America* 21, 3 (1988).
- SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M. «El contenido esencial del derecho a la intimidad informática», en *Revista de Ciencias de la Información*, núm. 9, 1994, pp. 183 – 202.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S. Y OTRO. *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- SÁNCHEZ LÓPEZ, M. «El concepto de prestación patrimonial de carácter público, a raíz de su introducción por la Ley de Contratos del Sector Público», en *Quincena Fiscal*, núm. 6, 2019.
- SÁNCHEZ VÁZQUEZ, R. «La trascendencia del constitucionalismo social en América Latina (Caso México)», en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 27, 2012.
- SANT'ANA PEDRA, A. «Los deberes de las personas y la realización de los derechos fundamentales», en *Estudios Constitucionales*, núm. 2, 2014.
- SANTAMARÍA PASTO, J. A. «La teoría de la responsabilidad del Estado legislador». *Revista de Administración Pública*, núm. 68, 1972.
- SARDINA CÁMARA, P. «¿Quién debe examinar la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos a que se refiere el artículo 140 de la LCSP?», en *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 166, 2020, pp. 11-12.
- SASTRE ARIZA, S. *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*. Madrid: McGraw-Hill, 1999.

- SCHIMITT, C. «Teología política», en C. Schmitt. *Estudios Políticos*. Madrid: Doncel, 1975.
- SCHIMITT, C. *La Dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Madrid: Alianza Editorial, 1999.
- SCHIMITT, C. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1996.
- SCHMITT, C. *Il custode della Costituzione*, [tr. it. A. Caracciolo], Milán: Giuffrè, 1981.
- SCHWARTZ, G. Y A. CORBACHO Y K. FUNKE. *Public Investment and Public-Private Partnerships: Addressing Infrastructure Challenges and Managing Fiscal Risks*. Washington: Palgrave Macmillan-Fondo Monetario Internacional, 2008.
- SCIACCA SCALABRINO, C. «Tasse ed imposte nella legislazione e nella giurisprudenza del Regno di Sardegna, del Granducato de Toscana e del Regno di Napoli, nel secolo diciannovesimo», en RDFSF, I, 1971.
- SEADER, D. *The US experience with Outsourcing, privatization and public-private partnership* [en línea], [consulta: 22/07/2015]. Disponible: http://www.researchgate.net/publication/228581256_The_United_States'_Experience_with_Outsourcing_Privatization_and_Public_Private_Partnerships>.
- SERRANO ANTÓN, F. «Derecho comparado: panorámica general», en J. Martín Fernández (coord.). *El mínimo personal y familiar en el impuesto sobre la renta de las personas físicas. Análisis de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, a la luz del Derecho comparado*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales-Marcial Pons, 2000.
- SERRANO MORENO, J. *Validez y vigencia: la aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*. Madrid: Trotta, 1999.
- SERRANO PÉREZ, M. «El derecho fundamental a la Protección de Datos. Su contenido esencial», en *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, núm. 1, 2005.
- SERRANO, J. «El Plan Estratégico de Infraestructuras y Transportes (2005- 2020), sus planteamientos frente a la mejora de la vertebración territorial española», en *Nimbus: Revista de climatología, meteorología y paisaje*, núm. 17-18, 2006.
- SILVESTRI, G. «La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto», en *Rivista di Diritto Costituzionale*, núm. I, 1996, p. 59 [pp. 3 -74].
- SILVESTRI, G. «Spunti di riflessione sulla tipologia e sui limiti della revisione costituzionale», en *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, vol. II. Milán: Giuffrè, 1987.
- SILVESTRI, G. «La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto», en *Rivista di Diritto Costituzionale*, núm. I, 1996.
- SIMÓN ACOSTA, E. «Las tasas y precios públicos de las entidades locales», en *La reforma de las Haciendas Locales*, v. I, Valladolid, Lex Nova, 1991.
- SIMÓN ACOSTA, E. «Reflexiones sobre las tasas de las Haciendas Locales», en HPE, 35, 1975, 260.
- SIMÓN ACOSTA, E. *El derecho financiero y la ciencia jurídica*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1985.
- SIMÓN YARZA, F. «De la igualdad como límite a la igualdad como tarea del Estado. Evolución histórica de un principio», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 97, 2013, pp. 73 - 113.
- SMITH, A. *America's first PPP toll bridge or, 'Ye Olde PPP'* [en línea], <<http://www.ncppp.org/wp-content/uploads/2013/03/PS-June2011-YeOldePPP.pdf>>, [Consulta: 22/07/2015].
- SMITH, A. *La riqueza de las naciones*. México: Fondo de Cultura Económica, 1958.
- SOLER ROCH, M. *Incentivos a la inversión y justicia tributaria*. Madrid: Civitas, 1983.

- SPELT, R. Lecciones aprendidas y mejores prácticas en proyectos de Asociación Público-Privada. Washington: FOMIN, 2015, 30 págs.
- SPELT, R. Lecciones aprendidas y mejores prácticas en proyectos de Asociación Público-Privada. Washington: FOMIN, 2015.
- SQUELLA, A., L. VILLAVICENCIO Y A. ZUÑIGA. *Curso de filosofía del Derecho*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica.
- SREENIVASAN, G. «A Hybrid Theory of Claim-Rights», en *Social, Political & Legal Philosophy*, t. 2, 2007.
- STERN, K. «El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm.1, 1998.
- STIGLITZ, J. Y J. ROSENGARD. *La economía del sector público*, 4º ed., Barcelona: Antoni Bosch, 2015.
- SUBRAMANIAN, K Y F. TUNG. «Law and Project Finance», en *Journal of Financial Intermediation*, vol. 25, 2016.
- SUBRAMANIAN, K., F. TUNG Y X. WANG. «Project Finance versus Corporate Finance» [en línea], 2007, [consulta: 12/01/2016]. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/228430858_Project_Finance_versus_Corporate_Finance.
- TAMAYO JARAMILLO, J. «Validez jurídica de la Constitución», en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, núm. 47, 1973.
- TANG, CH., y F. ZHANG. «Classification, principle and pricing manner of renewable power purchase agreement», en *IOP Conference Series: Earth and Environmental Science*, num. 295, 2019 [consulta: 12/10/2019]. Disponible en doi: 10.1088/1755-1315/295/5/052054.
- TARANTINO, A. *La sovranità, valori e limiti*. Milán, Giuffrè, 1990.
- TARUFFO, M. La prueba de los hechos. Madrid: Trotta, 2005
- TASSANO, H. «Los Organismos Reguladores de Servicios Públicos», en *Círculo de Derecho Administrativo*, 4, 2008.
- TAVERA COLUGNA, J. «Por qué las reformas del Estado fracasan? Un enfoque de costes de transacción», en *Economía*, [PUCP], vol. 22, núm. 43, 1999, pp. 9 - 95.
- TESAURO, F. *Instituzioni di diritto tributario. Parte generale*, v. I, UTET. Torino: 1992, pp. 56 y ss.
- TESORO, G. «La causa giuridica dell'obbligazione tributaria», en RIDT, I, 1937.
- THE ECONOMIST INTELLIGENCE Unit. Evaluación del entorno para las asociaciones público-privadas en América Latina y el Caribe: el Infrascopio 2019. Nueva York: EIU, 2019.
- THE ECONOMIST INTELLIGENCE Unit. Evaluando el entorno para las asociaciones público-privadas en América Latina y el Caribe: Infrascopio 2014. Nueva York: EIU, 2014, n. 16.
- THUMANN, A. y E. WOODROOF. *Energy Project Financing: Resources and Strategies for Success*. Lilburn: Fairmont Press, 2009.
- THÜRER, D. Y T. BURRI. *Self-Determination*. Heidelberg: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law - Oxford University Press, 2010.
- TILLY, C. La formazione degli stati nazionali nell'Europa occidentale. Bolonia: Il Mulino, 1984.
- TOCQUEVILLE, A. *La democrazia en América*. México: Fondo de Cultura Económica, 1957.
- TOCQUEVILLE, A. *La democrazia en América*. México: Fondo de Cultura Económica, 1957.

- TORNOS MAS, J. «Informe sobre la contraprestación del servicio de abastecimiento domiciliario de agua: la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2015», en *La Administración al Día* [en línea], INAP, 17 de marzo de 2016, [consulta: 20/12/2018]. Disponible en: <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1505906>.
- TORNOS MAS, J. «La tarifa como contraprestación que pagan los usuarios en el contrato de concesión de servicios de la Ley 9/2017 de contratos del Sector Público», en *La Administración al Día* [en línea], INIAP, 21 de diciembre de 2017, [consulta: 20/12/2018]. Disponible en: <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1508103>.
- TORNOS MAS, J. Régimen jurídico de la intervención de los poderes públicos en relación con los precios y las tarifas. Bolonia: Real Colegio de España, 1982.
- TORNOS, J. Régimen jurídico de la intervención de los poderes públicos en relación con los precios y las tarifas. Bolonia: Real Colegio de España, 1982.
- TOULMIN, S. *The Uses of Argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 1958.
- TREVELYAN, G. M. *Storia di Inghilterra*. Milán: Garzanti, 1977.
- TROTABAS, L. «La applicazione della teoria della causa nel Diritto finaziario», en *RDFSF*, I, 1937.
- ÜLGENTÜRK, L. «The role of public debt managers in contingent liability management», *OECD Working Papers on Sovereign Borrowing and Public Debt Management*, núm. 8, 2017, Paris: OECD Publishing.
- VALDÉS, Y. «Galenos del HST ponen fin al paro, Comenenal continúa con la medida», en *Panamá América* [en línea], 12 de noviembre de 2011, <<http://www.panamaamerica.com.pa/content/galenos-del-hst-ponen-fin-al-paro-comenenal-continúa-con-la-medida>>, [Consulta: 12/07/2015].
- VÄLILÄ, T. «How expensive are cost savings? On the economics of public-private partnerships» [EIB Papers, vol. 10, Iss. 1]. Luxemburgo: BEI, 2005.
- VAN EEMEREN, F., R. GROOTENDORST y A. FRANCISCA SNOECK HENKEMANS. *Argumentación: análisis, evaluación, presentación*. Buenos Aires: Biblos, 2006, p. xii y ss.
- VAN EEMEREN, F., R. GROOTENDORST Y A. A. FRANCISCA SNOECK HENKEMANS. *Argumentación: análisis, evaluación, presentación*. Buenos Aires: Biblos, 2006.
- VANONI, E. «L'unità del diritto e il valore per il diritto tributario degli istituti giuridici di altri campi», en *Opere giuridiche*, v. I. Milano: A. Giuffrè, 1961.
- VANONI, E. *Natura ed interpretazione delle leggi tributarie*. Padua: CEDAM, 1932
- VANÓ, M. J. «El capital riesgo en los contratos de financiación de proyectos (Project Finance)», *Revista española de capital riesgo*, núm. 3, 2019.
- VASALLO, J. M. Y R. IZQUIERDO, *Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España*. Bogotá: Corporación Andina de Fomento (CAF), 2010.
- VÁZQUEZ MATILLA, F. «Cuestiones prácticas de la modificación del contrato», en *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas*, núm. 165, 2020, pp. 42-58.
- VELAYOS JIMÉNEZ, F. «¿Tributos o Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público?», en *Palau 14: Revista valenciana de hacienda pública*, nú. 31, 1998, pp. 199-216.
- VENCE DEZA, X. y X. OUTES RUSSO (ed.). *La Unión Europea y la crisis del Estado del Bienestar: Una visión crítica del neoliberalismo económico*. Madrid: Síntesis, 1998.

- VICENTE-ARCHE, F. «Apuntes sobre el instituto del tributo, con especial referencia al Derecho español, en REDF, 7, 1975, pp. 465 y ss.
- VICENTE-ARCHE, F. «Notas sobre gasto público y contribución a su sostenimiento en la Hacienda Pública», en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 3, 1974.
- VIDAL VILANOVA, J. J. Fiscalidad y Sostenibilidad de los servicios públicos asociados al ciclo hídrico en España y Galicia. Tesis doctoral. Universidad de Santiago de Compostela [Facultad de Derecho], 2015.
- VIEHWEG, T. *Tópica y filosofía del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997.
- VIEHWEG, T. *Tópica y jurisprudencia*. Madrid: Thomson Civitas, 2007.
- VILLAR ROJAS, F. Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos: Estudio de su naturaleza y régimen jurídico. Granada: Comares, 2000
- VILLAR ROJAS, F. «Las tarifas por la prestación de servicios públicos ¿una categoría inconstitucional?, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2017.
- VILLAR ROJAS, F. J. «La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales». *Revista de Administración Pública*, núm. 172, 2007.
- VILLARINO, J. «Técnicas patrimoniales de colaboración público-privada: las concesiones demaniales y el arrendamiento operativo», en *La Colaboración Público-Privada en la Ley de Contratos del Sector Público* [dir. A. Dorrego de Carlos y F. Martínez], Madrid, La Ley, 2009.
- VILLASPÍN OÑA, F. «Estado de bienestar y constitución», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1, 1988.
- VILLAVERDE, I. «Esbozo de una teoría general de los derechos fundamentales», en *Revista jurídica de Asturias*, núm. 22, 1998, pp. 33 - 58.
- VILLAVICENCIO, L. «Justicia social y el principio de igualdad», en *Hybris, Revista de Filosofía*, 9, 2018.
- VILLEGAS BASAVILBASO, B. *Derecho administrativo. Introducción*, t. 1. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1954.
- VINTER, G. *Project Finance. A Legal Guide*. Londres: Sweet & Maxwell, 1995 [existe en el mercado la 4.ª edición actualizada al 2013].
- WEIMAR, F. Y LANCHESTER. Alle origini di Weimar. Il dibattito costituzionalistico tedesco tra il 1900 e il 1918. Milán: Giuffrè, 1985.
- WEIMAR, F. Y LANCHESTER. Momenti y figure nel diritto costituzionale in Italia e in Germania. Milán: Giuffrè, 1994.
- WENAR, L. «The Nature of Rights», en *Philosophy and Public Affairs*, vol. 33, núm. 3, 2005.
- WILLIAMSON, J. «What Should the World Bank Think about the Washington Consensus?, en *The World Bank Research Observer*, v. 15, núm. 2, 2000.
- WILLIAMSON, J. «What Washington means by policy reform», en *Latin American Adjustment: How Much Has Happened?* [dir. J. Williamson]. Washington: Institute for International Economics, 1990.
- WILLIAMSON, O. *Instituciones económicas del capitalismo*. México: Fondo de Cultura Económica, 1989.
- WOLDENBERG, J. «Aproximaciones y reintegros: La democracia tensionada», en *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, núm. 58, 2013, pp. 99-114.
- WORLD ECONOMIC FORUM y THE BOSTON CONSULTING GROUP. Strategic Infrastructure. Mitigation of Political & Regulatory Risk in Infrastructure Projects. Ginebra: WEF, 2015.

- WRÓBLEWSKI, J. «The problem of the meaning of legal norm», en *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 14, núm. 3-4, 1964.
- WUNDER HACHEM, D. «Mínimo existencial y derechos económicos y sociales: distinciones y puntos de contacto a la luz de la doctrina y jurisprudencia brasileñas», en *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, núm. 1, 2014, pp. 93 - 138.
- YÁÑEZ DÍAZ, C. «De nuevo sobre la incautación de la garantía definitiva: La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2019», en *Actualidad administrativa*, núm. 1, 2020.
- YESCOMBE, E. *Public-Private Partnerships: Principles of Policy and Finance*. Oxford: Elsevier Science, 2013.
- YESCOMBE, E. *Public-Private Partnerships: Principles of Policy and Finance*. Oxford: Elsevier Science, 2013.
- YONG, H. [ed.]. *Public-Private Partnerships Policy and Practice: A Reference Guide*, Londres: Commonwealth Secretariat, 2010, pp. 30 y ss. [disponible para lectura en línea en: https://read.thecommonwealth-ilibrary.org/commonwealth/governance/public-private-partnerships-policy-and-practice_9781848590694-en#page6].
- ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil*. Madrid, Trotta, 1995.
- ZEVALLOS, J. *Concesiones en el Perú: Lecciones Aprendidas*. Lima: Fondo Editorial de la USMP, 2011.
- ZOLLER, E. *Introduction to Public Law: A Comparative Study*. [s. l.] Brill, 2011.
- [Australia-Victoria] DEPARTMENT OF INFRASTRUCTURE AND REGIONAL DEVELOPMENT. *National Public Private Partnership Guidelines: Volumen 4: Public Sector Comparator Guidance* [en línea], 2008, [consulta: 13/01/2016]. Disponible en: <https://www.infrastructure.gov.au/infrastructure/ngpd/files/Volume-4-PSC-Guidance-Dec-2008-FA.pdf>
- [Australia-Victoria] DEPARTMENT OF TREASURY AND FINANCE. *Risk Allocation and Contractual Issues*. Melbourne: Department of Treasury and Finance, 2001.
- [Chile] MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA. *Implantación, mantención y actualización del proceso de gestión de riesgos en el sector público*. Documento Técnico núm. 70. Santiago: s/e, 2016.
- [Colombia] AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA. *El Proceso de transformación institucional* [en línea], [consulta: 10/08/2015]. Disponible: <http://ani.gov.co/reforma-institucional/historia>
- [Colombia] DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANIFICACIÓN [página web institucional]. «Participación Privada en Proyectos de Infraestructura», [consulta: 01/03/2020]. Disponible: <https://www.dnp.gov.co/programas/participación-privada-%20y-en-proyectos-de-infraestructura/Paginas/participación-privada-y-en-proyectos-de-infraestructura.aspx>,
- [Colombia] DIRECCIÓN NACIONAL DE PLANEACIÓN. *Asociaciones Público Privadas — APP— en Infraestructura en Colombia* [en línea], [consulta: 07/08/2015]. Disponible: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacin%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructu/Oficial%20Julio%202015%20VF-.pdf>
- [Colombia] MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. *Metodología «Valoración y seguimiento de riesgos en contratos estatales»*. Bogotá: Ministerio de Hacienda y Crédito Público, 2011, p. 40.
- [Costa Rica] CONSEJO NACIONAL DE CONCESIONES. *Banco de Proyectos* [en línea], [Consulta: 08/08/2015]. Disponible: www.cnc.go.cr

- [Ecuador] *Contrato del Ferrocarril de Guayaquil y Quito* [9 de junio de 1897], Registro Oficial 389, de 11 de junio de 1987.
- [Ecuador] Mensaje del Sr. Presidente de la República a la Convención Nacional, remitiendo el Contrato del Ferrocarril de Guayaquil y Quito, Registro Oficial 389, de 11 de junio de 1987.
- [Ecuador] MINISTERIO DE TRANSPORTE Y OBRAS PÚBLICAS. Concurso público para el diseño, financiación, construcción, operación y mantenimiento de la ruta Río Siete-Huaquillas [en línea], disponible en <https://www.obraspublicas.gob.ec/concesion-rio-7-huaquillas/>, [Consulta: 15/02/2016].
- [Ecuador] SECRETARÍA NACIONAL DE PLANIFICACIÓN Y DESARROLLO. *Guía para la formulación de políticas públicas sectoriales*. Quito: SENPLADES, 2011;
- [Ecuador] SECRETARÍA NACIONAL DE PLANIFICACIÓN Y DESARROLLO. *Guía metodológica de planificación institucional*. Quito: SENPLADES, 2012.
- [Ecuador] SECRETARÍA NACIONAL DE PLANIFICACIÓN Y DESARROLLO. *Normas para la inclusión de programas y proyectos en los planes de inversión pública*. Quito [mimeo], 2014;
- [El Salvador] ORGANISMO PROMOTOR DE EXPORTACIONES E INVERSIONES DE EL SALVADOR — PROESA. *Metodología de evaluación de proyectos de Asocios Público Privados* [en línea], 2019, [consulta: 13/11/2018]. Disponible en: <http://dapp.gob.sv>.
- [España] MINISTERIO DE FOMENTO. *Plan de Infraestructuras, Transporte y Vivienda, PITVI (2012-2024)* [en línea], marzo de 2015, [consulta: 18/06/2015]. Disponible: <http://www.fomento.gob.es/NR/rdonlyres/E35B8D33-F3B6-4695-9012-C22229966FA0/130944/PITVI20122024.pdf>
- [Francia] Conseil d'Etat, du 11 mars 1910, 16178, publié au recueil Lebon [en línea], [consulta: 13/11/2018]. Disponible: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007635472>
- [Guatemala] ANADIE. *Portafolio de proyectos* [en línea], [consulta: 10/08/2015]. Disponible: <http://www.agenciadealianzas.gob.gt/wpsite/proceso-de-app-guatemala/>.
- [Honduras], *Iniciativas privadas* [en línea], <http://coalianza.gob.hn/v2/?page_id=947>, [Consulta: 10/08/2015].
- [Honduras], *Proyectos adjudicados* [en línea], <http://coalianza.gob.hn/v2/?page_id=141>, [Consulta: 10/08/2015].
- [Italia] DIPARTIMENTO PER GLI AFFARI REGIONALI, LE AUTONOME E LO SPORT [Presidenza del Consiglio dei Ministri], *Linee Guida «Il Partenariato pubblico Privato: normativa, implementazione metodologica e buone prassi nel mercato italiano»* [en línea], <http://www.affariregionali.it/media/169645/epas_-studio-ppp_def090315.pdf>, [Consulta: 25/07/2015].
- [ONU] COMISIÓN ECONÓMICA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EUROPA (UNECE), *Guidebook on Promoting Good Governance in Public-Private Partnerships*, Ginebra: United Nations Publications, 2008.
- [ONU] COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Declaración ante la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena (A/CONF.157/PC/62/Add.5, párrs. 6 y 7).
- [ONU] UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL). *Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects*. Nueva York: United Nations Publication, 2001.
- [ONU] UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL). *Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Projects*. Nueva York: United Nations Publication, 2004.

- [Reino Unido] HM TREASURY. *A Guide to Contract management for PFI and PPP projects* [en línea]. Londres: HM Treasury, 2006, disponible en hm-treasury.gov.uk, [Consulta: 06/04/2017].
- [Reino Unido] HM TREASURY. *Guide to developing the project business case. Better business cases: for better outcomes*. HM Treasury, 2018, [consulta: 13/02/2019]. Disponible en: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/749086/Project_Business_Case_2018.pdf
- [Reino Unido] HM TREASURY. *Operational Taskforce Note 1: Benchmarking and Market Testing Guidance* [en línea]. Londres: HM Treasury, 2006, disponible en hm-treasury.gov.uk, [Consulta: 06/04/2017]
- [Reino Unido] HM Treasury. *PFI: Meeting the Investment Challenge*, Londres: HM Treasury, 2003.
- [Reino Unido] HM TREASURY. *Standardization of PFI Contracts*, ver. 4. Londres: HM Treasury, 2007.
- [Reino Unido] HM TREASURY. *Standardization of PFI2 Contrats*. Londres: HM Treasury, 2012
- [Reino Unido] HM TREASURY. *Taskforce Private Finance. How to Construct a Public Sector Comparator*. Londres: HM Treasury, 1999.
- [Reino Unido] HM TREASURY. *The Orange Book: Management of Risk – Principles and Concepts* [en línea]. Londres: HM Treasury, [consulta: 12/08/2014], p. 15. Disponible: www.hm-treasury.gov.uk
- [Reino Unido] NATIONAL AUDIT OFFICE. *PFI: Construction Performance*, Londres: NAO, 2003; International Financial Services London.
- [UE] EUROSTAT. *Manual del SEC95 sobre el déficit público y la deuda pública*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2002.
- [UE] EUROSTAT. *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA 2010*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2019.
- [UE] EUROSTAT. *Resolución sobre déficit y deuda pública: Tratamiento de las PPPs*. Luxemburgo, 2004.