

ALGUNAS LECTURAS A PROPÓSITO DE LA FINANCIACIÓN PÚBLICO-PRIVADA DE INFRAESTRUCTURAS Y SU CONTROL

MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ LAGO

Catedrático de Derecho Financiero. Abogado

Colaboración en el libro dirigido por Ramón Falcón y Tella: *Análisis jurídico de los mecanismos de financiación de las Infraestructuras públicas*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2008, pp. 409-421.

Departamento de Derecho Financiero y Tributario
Facultad de Derecho
Universidad Complutense
Ciudad Universitaria s/n
28040 Madrid
Tfno.: +34 91 394 55 62
E-mail autor: mamlago@der.ucm.es
Sitio web: <http://web.me.com/mamlago/>

Documento depositado en el archivo institucional E-Prints Complutense
<http://eprints.ucm.es/>

Resumen: Los tres primeros apartados reúnen, con las mínimas modificaciones introducidas para posibilitar su publicación conjunta ahora, sendas «recensiones» escritas para la *Revista de Contabilidad y Tributación* editada por el Centro de Estudios Financieros. La última de esa serie fue preparada por Valeria MARROCCO, ocupándome yo de leer el libro también y de dar la redacción final a nuestro comentario. El último apartado surgió al tiempo que preparaba mi aportación al libro colectivo en el que se inscribió este capítulo y sirve para dar noticia de una ponencia encontrada en Internet casi sin proponérmelo, dado que no buscaba a través de Google™ nada que tuviera que ver con las formas de colaboración público-privada sobre las que versan los trabajos que aquí aparecen comentados.

Sumario:

1. Colaboración público-privada en la financiación de las infraestructuras y servicios públicos	3
2. La concesión de obra pública: Régimen tributario	5
3. Financiación de infraestructuras y estabilidad presupuestaria	8
4. Control externo en la colaboración público-privada	10

1. COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN LA FINANCIACIÓN DE LAS INFRAESTRUCTURAS Y SERVICIOS PÚBLICOS

No le falta razón a Ignacio BAYÓN MARINÉ cuando señala, en el prólogo de la obra *La colaboración público-privada en la financiación de las infraestructuras y servicios públicos. Una aproximación desde los principios jurídico-financieros*, que han escrito Ana María JUAN LOZANO y Jesús RODRÍGUEZ MÁRQUEZ y que ha publicado el Instituto de Estudios Fiscales (Madrid, 2006, 195 págs.), que el tema elegido es de una actualidad punzante, además de plantear una serie de cuestiones que importan al mundo de la política, la empresa, la economía o el derecho.

En efecto, a primeros de febrero de 2007 varios medios de comunicación informaban de la intención del Ministerio de Fomento de promover una especie de libro blanco sobre financiación público-privada —*public private partnership* (PPP)—, dando entrada al capital privado en próximas obras de infraestructura, a través de la nueva Sociedad Estatal de Infraestructuras de Transporte Terrestre (SEITTTSA). No deja de sorprender que el organismo creado para la canalización de obras y proyectos con aportación financiera privada, no vaya a impulsar su desarrollo hasta no tener claro el papel que puede jugar en los diversos escenarios, razón por la cual se convocó un concurso de consultoría y asistencia técnica, ya adjudicado en el momento en que se escriben estas líneas, debiendo esperar ahora a las recomendaciones que realice la consultora de infraestructuras elegida, que cuenta con un plazo de cinco meses para ello. También de esas fechas ha sido la presentación del primer balance del Plan Estratégico de Infraestructuras y Transporte (PEIT) 2005-2020, con una estimación económica total de 248.892 millones de euros —el Gobierno sostiene que hasta ahora ya ha invertido 33.597 millones—, de los que el 43,7% va para transporte por ferrocarril, el 25,23% para transporte por carretera y un 13,07% es para actuaciones de transporte urbano y metropolitano (que incluyen los dos ámbitos de transporte anteriores), como principales actuaciones.

El señalado libro de estos profesores de Derecho Financiero y Tributario de las Universidades de Valencia y Vigo, según el orden de firma, se ha estructurado en cuatro capítulos, aunque el primero y el último sirven para introducir a la temática tratada y exponer las conclusiones alcanzadas, respectivamente. Al final aparece expuesta la relación de bibliografía consultada, en su mayor número de origen económico o del Derecho Administrativo.

Así las cosas y como reconocen el prologuista y los propios autores, podemos distinguir dos partes de dogmática bien diferente en la obra de la que damos noticia. La primera parte, correspondiente con el capítulo 2.º, de marcado carácter didáctico, sistematizador y descriptivo, donde se sintetizan los caracteres esenciales de los tipos de fórmulas de colaboración público-privada de más frecuente empleo en la actualidad. El propósito de los autores pasa simplemente por «diagnosticar» el espectro de situaciones sobre las que pretenden luego proyectar la metodología y principios propios del Derecho Financiero.

Se suelen contraponer los instrumentos de financiación presupuestaria y extrapresupuestaria —como sucede en el mismo prólogo del libro o, también, en el capítulo del PEIT dedicado al marco económico y financiero— y los autores formalmente han distinguido entre «modalidades presupuestarias con diferimiento y, en su caso, periodificación del gasto público» y las que se canalizan total o parcialmente al margen del Presupuesto.

Al primer grupo pertenecen el «sistema español», el «sistema alemán», el «peaje en la sombra» y los «pagos por disponibilidad», mientras que al segundo se corresponden la concesión administrativa, la titulización de ingresos procedentes de la utilización de infraestructuras o servicios públicos y el *project finance*. Las características fundamentales de cada una de estas modalidades serían:

—Por «sistema español» se conoce la creación de una empresa, ente u organismo instrumental participado mayoritaria o totalmente por el Estado, una Comunidad Autónoma o Entidad Local para la ejecución y gestión de una obra pública a la par que se huye de las «rigideces» y controles propios del Derecho Público (Administrativo y Presupuestario, principalmente), pero no ya del cómputo como endeudamiento público del que sea atribuible a la sociedad. Casos como el del ente público «Madrid Infraestructuras del Transporte» (MINTRA) y «Madrid Calle 30, S.A.» ilustran recientemente de la imputación por Eurostat de sus respectivas deudas a la Comunidad y Ayuntamiento de Madrid.

—El «sistema alemán» o «llave en mano», conocido entre nosotros por el desarrollo que efectuó el RD 704/1997, de 16 de mayo, por el que se reguló el régimen jurídico, presupuestario y financiero del contrato administrativo de obra bajo la modalidad de abono total del precio, contraponiéndose al tradicional reflejo presupuestario de los créditos necesarios para hacer frente a las certificaciones de obra.

—El «peaje en la sombra» o «método británico», por el que una Administración encarga a un concesionario la construcción, financiación y explotación de una infraestructura pública, recibiendo una remuneración calculada sobre el nivel de utilización de la misma.

—El «modelo concesional», en el que la obra se financia por el concesionario que obtiene la remuneración por los retornos producidos de la explotación que realice. Los autores tratan los elementos contractuales y financiación de la concesión de obra pública —figura regulada por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, que modificó la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RDLeg. 2/2000, de 16 de junio)—, las concesiones de dominio público y algunas especialidades previstas en la legislación sectorial como son el contrato de concesión de obras hidráulicas y la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión.

—El «*project finance*», que definen como una «estructura de financiación, presidida por el concepto de no recurso o recurso limitado a los promotores, en la que los financiadores basan su análisis y participación en el éxito del proyecto a financiar y no en la calidad crediticia del financiado».

En la segunda parte del libro (capítulo 3.º) se halla la verdadera aportación de los profesores JUAN LOZANO y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ. Para éstos, es la unidad funcional de la Hacienda Pública, la conexión entre la vertiente de los ingresos y gastos públicos, la idea clave que preside la estructura y metodología empleada para esbozar un debate y apuntar una línea de investigación desde una perspectiva jurídico-financiera. Los autores se plantean varios interrogantes surgidos desde dicha óptica:

1.º ¿Cómo incorporar a la toma de decisión acerca de la elección del método de financiación un doble juicio acerca de su idoneidad y sobre el origen de los fondos?

2.º ¿Cómo se establece un adecuado sistema de controles, no sólo financiero y contable, sino también sobre las condiciones en que el sector privado oferta a los ciudadanos la disponibilidad de infraestructuras o la producción de bienes y servicios públicos?

3.º ¿Qué puede resultar de la utilización de opciones diversas en distintas partes del territorio?, y ¿cómo y dónde articulamos un debate que permita la consideración conjunta de las políticas regionales en materia de financiación de infraestructuras?, y

4.º ¿Qué papel juega la fiscalidad en orden al estímulo de la iniciativa privada allá donde se considera útil y necesaria?

Para su respuesta pasan revista, en primer término, a los instrumentos financieros al servicio del desarrollo de las inversiones. A nivel comunitario: Fondos estructurales y de Cohesión, línea presupuestaria para el desarrollo de las redes transeuropeas de transporte y las aportaciones del Banco Europeo de Inversiones; mientras que los recursos destinados a la financiación de las inversiones en nuestro sistema de financiación territorial pasan por el Fondo de Compensación Interterritorial y el Programa de Cooperación Económica Local (RD 835/2003, de 27 de junio).

Luego se refieren a los principios jurídicos ordenadores de la actividad financiera, arrancando de una concepción amplia de gasto público que incluye a los beneficios fiscales dirigidos a la consecución de objetivos de política económica y social, el tratamiento de los tipos de incentivos para la realización de obras públicas en las concesiones demaniales, los principios constitucionales del gasto público (asignación equitativa, eficiencia y economía), el principio de estabilidad presupuestaria —incluyendo los auxiliares de plurianualidad, transparencia y eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos— y la reserva de ley en el gasto público.

Tras la proyección de esos principios sobre la problemática de la colaboración público-privada en la financiación de infraestructuras, que lleva a los autores a efectuar juicios de razonabilidad sobre la elección entre la actuación del sector público según los modelos tradicionales o la iniciativa de acudir a las fórmulas de colaboración, así como del recurso financiero elegido para retribuir la inversión privada. También comentan otros aspectos como la necesidad de introducir mayor transparencia en la retribución del concesionario; las fórmulas de cooperación financiera y las propuestas de creación de estructuras de gestión únicas para los grandes proyectos de infraestructuras; el control en las fórmulas de colaboración público-privada y el propio concepto de prestación patrimonial y su incidencia sobre las tarifas.

Al final del estudio se postula la necesidad de una ley de financiación de infraestructuras públicas que se concibe como *norma para la normación* e instrumento al servicio de la planificación, de la transparencia y de los principios de justicia financiera, que sería aplicable al Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales, cuyo contenido esencial sería la introducción de la obligación de elaboración de un plan de infraestructuras que estaría sometido a refrendo parlamentario.

2. LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA: RÉGIMEN TRIBUTARIO

También a ese creciente fenómeno de financiación público-privada del que dábamos cuenta al principio del comentario anterior, pertenece la figura estudiada en la muy destacable monografía de Ramón FALCÓN Y TELLA titulada *Régimen fiscal de la concesión de obra pública (IVA, ITPAJD, ICIO e IBI)*, publicada por Marcial Pons (Madrid, 2006, 116 págs.).

El libro sabe combinar, sin que sobre nada, aspectos dogmáticos con elementos surgidos en la práctica profesional de su autor, abogado y catedrático de Derecho Financiero de la Universidad Complutense de Madrid. El *género* interesa y mucho desde

el punto de vista presupuestario y de gasto público, porque una cosa es el cumplimiento nominal de las restricciones autoimpuestas en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento —o en nuestras leyes de estabilidad presupuestaria—, aunque ello se traduzca en expulsar del balance de la Administración, para no computar déficit, buena parte de la financiación de infraestructuras públicas. La *especie* que aquí se estudia se acomete desde otra perspectiva, interesando el régimen tributario de la concesión de obra pública que, en muchos casos, queda extramuros del gravamen sobre las transmisiones patrimoniales onerosas, pero también fuera del Impuesto sobre el Valor Añadido.

La obra que ahora comentamos consta de seis capítulos. Tras el primero, de corte introductorio, el autor se plantea en el capítulo segundo el concepto de «concesión» y el contrato de concesión de obra pública, cuya utilización se ha generalizado a partir de la aprobación de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, que modificó la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (texto refundido aprobado por RDLeg. 2/2000, de 16 de junio). Luego sigue con el estudio del régimen tributario aplicable al otorgamiento de la concesión (capítulo tercero) y, más adelante, con la aplicación del IVA en las fases de construcción y explotación, por un lado (capítulo cuarto), y a la extinción de la concesión, por otro (capítulo quinto). Al final se incorporan referencias a los tributos locales (Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras e Impuesto sobre Bienes Inmuebles).

El estudio del concepto de concesión arranca con argumentos de administrativistas, Consejo de Estado y jurisprudencia del Tribunal Supremo. El profesor FALCÓN Y TELLA destaca, como mínimo común denominador de las diferentes realidades englobadas bajo ese *nomen iuris*, la «transferencia a uno o varios sujetos de una esfera de actuación originariamente perteneciente a una entidad administrativa» que, pese a no encerrar un régimen jurídico uniforme, es bastante desde el punto de vista tributario, donde el ITPAJD se refiere a ese amplio concepto como objeto de gravamen [art. 7.1.B) del texto refundido aprobado por RDLeg. 1/1993, de 24 de septiembre], requiriendo la acumulativa producción de los dos requisitos siguientes: 1.º Que los actos supongan la transferencia al particular de facultades originariamente públicas, ya sean facultades de gestión de servicios públicos o el uso privativo o aprovechamiento especial de bienes de dominio o uso público, y 2.º Que, como consecuencia de lo anterior, se produzca un desplazamiento patrimonial a favor del particular.

Luego se plantea si estos requisitos concurren en las llamadas concesiones de obra pública reguladas en los artículos 220 y siguientes de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. El autor deduce de dicha norma —que viene a recoger el concepto comunitario de concesión de obra pública procedente de la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, relativa a la coordinación de procedimientos de adjudicación de los contratos de obras, suministro y servicios— que la figura estudiada aparece como una simple alternativa para financiar la realización de infraestructuras en colaboración con el sector privado, puesto que lo que la caracteriza es el modo en que se financia la obra y el desplazamiento del riesgo al contratista y no el que haya o no una auténtica transferencia al concesionario de facultades que antes eran públicas. En otras palabras: «una buena parte de las concesiones de obras públicas son en realidad meras fórmulas contractuales de colaboración público-privada que no implican una verdadera y propia concesión a efectos fiscales, y que por tanto no pueden gravarse por Transmisiones Patrimoniales Onerosas», ni en el IVA, donde el otorgamiento de la concesión aparece como «una mera formalidad que no dará lugar a devengo alguno, al faltar el aspecto material del hecho imponible».

En el capítulo tercero se plantea la delimitación entre ambos impuestos respecto del otorgamiento de la concesión, sometiendo a consideración crítica diversas resoluciones de la Dirección General de Tributos. A raíz de ello, se distingue después entre

concesiones cuyo otorgamiento queda sujeto al IVA —únicamente las que tengan por objeto la explotación de infraestructuras portuarias, aeroportuarias o ferroviarias ya construidas¹, siendo el hecho imponible la prestación de servicios que realiza el ente concedente del derecho a utilizar la correspondiente infraestructura—, de aquellas otras en las que el otorgamiento se grava en el ITPAJD —por suponer siempre un desplazamiento patrimonial a favor del particular y que no tengan por objeto puertos, aeropuertos ni infraestructuras ferroviarias— y las que no se gravan en ninguno de estos tributos por no implicar ese desplazamiento patrimonial a favor del concesionario, dando entrada al gravamen proporcional de Actos Jurídicos Documentados si hay otorgamiento de escritura pública.

Los siguientes capítulos se centran en el Impuesto sobre el Valor Añadido. Por un lado, su aplicación a las operaciones de explotación de la obra pública y de la zona comercial (locales de ocio y comercio, estacionamientos, establecimientos de hostelería, etc.) susceptible de aprovechamiento económico diferenciado. La fase de construcción no supone la realización de entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al impuesto, aunque sí el inicio de la actividad empresarial y el derecho a la deducción de las cuotas soportadas en la construcción.

Por otro lado, en la extinción de la concesión, considerando la reversión como un supuesto de transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial no sujeto al IVA, incluso en los casos en que la Administración no vaya a seguir realizando exactamente la misma actividad ejercida por el concesionario. El profesor FALCÓN Y TELLA razona, frente a hipótesis en que no fuese aplicable la regla de la no sujeción, que podría entrar en juego la exención relativa a la segunda entrega de edificaciones que, lógicamente, no alcanzaría al mobiliario ni otros elementos afectos a la actividad que también se transmiten en el momento de la reversión. En cuanto a los supuestos de rescate o resolución anticipada de la concesión, la indemnización al concesionario no tiene el carácter de contraprestación y no queda, por ello mismo, sujeta al IVA.

El tratamiento, para acabar, de los tributos locales en el último capítulo distingue, en relación al ICIO, entre la no sujeción de las obras realizadas en el marco de concesiones para las que la legislación sectorial específica excluya la necesidad de licencia de obras o urbanística y la sujeción en los demás casos pese a que, como el dueño de la obra es el ente público concedente, si la concesión la otorga una Administración territorial y va a ser directamente destinada a carreteras, ferrocarriles, puertos, aeropuertos, obras hidráulicas, saneamiento de poblaciones y de sus aguas residuales, gozaría de la exención prevista por el artículo 100.2 del texto refundido de la Ley de Haciendas Locales. En el IBI también conviven supuestos de no sujeción con varias exenciones que podrían resultar de aplicación.

Dejamos noticia, finalmente, de que el Gobierno ha remitido al Congreso de los Diputados un proyecto de Ley de Contratos del Sector Público (publicado el 8 de septiembre de 2006 en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales», VIII Legislatura, Serie A, núm. 95-1) que mantiene la tónica de regulación del contrato de concesión de obra pública y prevé, al propio tiempo, una figura contractual nueva que se denomina *contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado*, cuyos límites con el anterior no aparecen definidos con suficiente claridad, aunque presumiblemente servirá para reducir

¹ En relación a las mismas, el autor del libro que comentamos ha vuelto a dar su opinión recientemente. Vid. FALCÓN Y TELLA, R.: «La aplicación del IVA a las concesiones para la construcción y explotación de infraestructuras portuarias, aeroportuarias y ferroviarias» (I y II), *Revista Quincena Fiscal*, núms. 12 y 13 de 2007.

el ámbito de aplicación que ha tenido en la práctica la figura estudiada en la monografía que hemos comentado.

3. FINANCIACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS Y ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA

El tema elegido por Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA, profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid: *Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*, que ha sido publicado por la Editorial Tirant lo Blanch (Valencia, 2007, 245 págs.), se inscribe dentro de la misma línea que las obras de las que hemos dado noticia anteriormente. En este nuevo libro se analiza el impacto que las limitaciones impuestas a nivel europeo y en España por el Pacto de Estabilidad y Crecimiento y nuestra legislación sobre estabilidad presupuestaria ocasionan sobre los modos de contratación de las obras públicas a través de tres figuras básicas: la concesión de obra pública, la constitución de entidades instrumentales y el arrendamiento operativo, constituyendo este último un instrumento atípico y que surge, precisamente, como consecuencia del problema del cómputo contable de las operaciones de construcción de infraestructuras, exteriorizando perfectamente el recurso a la ingeniería jurídica en este ámbito.

El profesor GONZÁLEZ GARCÍA pone de relieve el indudable impacto que tiene la estabilidad presupuestaria sobre la contratación administrativa y considera que las exigencias que provienen de aquélla están conduciendo a las Administraciones públicas a una carrera en aras de la «desconsolidación», para lo cual recurren a una contabilidad de diseño, que guarda mucha proximidad con métodos que se utilizan habitualmente por las empresas privadas. En efecto, como señala el autor, «el corsé de la estabilidad presupuestaria ha hecho que los entes públicos tengan que recurrir a figuras jurídicas complejas, que en ocasiones resultan la consecuencia de cócteles de otras relaciones jurídicas típicas, con actores diversos —públicos y privados— para lograr el efecto querido de que no se consolide en el déficit público, en la medida en que es el mecanismo que permitirá mantener un alto nivel de construcción de infraestructuras».

El libro que ahora comentamos consta de cinco capítulos. En el primero se plantea el problema de cómo el principio de estabilidad presupuestaria incide sobre el funcionamiento de los entes públicos en el caso paradigmático de la construcción de infraestructuras. Luego sigue, en el capítulo segundo, con el estudio de los criterios contables para la incorporación a las cuentas de la Administración Pública del coste de construcción de una infraestructura para, más adelante, analizar los efectos contables de las tres formas de construcción de infraestructuras como son la concesión de obra pública (capítulo tercero), el arrendamiento operativo (capítulo cuarto) y las entidades instrumentales de las Administraciones Públicas (capítulo quinto).

Al principio del trabajo, el autor reconoce la importancia de las infraestructuras como factor esencial para el crecimiento económico y para la mejora de la competitividad de la economía europea. De hecho en las conclusiones del Consejo Europeo desarrollado en Bruselas, en marzo de 2005, se señaló en este sentido que «de forma general, las inversiones en infraestructuras favorecerán el crecimiento e implicarán una mayor convergencia en los planos económico, social y medioambiental. En el marco de la iniciativa de crecimiento y los programas de puesta en práctica inmediata, el Consejo Europeo destaca la importancia de la realización de los proyectos prioritarios en materia de redes de transporte y de energía e invita a la Unión y a los Estados miembros a que

prosigan sus esfuerzos de inversión y fomenten asociaciones entre los sectores público y privado». También se reflexiona sobre el hecho de que la estabilidad presupuestaria, a pesar de encontrarse fuera de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, determina la actividad administrativa en esta materia, condicionando las cláusulas que se incluyen en los contratos e incluso, abriendo la puerta a nuevas modalidades contractuales que no están recogidas en la legislación, impulsando y retrayendo también la utilización de una figura en un momento dado.

A lo largo del primer capítulo, descriptivo del marco de la estabilidad comunitaria, se observa cómo Eurostat (oficina estadística de la Comisión Europea) ha ido delimitando los supuestos en que una determinada operación computa o no a efectos del déficit público, por aplicación de los criterios de contabilidad pública recogidos en el Sistema de Cuentas Nacionales y Regionales de la Comunidad Europea (Reglamento CE 2223/96 del Consejo, de 25 de junio de 1996, conocido como SEC-95) y cómo los entes públicos están afinando los procedimientos, e incluso configurando otros nuevos, para construir infraestructuras sin que tengan efectos negativos en el déficit público, esto es, no consolidando su coste a efectos del mismo.

El autor considera que al problema tradicional de la escasez de recursos se ha añadido ahora el de la estabilidad presupuestaria, que es, sin lugar a dudas, el factor que más está transformando los sistemas tradicionales de construcción de obras públicas, en ocasiones sin una valoración suficiente de la ponderación entre los efectos del déficit y los costes añadidos que pueden existir por recurrir a mecanismos de colaboración privada para eludir los límites comunitarios. En la actualidad diversos son los procedimientos y las formas para afrontar la construcción de infraestructuras, pero muchas de ellas parten de dicha participación de los particulares. Eurostat ha fomentado el uso de figuras complejas y la utilización de instrumentos que se separen de la fisonomía tradicional de los contratos de obra. Bien se podría decir, incluso, que el organismo estadístico europeo premia una buena utilización de la ingeniería financiera, de los trucos contables, de los recovecos que se abren en el SEC-95, mediante la desconsolidación de dichas operaciones en las cuentas de dicho Estado, permitiendo mantener un alto nivel de inversión y una mejor prestación de los servicios públicos.

En el segundo capítulo se estudia la doctrina de Eurostat sobre la consolidación en las cuentas de las Administraciones Públicas. El análisis se centra en los principios contables sobre la contabilización de las operaciones de construcción de infraestructuras, elemento básico para el entendimiento de su efecto sobre la estabilidad presupuestaria. Dos son las principales razones por las que el autor expone en este capítulo los principios básicos que Eurostat ha ido afirmado en aplicación del SEC-95: por un lado, el procedimiento de déficit excesivo que prevé el artículo 104 del Tratado de Maastricht, que compone un contenido obligatorio desde el punto de vista económico y presupuestario, sobre todo desde el momento en que el diseño y la ejecución de la política monetaria corresponden al Banco Central Europeo y, por otro lado, el propio ordenamiento jurídico español, que ha hecho un llamamiento expreso a los criterios que se aprueben para disponer de un sistema de cuentas armonizado en el ámbito comunitario.

En la actualidad, como sostiene GONZÁLEZ GARCÍA, «para intentar eludir estos topes de déficit y dar respuesta a las necesidades de infraestructuras, se utilizan personas interpuestas, dependientes de la propia administración, o se recurre a las fórmulas de cooperación público-privada con lo que aparece la cuestión clave: determinar en qué contabilidad han de reflejarse estas operaciones, más allá de cuál sea la forma jurídica empleada y teniendo siempre presente que cabe la opción de que se apunte en el balance del ente público o que, por el contrario, se produzca la denominada desconsolidación, esto es se registra en el balance del productor de mercado con el que

ha actuado la Administración y, en consecuencia no entra en el balance de dicho ente público, con lo cual no contribuye a la formación de déficit, que es lo que, en ciertos umbrales, está prohibido en el ámbito comunitario».

Ya en el capítulo tercero, se considera la utilización de la concesión de obra pública, figura que, aparentemente, menos dificultades podría plantear a una Administración pública en relación con la consolidación del coste de la operación en su contabilidad. A lo largo de dicho capítulo, el autor analiza diversos aspectos como el de la asunción de riesgos por parte del concesionario; la participación pública en la financiación de la construcción de la obra, mediante aportaciones dinerarias y no dinerarias, subvenciones, créditos participativos y avales; la retribución por el concesionario por la utilización de la obra (peajes duros, en la sombra, blandos, pagos por disponibilidad de parte de la Administración); la importancia del equilibrio económico del contrato en las cuentas públicas y el problema de la situación contable del activo de la obra durante la vida de la concesión y a la finalización de la misma.

En el siguiente capítulo, el profesor GONZÁLEZ GARCÍA estudia la nueva modalidad contractual del arrendamiento operativo —que no computa a nivel de déficit público, siempre que los elementos centrales relativos a la construcción del inmueble recaigan en manos del particular y siempre que no haya ningún factor que distorsione de forma directa o indirecta el hecho de que es el particular el que asume todos los riesgos— y que responde a las siguientes características: «es un contrato mixto, que se configura sobre la concurrencia de los siguientes tres elementos: i) En primer lugar, se encomienda la construcción de la infraestructura por parte de la Administración pública a la entidad arrendataria del inmueble, ii) En segundo término, el destino del inmueble es su utilización por parte de la administración para lo cual, una vez finalizada la realización de las obras, se procede a su arrendamiento a la Administración pública que ha encomendado la ejecución de la obra y iii) Por último, como instrumento que sirve esencialmente para la retención de riesgos por el particular, durante toda la vida del contrato de arrendamiento, el particular arrendatario será el titular del derecho de propiedad sobre el edificio construido».

El último capítulo se dedica a las entidades instrumentales de las Administraciones Públicas y cómo computan sus actividades, tanto en la fórmula de entidad de derecho público —RENFE, Autoridades Portuarias, Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA)— como en la de sociedad mercantil —supuesto previsto para la Administración estatal de la construcción y/o explotación de carreteras públicas y obras hidráulicas— o, en los últimos tiempos, buscando la participación privada en el capital (como ocurre con los ejemplos de «Madrid Calle 30, S.A.» y MINTRA en relación con el Metrosur).

4. CONTROL EXTERNO EN LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

El último trabajo del que damos noticia es una reciente ponencia de Juan RAMALLO MASSANET, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad Autónoma de Madrid y Miembro del Tribunal de Cuentas Europeo sobre *El control externo en las nuevas formas de colaboración público-privada* y que fue presentada en el curso de la «XVI Universidad de Verano de Maspalomas», evento organizado por la Audiencia de Cuentas de Canarias, celebrándose entre los días 9 a 11 de julio de 2007².

² El trabajo que comentamos resulta accesible en Internet, en la siguiente dirección: <<http://www.acuentascanarias.org/Maspalomas2007/PonenciaJuanRamallo.pdf>>.

Al principio se destaca la amplia utilización en España de las diferentes formas de cooperación entre autoridades públicas y mundo empresarial, considerando el autor que en su implantación han influido dos líneas de razonamientos: «Por un lado, los argumentos ligados a la política económica de la Unión Europea, en especial a los criterios de convergencia y al pacto de crecimiento y estabilidad; por otro lado, los argumentos más ideológicos vinculados a la función del Estado y a la relación de éste con la sociedad».

El profesor RAMALLO da cuenta primero de los condicionantes derivados de la política económica de la Unión Europea, observando cómo en cada una de las distintas fases por las que ha transcurrido la compleja evolución de la construcción europea, se han ido buscando los instrumentos y medidas adecuadas a la finalidad perseguida en cada una de dichas fases —armonización de la imposición indirecta, establecimiento de un arancel aduanero común, régimen de recursos propios, el llamado «cuarto recurso», búsqueda de un «impuesto europeo»—; centrándose más adelante en la consideración de la evolución que ha tenido el Pacto de Estabilidad y Crecimiento y en la contradicción que, a su juicio, puede plantearse entre los dos objetivos —estabilidad y crecimiento— que se ha marcado la Unión Europea y que se manifiesta al ponerlos en relación con el signo de las reformas fiscales actualmente.

Así describe el autor la situación: «nos encontramos ante los tres lados de un triángulo: 1.º) la exigencia comunitaria de estabilidad, es decir, el control del endeudamiento y del déficit público; 2.º) un sistema fiscal que se caracteriza por la reducción de tipos en la imposición directa y más en las rentas del capital (estrategia de la competencia a la baja) que en las rentas del trabajo personal dependiente, y aumento de la imposición indirecta y de los tributos denominados causales, es decir, de los que se pagan por la utilización de una actividad o servicio público (derivación del contribuyente al usuario); 3.º) la exigencia comunitaria de crecimiento: constante aumento de la necesidad de inversión pública en servicios públicos esenciales, con especial incidencia en los transportes, y tanto para su establecimiento o construcción como para su funcionamiento y mantenimiento». Así las cosas, los contratos de participación público-privada serían la fórmula conciliadora —y *financiadora*, en la medida en que sirven para evitar o reducir el endeudamiento y el recurso a los impuestos— de los tres fenómenos que se acaban de indicar.

Aparte del concepto de déficit público que se utiliza por Eurostat en el SEC-95, el profesor RAMALLO señala que «lo importante será la consideración que se de a las cantidades que desembolsa la Administración pública para saber si consolidan en el déficit público o si no computan a efectos del mismo. En definitiva, si las cantidades desembolsadas por las Administraciones son cantidades consideradas como transferencias de capital (e imputables al Capítulo VII del Presupuesto) o como operaciones financieras (e imputables al Capítulo VIII del Presupuesto: activos financieros)»; disyuntiva que, como bien señala el autor, puede conducir en ocasiones a que las Administraciones públicas intenten realizar una cierta «ingeniería financiera», transformando las transferencias de capital en activos financieros y gastos corrientes.

Todavía en relación con el equilibrio presupuestario exigido por la Unión Europea, el profesor RAMALLO advierte de las importantes incógnitas que aquél suscita: constitucionalidad del equilibrio presupuestario y compatibilidad entre la existencia de superávit presupuestario y la asignación equitativa del gasto público que reclama el artículo 31.2 de nuestra Constitución. Como él mismo razona, y estamos de acuerdo con su planteamiento, «la Constitución ni reclama ni prohíbe una norma sobre contención del gasto público y el equilibrio presupuestario no impide la plena vigencia del art. 31.2 CE. Más compleja parece la respuesta a la segunda cuestión pues desde el punto de vista funcional del fenómeno financiero, los ingresos públicos que produzcan superávit tienen

una difícil defensa porque no hay necesidad de gasto que los justifique; si, por el contrario, el superávit se produce o se debe a que se deja de atender cuantitativa y cualitativamente necesidades colectivas, que quedan insatisfechas, no se cumple el precepto constitucional que obliga a atribuir los ingresos al gasto público siguiendo un criterio de equidad».

Después se pasa al enunciado de argumentos vinculados a la concepción del Estado, apreciando tres diferentes «huidas» que se explican así: «En primer lugar nos encontramos con una “huida del Estado”. El abandono o pérdida de presencia del Estado tanto en la titularidad de intereses hasta ahora generales o fines públicos a conseguir, cuanto a hacerlo por sí mismo. En este sentido tenemos desde las privatizaciones puras, hasta la externalización de los servicios desarrollados por entidades privadas en la prestación de los mencionados servicios públicos, o la desregulación, que supone la desaparición de normas estatales que se ven sustituidas por normas de Derecho privado por las que se rigen, por ejemplo, las libertades básicas del mercado. En segundo lugar, y en un camino de recorrido inverso al realizado desde finales del Siglo XIX y gran parte del XX, está la “huida del Derecho administrativo” dada la utilización, cada vez más, de instituciones de Derecho privado, como puede ser el contrato laboral o la constitución de sociedades mercantiles. Esta evolución a la que se acaba de hacer referencia está muy favorecida por la Unión Europea. En efecto, las privatizaciones en telecomunicaciones, energía o transportes son consecuencia de la presión del Derecho comunitario de la competencia. Se da ahí también, en tercer lugar, una “huida del servicio público”, ya que frente al modelo histórico del servicio público continental, la UE les exige actuar en las mismas condiciones de competencia que a los entes privados».

En los siguientes apartados del trabajo que comentamos, el autor pone de manifiesto que junto a la menor presencia del Estado que los anteriores procesos representan, hay una cuarta huida que podría calificarse como «huida de la consolidación», sin que las fórmulas contractuales de participación pública y privada reduzcan —más bien sucede todo lo contrario— los costes financieros ligados a la «vieja forma» del contrato de obras. A fin de cuentas, como señala el profesor RAMALLO, «el modelo “ppp” no es una panacea para los problemas de inversión de las administraciones públicas, ni se trata de una intervención altruista de las empresas privadas» y, en realidad, «esta fórmula va a producir un mayor coste si se la compara con los métodos tradicionales de endeudamiento directo al tiempo que disminuye notoriamente la transparencia presupuestaria».

Finalmente, la ponencia discurre con el señalamiento de los principales requisitos de la colaboración público-privada, así como de los posibles elementos para un control de la misma, no sólo interno, sino también ejercido por los órganos de control externo — Tribunal de Cuentas y los organismos creados en diversas Comunidades Autónomas— y proponiendo «un esquema de los distintos elementos que intervienen en la vida de estos contratos, de la relación jurídica que en ellos se contiene, y de las fases por las que van discurrendo para localizar los objetos y ámbito del control».