

PRÓLOGO

Dos líneas de justificación. Escribo estas páginas empujado por el entusiasmo juvenil y generoso de Ana de Juan, que ha conseguido obligarme a reflexionar sobre un gran tema. El afecto ha podido sobre mi pereza y me alegra mucho acompañarla.

Varias razones fuerzan la explosión de los nuevos sistemas de contratación de obras y servicios públicos utilizando financiación del sistema privado ante la limitación y consiguiente escasez de los medios públicos para hacer frente a nuevas pretensiones.

- 1) Ante todo está presente la pretensión social, manifestada por las Comunidades Autónomas, Corporaciones locales, partidos políticos, medios de comunicación, mostrando una fuerte sed de infraestructuras, como vehículo necesario para su desarrollo. No hay ciudad que no exija un AVE, un aeropuerto, un nuevo hospital, una Universidad, o en otro plano, un Corte Inglés.

El estado de opinión pública creado identifica de modo nítido infraestructura con desarrollo, y es lógico que nadie quiera quedarse un paso atrás respecto de la comunidad vecina. Ello cobra importancia especial en un país como España, que dejó de ser jacobino, y cuya estructura territorial favorece ese clima ciudadano de pretensión. Un reparto territorial homogéneo aparece como una exigencia de justicia distributiva.

Por otra parte, España es evidente que ofrece un déficit relativo de infraestructuras, y que ha demostrado una alta eficacia, tanto desde la Administración como desde el sector privado para el uso de los Fondos europeos los últimos años. Posiblemente, el país que mejor ha aprovechado la oportunidad que se le brindaba, lo que ha repercutido de modo muy favorable en la economía.

El salto que para las infraestructuras españolas ha supuesto la utilización de los Fondos ha sido significativo, y en ese sentido la colaboración de las empresas con la Administración Pública ha sido bastante ejemplar. Sobre todo en comparación con la capacidad de otros países para presentar proyectos y tomar las decisiones.

Además, y no es tema baladí, el desarrollo empresarial del sector construcción es en España fortísimo en términos comparativos con otros sectores y países.

Baste recordar el dato de que la construcción alcanzó en España un 15% del PIB en 2005 frente al tradicional 8-10% en que se ha movido en otras épocas o que tiene en otros países.

No es pensable, pues, que al acabar el período más fértil para España de la utilización de los Fondos, se produzca una paralización relativa de una actividad económica que produce fuertes sinergias.

Todo ello conduce pacíficamente a buscar fórmulas nuevas, que en tiempos de menor aportación de Fondos, faciliten la contratación de nuevas infraestructuras, satisfagan esa creciente demanda pública y alimenten la actividad económica.

Es cierto que todo habría sido más complejo de no haber estado ya “inventadas” las soluciones en la normativa europea. Toda la Colaboración Público Privada (CPP) en la financiación privada de las obras públicas viene de la mano de la política de convergencia, y a ella se debe. Lo cual no significa que, puesto en funcionamiento, el “aprendiz de brujo” quiera ser independiente. Los perfiles del problema ofrecen un marco mucho más amplio, rico y variado que el manifestado al principio, centrado en las exigencias de computar o no computar en el déficit público determinado tipo de obras.

- 2) Lo que aquí importa, y es el objeto de este libro imaginativo y sugerente, es la respuesta del mundo del derecho para que este capítulo importante de la actividad económica no se produzca al margen del rigor vigente de modo afortunado en un sistema democrático.

La respuesta, al nuevo panorama, ha sido positiva desde el punto de vista de la oferta del sector empresarial, de la decisión política, y seguramente lo será también en sus resultados económicos. El legislador ha adaptado las normas europeas, a través de la modificación de las leyes de contratación pública, e igualmente el sistema financiero privado cuenta con los instrumentos y técnicas adecuadas para facilitar las operaciones. Finalmente, la Unión Europea, directamente, y a través de sus organismos especializados ha dictado un conjunto de normas que permiten compatibilizar la nueva contratación con las exigencias de convergencia en materia de deuda y déficit público.

Lo que falta tal vez es la adecuación del conjunto al sistema global de nuestro derecho financiero: la planificación conjunta que garantice el equilibrio y la justicia en la distribución del gasto público, la aprobación por el órgano adecuado que legitime la decisión y evite la arbitrariedad, el

control que justifique la adecuación del gasto y el rigor en la ejecución de los compromisos públicos asumidos. Es decir, que el nuevo modo de contratación y ejecución de la obra pública no sea un corpus extraño respecto de la regulación de la actividad financiera del Estado español.

Los perfiles del tema

El tema hoy no sólo es de actualidad punzante, sino que además plantea una serie de cuestiones que importan al mundo de la política, la empresa, la economía o el derecho.

Vale la pena, por ello, reflexionar sobre el cuadro general de implicaciones que presenta.

La Política en primer lugar. Las fórmulas de CPP permiten anticipar generacionalmente la creación de infraestructuras y servicios, apuntándose en el haber del Gobierno concreto que decide la inversión el haber satisfecho la pretensión de una comunidad determinada en tal sentido.

La decisión política tanto en el hecho de adoptarse como en su forma y condicionamientos abre el siguiente panorama:

1º) La actividad económica y financiera del poder público, tiende esencialmente a satisfacer necesidades públicas, que define Alain Barrere como “necesidades colectivas que se manifiestan en el seno de la comunidad y corresponden a una utilidad colectiva cuya estimación pertenece a la autoridad pública”. El Estado interpretando la voluntad del grupo hará que la colectividad cargue con esa satisfacción. La decisión política de abordar, en consecuencia, una inversión para cubrir tal necesidad pública no puede en ningún caso entenderse como una decisión aislada de un contexto, y menos aún como solitaria o *uti singuli*. Es normalmente una decisión incardinada en el conjunto de un Plan económico, más o menos global o general, que permita la contemplación amplia del conjunto de necesidades públicas para optar por aquéllas que son de mayor relieve o urgencia.

La idea, pues, de la existencia de un Plan económico o de infraestructuras y servicios de carácter general es previa a la toma de una decisión política sobre la aplicación de una fórmula de CPP. O debería serlo.

En su elaboración participarán, como siempre ocurre en la elaboración de la política económica (Jean Meynaud) no sólo las autoridades encargadas de ello, sino las fuerzas sociales afectadas. En primer lugar los demandantes de la infraestructura o servicio, comarcas o regiones, colectividades afectadas o interesadas; también los grupos de presión representando los sectores económicos beneficiados o sensibles a las

inversiones proyectadas, los aparatos de los partidos... Es igual que la iniciativa arranque del poder público o sea provocado por las fuerzas sociales. El hecho es que al final un Plan público, sea cual fuere su forma o amplitud, ha de definir las infraestructuras o servicios financiados en sistema de CPP, y ese Plan ha de ser objeto de una aprobación pública.

Aceptado tal principio, ese Plan, programa o decisión entra de lleno en el mundo del derecho: su elaboración, tramitación, ejecución y control se someten a las reglas del sistema jurídico.

2º) La clave estará en configurar el contenido del Plan, qué infraestructuras o servicios se financiarán con cargo a los Presupuestos y cuáles se han de encargar al sector privado para su ejecución y financiación.

Cuáles en definitiva pagará el contribuyente y cuáles el usuario. Más aún, cómo procede el reparto regional y local de esas inversiones públicas o privadas. De lo que se decida resultará que unas colectividades pagarán por los servicios o el uso de las infraestructuras y otras no, o que unas llegarán a disfrutar de ellas y no será posible en otros sitios.

Aunque las fórmulas de CPP han dado una gran flexibilidad al planteamiento, al permitir la incorporación de la financiación privada, lo que es evidente es que los medios disponibles no son ilimitados. Por ello la racionalidad en la elección se impone y ello requiere realizar el estudio previo que desde la óptica económica garantice la idoneidad de la inversión, su factibilidad para atraer los capitales privados y la realidad de la necesidad a satisfacer. Al final como dice Cosciani “La clase dirigente tenderá a satisfacer solamente los fines para los cuales el coste necesario de adquisición de los medios que sean imprescindibles hagan conveniente y oportuna su satisfacción y dentro de los límites adecuados”.

3º) Las fórmulas de CPP alteran procedimientos, anticipan o simplemente permiten abordar inversiones, modifican el sistema de retribución por el uso de infraestructuras y servicios, pero no alteran la naturaleza de la cosa. No se modifica el tamaño del Estado, ni la calificación de público o privado de un bien. El sistema de gestión será privado, su retribución tal vez también, pero el servicio o infraestructura que el Estado o las Corporaciones Regionales o Locales contraten bajo ese sistema mantendrán su condición pública.

Otra cosa, es que al amparo de las normas comunitarias de convergencia el monto de la inversión compute o no en la cuenta del ente público, se saque del volumen de la deuda pública o haya que integrarlo en ella. De algún modo hay un cierto paralelismo con la técnica utilizada en las empresas privadas para “sacar de balance” la deuda de determinados proyectos: (un capítulo del libro se dedica a los “project finance”) Puede alterar incluso el régimen de responsabilidad formal de la deuda, pero no

la naturaleza de la cosa, los derechos de utilización del servicio público, las obligaciones de prestación.

El mundo de la Empresa se ve también en el epicentro del problema:

1º) No es pequeño el papel que los sectores interesados, principalmente el de construcción, han tenido en la propuesta de sistemas de CPP. Es lógico y no es nuevo, aunque la generalización del régimen dé al problema una dimensión radicalmente diferente.

El análisis sociopolítico de los grupos de presión ha destacado su permanente presencia y participación en la formación de las decisiones de política económica. Se ha dicho que siempre ha sido más eficaz la acción de oposición a una medida de Gobierno que la acción de fomento o promoción de una medida positiva.

Paralizar un acto o una política es cuestión de exhibición de la fuerza que se tiene frente a una medida; pasar ya a conseguir una acción nueva de gobierno obliga a algo más. No se trata de defender posiciones adquiridas, sino de adquirir nuevas posiciones. En esta ocasión, se pone encima de la mesa lo que hace posible el nuevo negocio, o sea los medios para financiar las nuevas inversiones.

2º) Se ha creado con ello un ámbito nuevo de privatización, un negocio nuevo. El sistema tradicional de contratación de obras abre camino a un negocio financiero y de gestión que a nivel de la Unión Europea alcanza ya un significado interesante. Ahora bien, una vez que sabemos que se trata de un negocio, las exigencias de rentabilidad y el estudio de la misma ha de responder a las mismas pautas con que se aborda por una empresa otro negocio cualquiera. Cobra aquí toda su importancia el estudio técnico y económico de la inversión, puesto que la transferencia del riesgo es uno de los elementos definidores del nuevo sistema de contratación.

La exigencia de análisis interno es incluso más profunda que en la valoración de un contrato ordinario de obra pública, porque no se trata sólo de obtener el mejor precio posible por la obra, en un negocio de tracto único, sino de hacer viable un negocio complejo de prestaciones y de largo recorrido.

Tales estudios han de ser igualmente realizados desde la óptica pública, estando más avanzada en algunos países de la Unión la práctica al respecto. Es fundamental incorporar al análisis las previsiones de demanda, la revisión de los precios y cualquier elemento que configure el equilibrio económico-financiero del contrato.

3º) Todo el sistema CPP gira sobre un régimen de financiación privada, lo que da entrada en el escenario a otro jugador, el sistema financiero privado. Es de comprender que el alejamiento del Estado de la infraestructura o

servicio correspondiente fuerza a la Banca privada, y otros eventuales financiadores, a un nivel de exigencia enorme a la hora de aceptar los riesgos de esa financiación.

Según el sistema utilizado, las exigencias serán diferentes, pero en todo caso, han de girar en torno a la obligatoriedad de contar con unos capitales no simbólicos del titular del contrato, y sobre todo la determinación de una retribución creíble del mismo (importe de los peajes o equivalentes, número predecible de usuarios, intensidades de usos, evolución de los ingresos...). Todo aquello que garantice al financiador la lógica evolución de los créditos o préstamos hacia su amortización y no en dirección contraria. A nadie se le oculta que la calidad de la empresa prestataria es pieza básica para el Banco a la hora de conceder la financiación. En los grandes contratos realmente el nuevo sistema se concentra en conglomerados o empresas de importante dimensión, de prestigio y de solvencia suficiente.

El tema lo vemos ahora nuevo por su volumen, pero conceptualmente no es nacido ayer. La construcción de las grandes infraestructuras públicas no ha sido nunca ajena a la iniciativa privada. El ejemplo especial de los ferrocarriles es muy esclarecedor. A partir de 1844 se abre la veda de las concesiones privadas de ferrocarril, siendo la Ley de Ferrocarriles de 1855 la que en serio aborda el problema fijando las bases para que puedan constituirse sólidas compañías concesionarias capaces de hacer frente al exigente programa de construcción de la red ferroviaria. Naturalmente la Ley asumía la obligación pública de abonar determinadas subvenciones en forma de pago de una suma por kilómetros. El Gobierno otorgaba la concesión a la empresa que aceptaba la subvención más baja. Nihil novum sub sole. Este esquema de CPP del siglo XIX, como dice Tortella, fue eficiente pues tras la promulgación de la Ley hubo un periodo muy intenso de construcción y una inversión masiva que se canalizó en gran parte a través de bancos y compañías de crédito.

4º) Finalmente cobra su importancia el tratamiento contable de la materia. En Europa para los supuestos de concesiones (carreteras, hospitales, prisiones, aguas, puertos, aeropuertos, tratamiento de residuos) se aceptan dos modelos. El de “Financial assets” y el del “Intangible”.

El primero tiene aplicación cuando el organismo concedente tiene la responsabilidad primaria de pagar al operador de los servicios, reconociendo éste un activo financiero. En consecuencia, la infraestructura no es un activo material ni inmaterial, y en este esquema lógicamente no hay amortizaciones, ni activación de gastos financieros, ni fondos de reversión. En definitiva, la infraestructura no pertenece al operador, quien simplemente cobra su obra más tarde, con mucho mayor aplazamiento.

El sistema de “intangible”, como su propio nombre indica, permite al operador registrar la infraestructura como un activo intangible y se aplica

cuando no es una administración la responsable principal de retribuir al concesionario. El activo se valora por su coste real incluyendo los costes intercalares.

Sobre este nuevo tratamiento contable se superponen las NIC, la nueva formativa contable general, cuyas exigencias formales hoy (por ejemplo, la imputación desde el principio de los gastos financieros) dificultan para muchas empresas la presentación de unos resultados deteriorados por “haber ganado” una adjudicación.

Finalmente, el tema que el libro aborda afecta al Sistema jurídico en su conjunto, tanto al régimen de contratación pública, como al presupuestario y financiero, al mundo del Derecho, pues.

1º) Todos los países que han adoptado las fórmulas de CPP han debido adaptar su legislación de Contratación pública. La legislación española no desconocía en absoluto el régimen concesional, más que centenario en nuestro sistema, pero, eso sí, regulado singularmente para cada figura o materia concesional (ferrocarriles, autopistas, puertos, aguas...). Se hacía necesaria la configuración general de la concesión como una figura más del contrato administrativo.

Dice Gómez Ferrer que “el legislador considera que la concesión de obras públicas es una figura jurídica dotada de perfil propio y diferenciado respecto del contrato de obras públicas por lo que ha de regirse por sus propias normas y por la legislación sectorial”. La Ley caracteriza la figura por cuatro conceptos fundamentales: obra pública, riesgo concesional, equilibrio económico de la concesión y diversificación de la financiación.

Lo que aquí me interesa destacar es que la Ley abre la figura de la concesión incluso para aquellos supuestos en que la retribución del contrato sea a cargo de la propia Administración, como en cualquier contrato de obra pública.

Destaca el autor citado que la razón es que la posición jurídica del concesionario es la misma, salvo en lo relativo a la forma de obtener la contraprestación por la financiación de la construcción y explotación de la obra.

2º) La explicación de la reforma se centra en la importación de sistemas utilizados en otros países de la Unión, que constituían novedad en cuanto a la retribución al contratista y al sistema de transferencia de riesgos. Reproduzco aquí como recordatorio sistemático algunos párrafos, muy didácticos, del Dictamen del Consejo de Estado, de 5 de diciembre de 2001, sobre el Anteproyecto de Ley Reguladora de la Concesión de Obras Públicas:

“En este contexto, las Administraciones Públicas se ven obligadas a conciliar el rigor derivado de los objetivos y condicionamientos

macroeconómicos anteriormente expresados, con la necesidad de completar o, en su caso, ampliar las redes de obras e infraestructuras públicas, siendo así que en la búsqueda de nuevos instrumentos financieros y de gestión aparece como una necesidad el recurso a la participación y al capital privado.

Desde esta perspectiva, los instrumentos de participación privada en la construcción y financiación de obras públicas se pueden reconducir, en la actualidad, básicamente, a tres modalidades:

- a) El primero de ellos es la tradicional “concesión de obras públicas”, mediante la cual el concesionario asume la construcción de la obra pública y la explotación de la obra construida durante un plazo de duración más o menos dilatado, según las disposiciones generales o sectoriales que resultaren de aplicación, de tal manera que durante la explotación el concesionario recupera la inversión que hizo, mediante el cobro de unas tarifas, cánones o peajes a los usuarios. En este sistema tradicional se observan innovaciones en lo que hace a su régimen económico-financiero que revisten formas diversas, dentro de las que cabe citar el denominado “project finance”, como medio de financiación privada a través de los flujos generados por el propio proyecto, y el sistema denominado de “peaje en sombra”, que no es sino una modalidad de financiación pública de carácter extrapresupuestario, establecido con el fin de no repercutir el coste de la explotación de la obra en los usuarios de la misma.
- b) El segundo sistema es el representado por el “contrato de obras públicas”. En este sistema, configurado generalmente, el contratista asume la construcción de la obra pública, con cargo a los recursos públicos, de tal manera que al contratista se le abona el precio de la obra con cargo a dichos recursos, mediante certificaciones emitidas periódicamente durante la ejecución de las obras a cuenta de su liquidación final. Pero dentro de este sistema, y superando por vía de excepción la tradicional prohibición arraigada en el ámbito del derecho público de prohibición de pago aplazado, se prevé la modalidad del contrato de obras con pago diferido en el tiempo, en el que si bien la construcción de la obra se financia por la Administración, se difiere el pago al momento de finalización y puesta en servicio de las obras, anticipando el contratista los recursos empleados en la ejecución de las obras. Esta modalidad responde a la modalidad de infraestructuras “llave en mano”.
- c) El tercer sistema responde a posibilidades de carácter más innovador, como son la aplicación a las obras públicas de la figura del “leasing”, en el que la construcción de la obra y su consiguiente financiación se instrumenta a través de un arrendamiento financiero con opción de

compra en virtud del cual la iniciativa privada es autorizada a construir la obra y se le reconoce formalmente la propiedad durante el plazo estipulado, siendo así que durante ese plazo la Administración (o, en su caso, los usuarios) utilizan la obra a cambio de un canon arrendaticio y de un valor residual; cumplido el plazo contractual pactado, la propiedad plena de la obra revierte a la Administración. De esta manera, mediante el pago del arrendamiento y del valor residual pactado, los inversores privados recuperan el capital invertido en la construcción de la obra de forma razonablemente cierta y con el legítimo beneficio. En ocasiones, este mismo esquema de construcción y financiación privada se articula por medio de la aplicación de la figura del “censo enfiteútico”, por el que el privado asume la construcción de la obra y su financiación; a cambio se le reconoce el dominio útil sobre la obra construida durante el plazo pactado (reservándose la Administración el dominio directo sobre la misma), así como el derecho a percibir un canon por la utilización de la obra que le permita recuperar la inversión efectuada con cargo a capital privado”.

3º) Mientras que la legalidad administrativa ha tenido un grado de desarrollo en su reforma muy preciso, no ocurre lo mismo con el ordenamiento financiero. De ahí las conclusiones del libro encaminadas acertadamente a la necesidad de dar un tratamiento normativo al fenómeno financiero que suponen las CPP.

En primer lugar está la propia legislación presupuestaria. El más clásico de los autores, Gastón Jèze, arranca su libro diciendo “En todos los Estados modernos se reconoce que no hay finanzas públicas prósperas sin presupuesto”, y muy inteligentemente, y estamos en los comienzos del siglo XX, dice que el Presupuesto no es sólo un balance, ni una previsión anual de gastos e ingresos, ni una cuenta del Estado. Es además, un programa, un plan de acción y un acto de gobierno. Los CPP quedan fuera del Presupuesto, y precisamente de eso se trata. Toda la preocupación está en cómo podrán considerarse fuera del cómputo de la deuda, etcétera. Lo que tiene menos sentido es que no haya igual preocupación para que su decisión no sea objeto de un análisis y de una asimilación de rango equivalente al Presupuesto.

Si se lee la Ley General Presupuestaria, es evidente que quedan fuera de la definición del sector público estatal (art. 2º.), del empresarial (art. 3º) o de las relaciones jurídicas sometidas a la disciplina presupuestaria (art. 4º). Pero, si al final del camino, y aunque la deuda no se compute hoy, la Hacienda Pública está implicada en la cobertura contractual de un peaje en sombra o en el abono retardado de una obra llave en mano, es obvio que se han creado obligaciones del Estado nacidas de un negocio jurídico (art. 20) cuya exigibilidad funciona en otro marco distinto al de la ejecución del Presupuesto (art. 21).

4º) De igual manera funcionan de modo extrapresupuestario por lo que afecta a la estabilidad, quedando fuera conceptualmente del marco establecido en las leyes presupuestarias de estabilidad (Ley 18/2001 y la Orgánica 5/2001).

Esa es la finalidad del nuevo sistema, y desde una perspectiva política y económica global puede ser positivo. No obstante, se producen o se producirán unos efectos para la Hacienda Pública que tienen que ser objeto de medición, y por supuesto del adecuado control sobre el gasto.

5º) Finalmente, una consideración constitucional. Dice Matías Cortés con plena razón que el equilibrio constitucional presenta la subsistencia y simultaneidad de todos los derechos y deberes subjetivos sin contradicciones internas insoportables. Los valores constitucionales como ejes integradores de la comunidad política son los componentes del fluido jurídico que garantiza el buen funcionamiento del cuerpo social. “El ordenamiento jurídico es uno, interrelacionado, interactivo, comunicado hasta la última y escondida norma”.

Por mucho que queramos aislar un sector importantísimo de la contratación pública respecto del bloque de la legalidad formal financiera, y ello puede ser admisible, por el contrario no es posible desligarla del bloque de la legalidad material, y para empezar de los principios de igualdad de los ciudadanos ante las cargas y de igualdad en el disfrute de las prestaciones públicas. Como dice Rodríguez Berejío, hay que introducir un principio constitucional de justicia, que paralelo al de capacidad contributiva en el derecho tributario, exprese el criterio material de justicia en la distribución y ejecución del gasto público.

Esta consideración nos lleva a las doctrinas más clásicas de la componente política de la actividad financiera. No es posible desligar ese criterio de justicia respecto del ejercicio del poder por aquél que democráticamente lo detenta. La Constitución española (art. 31.2) se refiere a la “asignación equitativa de los recursos públicos”; y tal asignación la hace la Ley de Presupuestos y otras leyes que determinen los gastos públicos. Es decir el equilibrio de la justicia del gasto público lo determina la mayoría parlamentaria, y de su acierto o acomodación al sentir mayoritario de los ciudadanos dependerá que el mismo grupo siga detentando el poder y aplicando su equidad en la distribución de los ingresos públicos. La justicia del gasto público la predeterminan cada cuatro años los ciudadanos en las urnas.

El contenido del libro

El libro de los profesores De Juan Lozano y Rodríguez Márquez, se estructura en dos partes de dogmática bien diferente. La primera, de tono didáctico, expone

con claridad la situación actual de las CPP, de acuerdo con los criterios de la mejor doctrina jurídico-administrativa. Sin pretensión de novedad, pero con el acierto de una puesta al día sistemática del estado de la cuestión.

Así se califican como modalidades presupuestarias (con diferimiento o periodificación) los sistemas llamados alemán o británico, de disponibilidad o peaje en sombra. En definitiva “la financiación de las obras recae en última instancia sobre el conjunto de la ciudadanía a través del pago de sus impuestos”.

Son modalidades extrapresupuestarias, por el contrario, las amparadas en el régimen de concesión y las que institucionalizan el sistema a través de la creación de un ente. La figura concesional, elevada a categoría general de contrato por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas vigente, deja en realidad abierta la calificación jurídica desde el punto de vista financiero, al hecho de que se produzca de veras una transferencia del riesgo del contrato al concesionario.

El sistema ya ha funcionado en nuestro derecho en especiales obras. El ejemplo típico sería la Ley de Autopistas de Peaje de 1972. Su diseño es el de una verdadera concesión retribuida por los usuarios. El hecho de que el Estado incentivara la figura concesional a través de beneficios fiscales, y en ocasiones con avales, seguros de cambio o reserva de lo que se llamó “círculo de financiación privilegiada” no altera la naturaleza de la concepción extrapresupuestaria de la financiación de la obra pública.

Si los poderes públicos asumen las contingencias vinculadas a la gestión de la obra mediante la aportación de garantías o pagos mínimos, estamos ante un contrato de obra y no ante una concesión. Por ello, es imposible categorizar desde el punto de vista del derecho financiero la figura sin conocer caso a caso los términos económicos en los que se ha establecido el equilibrio financiero de la concesión.

La segunda parte del libro contiene la aportación real de los autores al tema. Se dedica a su estudio desde la perspectiva del Derecho Financiero, y concretamente a la luz de los llamados principios presupuestarios, de legalidad, justicia y estabilidad.

El artículo 133.4 de la Constitución establece que “las Administraciones públicas sólo podrán contraer obligaciones financieras y realizar gastos de acuerdo con las leyes”. Se ha visto por la doctrina más sagaz como el mandato que reserva y atribuye a la Ley la tarea de disciplinar el gasto público.

Es evidente en mi criterio, y los autores desarrollan con toda eficacia el concepto, que una cosa es la legalidad presupuestaria que impone la aprobación anual de una expresión cifrada, conjunta y sistemática de los derechos y obligaciones del sector público estatal. Y otra diferente es la fijación en una Ley material, la Ley del Gasto, de los condicionamientos para determinar esas obligaciones con cargo al sector público estatal.

Dicen los profesores De Juan Lozano y Rodríguez Márquez: “No sólo creemos que las leyes de gasto a las que se refiere el art. 133.4 de la C.E. son preceptos distintos de los contenidos en la Ley de Presupuestos. También creemos que la buena técnica legislativa aconseja que dichas normas se encuentren en la medida de lo posible codificadas”.

Ello, en las conclusiones del libro, les lleva a demandar una norma del rango adecuado que contenga el régimen de los elementos esenciales de las prestaciones impuestas por el acceso y uso de infraestructuras y servicios públicos, así como el sistema de planificación y control.

Por otra parte, cobra importancia capital el principio de justicia en la distribución del gasto público, mencionado en el art. 31.2 CE, que según los autores no configura un derecho público subjetivo, sino que marca una pauta obligatoria para los poderes públicos, aunque no limite de hecho el amplio margen de libertad de que goza el legislador a la hora de planificar las infraestructuras públicas. Consideran los autores con cierta razón que en España se aprecia un déficit de juridicidad en este punto respecto a la situación comparada con países de mayor experiencia en el uso de las fórmulas CPP. La exigencia en varios sistemas de estudios previos alternativos definidores de la conveniencia de abordar la obra con financiación privada es un posible elemento de control de una discrecionalidad que nunca podrá eliminarse de modo total.

Esta preocupación vuelve a aflorar cuando se analiza el tema a la luz del principio de estabilidad presupuestaria. Resulta a todas luces insuficiente limitar la plurianualidad al estrecho marco de la elaboración de los presupuestos, haciéndose necesario, con carácter previo al presupuesto, definir los elementos más importantes del gasto público y el marco temporal y cuantitativo que alcanzan.

En definitiva, el libro llama la atención sobre la implicación que las fórmulas de CPP al uso tienen sobre las exigencias de la justicia financiera desde la óptica del gasto y del ingreso, quién y por qué decide hacer una obra con ese sistema, quién la paga, si el contribuyente o el usuario; cómo afecta al equilibrio territorial; quién controla lo que allí pasa.

Una reflexión final

Como ocurre con casi todo en la vida, la cantidad puede afectar a la calidad de la cosa. La importancia de las CPP sería diferente si fueran un instrumento utilizado de vez en cuando para la financiación de la obra pública. Por el contrario, cuando se arriesga que se convierta en sistema ordinario, las insuficiencias de su régimen jurídico son palpables. En los días que escribo estas líneas se publica la noticia de que España es el segundo país del mundo en utilizar el sistema, detrás de Gran Bretaña, en la modalidad de “project finance”.

O sea fuera de los balances de las compañías y fuera del presupuesto ordinario de los entes públicos. Si el equilibrio del contrato sufre alteraciones, si no cumple el contratista, el verdadero “dueño” final de la infraestructura será el sistema financiero, el Banco o Caja de Ahorros que, estudiando el proyecto, su capacidad de generar fondos y la confianza que le merece el prestatario, se decide a poner normalmente un 80% del dinero que hace falta para construir la infraestructura. El test de la bondad del proyecto está en la obtención de la financiación.

Lo menos que pueden reclamar los estudiosos del sistema, como son los autores del libro, es que se imponga un determinado rigor financiero público, por flexible que sea:

- Primero, limitando la competencia para poner en marcha el sistema. La tradición del Derecho presupuestario limita la acción de las Administraciones Públicas en función de los Presupuestos. La vieja Ley de Administración y Contabilidad de 1911 declaraba nulas las obligaciones contraídas sin cobertura presupuestaria. Hoy el art. 21 de la Ley General Presupuestaria declara que las obligaciones de la Hacienda Pública sólo serán exigibles cuando resulten de la ejecución de los presupuestos o de operaciones no presupuestarias “legalmente autorizadas”.
- También arbitrando los controles funcionales e incluso orgánicos (así se propugna en el libro) para garantizar el cumplimiento de los contratos y el buen uso de las infraestructuras.

En conclusión, un buen sistema económico en la gestión de la cosa pública, que tiene ventajas para los cuatro implicados (sector público, sector privado, entidades financieras y usuarios), pero que en evitación del abuso de la figura requiere urgentemente encauzarse en los moldes del derecho financiero, evitando la creación de círculos inmunes al mismo.

IGNACIO BAYÓN MARINÉ