

HACIA LA CONSTRUCCIÓN DE UN «DERECHO ADMINISTRATIVO FINANCIABLE». CRÓNICA DEL CASO MINTRA

JUAN MARTÍNEZ CALVO
Abogado

I. ANTECEDENTES.—II. LOS REQUERIMIENTOS DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA EN LA NORMATIVA COMUNITARIA Y ESPAÑOLA: 1. *Normativa comunitaria*. 2. *Normativa española de desarrollo*.—III. EL CONTENIDO DEL SEC-95 EN RELACIÓN CON LAS OPERACIONES DE INVERSIÓN EN INFRAESTRUCTURAS: 1. *Construcción de la infraestructura mediante un ente o sociedad pública*. 2. *Construcción de la infraestructura por la iniciativa privada*. 3. *Asociaciones público-privadas y nuevas consideraciones de Eurostat*.—IV. LA RESOLUCIÓN DE EUROSTAT SOBRE EL CASO MINTRA Y LOS NUEVOS RETOS QUE PLANTEA: 1. *El contenido de la resolución de Eurostat sobre MINTRA*. 2. *Las lecciones del caso MINTRA: hacia la construcción de un «Derecho administrativo financiable»*: A) Del truco contable a la eficiencia en el gasto público. B) Hacia los nuevos esquemas jurídicos para la construcción y explotación de infraestructuras. C) Las sombras de los nuevos modelos de financiación de infraestructuras: el déficit de Derecho en el control contable por parte de la Unión Europea y la Administración General del Estado.

I. ANTECEDENTES

Madrid Infraestructuras de Transporte (MINTRA) es un ente de Derecho público de la Comunidad de Madrid, creado por la Ley 22/1999, de 21 de diciembre. De acuerdo con la Ley de la Comunidad de Madrid 1/1984, de 19 de enero, reguladora de su Administración Institucional, dentro de la categoría genérica de empresas públicas se prevé la posibilidad de crear en la Comunidad Autónoma (de manera similar a como lo hacía la antigua Ley General Presupuestaria en el ámbito de la Administración General del Estado) entes públicos que someten su actividad al Derecho privado y sociedades mercantiles públicas. MINTRA pertenece a la primera de estas categorías.

Los fines de MINTRA se establecen en el artículo 2 de su Ley de creación, que señala que «*MINTRA se crea con la finalidad de ejecutar las infraestructuras de transporte colectivo en la Comunidad de Madrid, en el marco de los planes y política general del transporte de la región madrileña. Deberá asimismo gestionar y mantener dichas infraestructuras siguiendo criterios de eficiencia y productividad (...)*». La Ley de creación de MINTRA concreta esta finalidad del ente público en el artículo 3, que establece como funciones del mismo la ejecución de infraestructuras ferroviarias y otras infraestructuras de transporte colectivo, diseñando las infraestructuras, adquiriendo o, en general, negociando respecto de terrenos u otros bienes necesarios para el cumplimiento de su finalidad (incluyendo mate-

rial móvil), contratando las obras de construcción, supervisando los proyectos redactados, contratando los servicios de mantenimiento y, lo que es más interesante, cediendo la utilización de las infraestructuras construidas a favor de empresas o entidades a las que corresponda en cada momento la explotación de los servicios¹.

En la práctica, desde su puesta en funcionamiento en el año 2000, MINTRA ha sido responsable de la ampliación de la red de metro de Madrid y, sobre todo, en términos cuantitativos, de la construcción del «Metrosur», línea de metro subterránea de trazado circular que une las localidades de Alcorcón, Móstoles, Fuenlabrada, Getafe y Leganés, conectando a su vez dicha subred con la red de metro de Madrid capital.

Para llevar a cabo todo lo anterior, y con ello centramos el objeto de esta crónica, MINTRA se ha endeudado en el mercado de capitales solicitando créditos, tanto a la banca institucional (Banco Europeo de Inversiones fundamentalmente) como a la comercial, por una cuantía que alcanza, únicamente en relación con la operación de Metrosur, la cifra de 1.433,94 millones de euros².

Mediante disposiciones sucesivas de esta línea de crédito, el ente público ha hecho frente a las certificaciones de obra que le han presentado los contratistas y, posteriormente, desde la puesta en funcionamiento de la nueva línea, ha ido cobrando de Metro de Madrid, S.A., operadora de la infraestructura, un canon por la utilización del conjunto de las instalaciones. Este canon deriva de las previsiones establecidas en el contrato firmado entre Metro de Madrid, S.A. y MINTRA para la explotación de la infraestructura de Metrosur. De esta forma, Metro de Madrid es la sociedad que gestiona el transporte ferroviario que se presta en el Metrosur y paga a MINTRA por el uso de las instalaciones fijas, lo que permite a MINTRA la devolución de las cantidades tomadas a préstamo para financiar la construcción de la citada infraestructura.

En abril de 2003, la Oficina Estadística de la Unión Europea (Eurostat) resolvió, respondiendo a la consulta del Instituto Nacional de Estadística, que, a la vista del esquema de funcionamiento que hemos descrito en sus aspectos básicos, MINTRA era una «Unidad Institucional Pública de Mercado» y, por ello, atendiendo a las previsiones del Sistema Europeo de Cuentas vigente, SEC-95, el endeudamiento de MINTRA no debía compu-

¹ A este respecto, el artículo 3.2.b) de la Ley de MINTRA establece que tal explotación se hará «de acuerdo con las competencias atribuidas al Consorcio Regional de Transportes Públicos Regulares de Madrid por su Ley de creación mediante arrendamiento o cualquier otra figura de derecho privado apta para instrumentar dicha cesión de utilización». Sin embargo, el artículo 3.1.c) de la Ley de MINTRA habilita a ésta a contratar conjuntamente la construcción de las obras y explotación del servicio, lo que plantea un cierto problema competencial en relación con la atribución que el artículo 2.1 de la Ley 5/1985, de Creación del Consorcio Regional de Transportes de la Comunidad (CRT) de Madrid, hace al propio CRT en materia de «transporte público regular de viajeros que circule por toda clase de vías» en la Comunidad de Madrid.

² De acuerdo con los datos aportados por Manuel MELIS MAYNAR y otros en el libro *Metrosur*, editado por la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes de la Comunidad de Madrid, Madrid, 2003, pág. 405.

tarse como endeudamiento del Estado español y, por ello, no se debía contabilizar a los efectos de determinar si el déficit público del Estado español superaba los límites impuestos en el Tratado de la Unión.

Sin embargo, en febrero de 2005, tal y como ha informado ampliamente toda la prensa española, Eurostat decidió reconsiderar la primera de sus decisiones y estimar que, a la vista de los datos reales de funcionamiento de MINTRA, dicho ente no podía ser considerado «Unidad Institucional Pública de Mercado», sino que se trataba de una entidad perteneciente al sector Administraciones. De acuerdo con ello, la deuda de MINTRA (alrededor de 2.400 millones de euros en 2005³) debe computarse en el sector Administraciones Públicas, lo que supone para la Comunidad de Madrid incrementar su nivel de endeudamiento de forma muy considerable, planteando dificultades para mantener su nivel de déficit público por debajo de los requerimientos exigidos en la Ley de Estabilidad Presupuestaria⁴.

Los hechos descritos plantean la cuestión de qué normas son las que disciplinan si, efectivamente, una persona jurídica pública o privada consolida su endeudamiento con el de cada Administración Pública, el control en Derecho de esta normativa y los efectos que la misma está teniendo en las formas de funcionamiento de las Administraciones Públicas en los procesos de construcción de infraestructuras. Pese a que, aparentemente, sea ésta una cuestión puntual, veremos cómo la misma plantea problemas de relevancia en relación con la función del Derecho administrativo en la construcción de nuevas infraestructuras que distan de estar resueltos satisfactoriamente, y que se refieren a cuestiones importantes como son el principio de autonomía de las Comunidades Autónomas, la intervención del Derecho en la construcción de la Unión Europea y la determinación de las formas a través de las cuales organizan, construyen y prestan los servicios públicos e infraestructuras públicas las Administraciones.

Como vamos a intentar exponer en esta crónica, las nuevas necesidades presupuestarias, como no ha sido inhabitual en la construcción histórica del Derecho público⁵, van a exigir a la Administración actuar de una manera distinta a la que venía siendo habitual hasta ahora y a construir nuevos conceptos jurídicos. Debido a ello será necesario dotar a la Administración de nuevos instrumentos y controles para hacer posible que en

³ De acuerdo con el diario *Expansión*, jueves 3 de febrero de 2005, la deuda de MINTRA alcanzaba en esa fecha los 2.400 millones de euros.

⁴ Estas resoluciones y el procedimiento para llegar a las mismas se han caracterizado por una gran opacidad, lo que hace difícil conocer con precisión las razones últimas de las mismas y, asimismo, los procedimientos reglados, si los hay, que las preceden. Todo ello se pondrá de manifiesto a lo largo del presente trabajo.

⁵ La construcción jurídica de P. LABAND distinguiendo entre las leyes materiales y las formales (dentro de las que básicamente estaba el presupuesto) surge precisamente para justificar la validez jurídica del gasto público en la Alemania bismarkiana y la ejecución presupuestaria que se realizó con la oposición parlamentaria. El concepto de Ley de Plan (ahora en desuso pero prevista en nuestra Constitución) surge en la Francia de la posguerra, entre otras causas, como un instrumento de proyección plurianual del gasto público y de superación de la anualidad presupuestaria. En general, sin embargo, el Derecho presupuestario ha sido una de las materias a las que nuestra doctrina iuspublicista ha prestado menos atención en los últimos veinticinco años.

este nuevo escenario actúe bajo los principios de legalidad, eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, haciendo posible, tal como exige el artículo 31 de nuestra Constitución, una ejecución del gasto público que responda a los criterios de eficiencia y economía.

II. LOS REQUERIMIENTOS DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA EN LA NORMATIVA COMUNITARIA Y ESPAÑOLA

1. *Normativa comunitaria*

Dada la interrelación entre las economías comunitarias que la introducción de la moneda única produce, y para evitar desequilibrios económicos en el conjunto de la Unión derivados de la situación de un determinado Estado, el Tratado constitutivo de la Unión Europea (TUE) introdujo, como criterio básico de las normas en materia de política económica y monetaria, el principio del equilibrio presupuestario. De acuerdo con ello, el artículo 104 del Tratado constitutivo de la Unión Europea, en conexión con el Protocolo número 20 del Tratado, relativo al procedimiento aplicable en el caso de déficit excesivo por los Estados, ha establecido una serie de normas básicas relativas a los criterios para conseguir esa estabilidad presupuestaria y los instrumentos para su control.

Así, el artículo 104.1 TUE establece que «*los Estados miembros evitarán déficit públicos excesivos*». En relación con ello, se exige en el artículo 104.2 que la proporción entre producto interior bruto y déficit público no supere un valor que el Protocolo número 20 establece en el 3% y, adicionalmente, que la proporción entre deuda pública y Producto Interior Bruto no rebase el valor del 60%. Es decir, un Estado estará en equilibrio presupuestario siempre que se respeten los citados valores.

En el supuesto que determinado Estado no cumpliera con uno de los citados requisitos o ambos, el artículo 104 desarrolla un procedimiento a través del cual la Comisión toma la iniciativa en un proceso de control que podría concluir con la imposición de determinadas sanciones contra el Estado incumplidor.

En todo caso, el artículo 3 del Protocolo citado establece que «... *los Gobiernos de los Estados miembros serán responsables, con arreglo a dicho procedimiento, de los déficit del gobierno general con arreglo a la definición del primer guión del artículo 22*». Dicho guión señala que es déficit público el que pertenece a la Administración central, a la Administración regional o local y a los fondos de la seguridad social. Es decir, el Estado español es, lógicamente, responsable ante la Unión Europea del equilibrio presupuestario de todas las Administraciones Públicas.

En desarrollo de estas previsiones, la Unión Europea ha aprobado los siguientes Reglamentos:

- a) Reglamento (CE) 3605/93 del Consejo, de 22 de noviembre de 1993, relativo a la aplicación del Protocolo sobre el procedimiento

- aplicable en caso de déficit excesivo, anejo al Tratado constitutivo de la Unión Europea, modificado parcialmente por el Reglamento (CE) 475/2000. En esta norma se desarrollan los conceptos de Producto Interior Bruto, deuda pública, déficit, etc., utilizados en el Protocolo y se establecen determinadas obligaciones de información para los Estados.
- b) Reglamento (CE) 1467/97 del Consejo, de 7 de julio de 1997, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo. En este Reglamento se desarrolla el procedimiento establecido por el artículo 104 TCE en el caso de déficit excesivo.
 - c) Reglamento (CE) 1466/97 del Consejo, de 7 de julio de 1997, relativo a la supervisión de las situaciones presupuestarias y que regula los llamados programas de estabilidad y planes de convergencia⁶.
 - d) Reglamento (CE) 2223/96 del Consejo, de 25 de junio de 1996, relativo al sistema de cuentas nacionales y regionales de la Comunidad (en adelante, Reglamento SEC-95 o SEC-95). Este Reglamento aprueba el sistema europeo de cuentas vigente en la actualidad, que sustituye al de 1979, y que es de obligado cumplimiento para los Estados miembros desde abril de 1999. Se trata de la norma clave en relación con el déficit público, pues establece los criterios para computar las distintas operaciones como endeudamiento de una Administración o no. En todo caso, se trata de una norma contable que tiene una vocación de regulación completa de la contabilidad pública y que, por tanto, trata el tema que nos interesa como uno más de los muchos relativos a la contabilidad pública.

Por este motivo, la Oficina Estadística de la Unión Europea (Eurostat), que no es sino un órgano de la Comisión, ha publicado diversos documentos de desarrollo e interpretación del SEC-95 que son claves para la valoración de si una operación o la deuda de una persona jurídica supone un endeudamiento para el Estado o no. Dichos documentos forman un *corpus* de criterios interpretativos sobre el asunto que nos ocupa que tiene una gran importancia para la valoración de estas operaciones⁷.

Esta documentación está configurada básicamente por el *Manual del SEC-95 sobre el déficit público y la deuda pública* (segunda edición, 2001), documento en el que se analizan, en sus partes I, II y IV, las cuestiones de la delimitación del sector Administraciones Públicas, las relaciones entre las Administraciones Públicas y las empresas públicas y la construcción de

⁶ Éste es un Reglamento ahora en proceso de modificación. En el Consejo Europeo de Bruselas de 23 de marzo de 2005 se acordó por los Estados miembros la modificación de los Reglamentos 1466/1997 y 1467/1997, de manera que se flexibilicen los procedimientos y criterios para valorar «situaciones especiales» que excluirían la responsabilidad de los Estados que incumplan los criterios del Protocolo 20 del Tratado. El sentido último de estos acuerdos es el de establecer más controles por parte del Consejo, en detrimento de la Comisión, en los procedimientos de control del cumplimiento de las previsiones en materia de estabilidad presupuestaria.

⁷ Estos documentos pueden consultarse en la página web www.europa.eu.int/comm/eurostat.

infraestructuras por el sector privado. Con fecha de febrero de 2004, Eurostat dictó una Resolución general sobre el «*tratamiento de las asociaciones público-privadas*» cuya posterior elaboración ha dado lugar a la publicación de una nueva parte IV del Manual SEC 95, aparecida en octubre de 2004, que regula los «*Contratos a largo plazo entre unidades administrativas y socios privados (asociaciones público-privadas)*».

Junto con esta documentación, Eurostat ha dictado en torno a una decena de resoluciones públicas acerca de cómo computar determinadas operaciones concretas y, adicionalmente, dicta resoluciones sobre operaciones concretas que no se publican oficialmente, como las dos mencionadas sobre MINTRA.

En resumen, como consecuencia de la normativa comunitaria, los Estados miembros deben respetar el principio de estabilidad presupuestaria, lo que significa que deben tener una deuda pública inferior al valor del 60% de su Producto Interior Bruto y un déficit público inferior al 3% del mismo. Siendo el criterio de la deuda pública de fácil objetivación, en la práctica la citada normativa nos remite, desde la perspectiva de la construcción de nuevas infraestructuras y su contabilización, al contraste de dichas operaciones con el SEC-95 para determinar si generan o no endeudamiento, y por tanto incremento del déficit, de las Administraciones Públicas. Es decir, este sistema de cuentas, aprobado a través del Reglamento (CE) 2223/96, es el criterio clave para determinar cuándo una operación de construcción de infraestructuras (por ejemplo, las llevadas a cabo a través de MINTRA) consolida con el presupuesto de la Administración Pública correspondiente y cuándo no.

2. Normativa española de desarrollo

El Estado español, para asegurar el cumplimiento de dicho principio de estabilidad presupuestaria, entre otras razones, ha dictado dos Leyes:

- La Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria (en adelante, LGEP), reformada parcialmente mediante la Ley 2/2004, de 27 de septiembre.
- La Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria (en adelante, LOCEP), modificada parcialmente mediante las Leyes Orgánicas 4/2002, de 23 de mayo, y 10/2003, de 15 de julio.

No es objeto del presente trabajo el análisis de estas Leyes⁸, por lo que a los efectos del estudio del caso MINTRA bastará con señalar que la

⁸ Sobre el particular pueden consultarse: F. PASCUA MATEO, «Las nuevas leyes de estabilidad presupuestaria», núm. 158 de esta REVISTA; A. NAVARRO MERINO, «Los principios presupuestarios a la luz de la estabilidad presupuestaria», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 219; F. ALONSO MURILLO, «Estabilidad Presupuestaria en las Comunidades Autónomas: Coordinación versus Autonomía», *Revista de Derecho Financiero y Hacienda*

LGEP exige que los presupuestos del sector público de las CC.AA.—art. 2.1.c) LGEP— se aprueben en un marco de estabilidad presupuestaria (art. 3.1 LGEP), que viene definida como «*la situación de equilibrio o superávit, computada en términos de capacidad de financiación de acuerdo con la definición contenida en el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales...*» (art. 3.2 LGEP).

En resumen, la propia Ley de Estabilidad Presupuestaria y la Ley Orgánica complementaria establecen la obligación de equilibrio presupuestario de las CC.AA., en los términos de los objetivos que se fijan de acuerdo con lo previsto en el artículo 6 de la LOCEP y que se computan a la vista de las previsiones del SEC-95. Por ello, para determinar el nivel de endeudamiento y déficit público de la Comunidad de Madrid y de MINTRA debemos analizar, como respecto de cualquier otra operación o persona jurídica, el contenido del SEC-95 y el que hemos denominado *corpus de criterios interpretativos del SEC-95*, al que nos hemos referido anteriormente en relación con dicha operación de construcción de infraestructuras.

III. EL CONTENIDO DEL SEC-95 EN RELACIÓN CON LAS OPERACIONES DE INVERSIÓN EN INFRAESTRUCTURAS

El SEC-95, como ya hemos expuesto, es un plan de contabilidad pública y tiene una vocación omnicomprendensiva en relación con las cuentas de los Estados miembros de la UE, no limitándose a la valoración de las operaciones de construcción de infraestructuras. En esta crónica nos limitaremos a analizar el régimen contable que define respecto de las nuevas infraestructuras que construyan las Administraciones Públicas.

El tratamiento que da el SEC-95 a las operaciones de construcción de infraestructuras se hace, desde un punto de vista contable, como un supuesto de «*formación bruta de capital fijo*» (párrafos 3.102 y 3.105 del SEC-95). Desde esta perspectiva, la cuestión consiste, por tanto, en determinar en qué balance debe registrarse el activo nuevo (la infraestructura) y, por lo tanto, la formación bruta de capital fijo. Para ello es necesario tener en cuenta que, a estos efectos, el SEC-95 prevé dos posibilidades: registro en el balance de las «Administraciones Públicas» o bien registro en el balance de los «productores de mercado». En este segundo caso se suele afirmar que se produce una «desconsolidación», es decir, el activo no se registra en el balance de las Administraciones Públicas (se desconsolida) y, por ello, no se produce incremento del déficit público por dicha operación.

Partiendo de este principio, si la nueva infraestructura debe registrarse en el balance de la Administración Pública promotora, será ella quien lleva a cabo la formación bruta de capital fijo y se incrementará con ello su endeudamiento por el importe total de la inversión y al inicio del proyecto.

Pública, núm. 269; A. BORJA SANCHIS, «Reflexiones sobre la incidencia del principio de estabilidad presupuestaria sobre la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 232.

En efecto, el *Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo* y el Reglamento (CE) 3605/93 definen el déficit como la «*necesidad de financiación*» del sector Administraciones Públicas, tal y como ésta se define a su vez en el SEC-95. El SEC-95 dedica sus párrafos 8.46 y siguientes a la cuestión. La capacidad o necesidad de financiación es el saldo de la cuenta de capital (III.1) que registra las adquisiciones menos las cesiones de activos no financieros.

En resumen, si debe registrarse el activo en el balance de la Administración Pública, será necesario registrar también el pasivo que lo financia: se incrementará con ello el endeudamiento de la Administración promotora y, en consecuencia, su déficit, a salvo de la existencia de ingresos que lo compensen.

Si, por el contrario, debe registrarse la inversión en el balance del ente o sociedad de mercado (pública o privada) que lo construye —en nuestro caso, inicialmente en MINTRA—, no habrá impacto en el déficit ni endeudamiento de la Administración promotora.

La cuestión, por tanto, estriba en la determinación del balance en el que debe registrarse la formación del activo. A este respecto, el SEC-95 no condiciona el registro del activo con la naturaleza jurídica del ente titular o promotor último del mismo. Es posible que una sociedad privada concesionaria no deba registrar la infraestructura construida en su activo (y sí lo deba hacer la Administración concedente incrementando el endeudamiento de ésta), e igualmente es posible que un ente público como MINTRA deba imputarse el activo, y por lo tanto la deuda, de una infraestructura que promueva una Administración Pública (y no deba hacerlo, por tanto, la Administración Pública, en este caso la Comunidad de Madrid)⁹.

El Manual del SEC-95 diferencia para el análisis de esta cuestión entre dos tipos de supuestos: construcción de las infraestructuras por entes públicos y construcción por personas privadas, sin perjuicio de que, como veremos, en la última modificación del Manual SEC-95 (nuevo capítulo IV, publicado en octubre de 2004) se matiza parcialmente esta dualidad.

Los supuestos básicos contemplados por el Manual SEC-95 a este respecto son, por tanto, los siguientes:

1. En primer lugar, se contempla el supuesto de que la infraestructura sea construida por un ente o sociedad público directamente¹⁰. A la vista

⁹ El Manual SEC-95 señala en su apartado I.1.1.2 que: «*Existen productores privados en todos los sectores, salvo en el sector administraciones públicas. Por el contrario, pueden hallarse productores públicos, bien en el sector sociedades (si son de mercado), bien en el sector administraciones públicas (si son no de mercado)*».

¹⁰ Desde la perspectiva del SEC-95, la naturaleza jurídico-pública de un productor se determina porque el ente está controlado y financiado principalmente por las Administraciones Públicas. El control se define de la siguiente manera: «*la capacidad para determinar, en caso necesario, la política general de la sociedad mediante el nombramiento de los administradores apropiados. La posesión de la mitad de las acciones de una sociedad es una condición suficiente, pero no necesaria, para tener su control. Por añadidura, la administración pública puede asegurarse el control de una sociedad mediante una disposición legal, decreto o reglamento especial que la autorice a determinar la política de la sociedad o a nombrar sus administradores*» (Manual SEC-95, cap. I.4.1).

del SEC-95, el endeudamiento vinculado a la nueva infraestructura puede ser consolidado a la Administración Pública o no. Dependerá de que lo haga un ente público con características de «Unidad Institucional Pública» (a continuación trataremos la cuestión de qué se entiende por tal), cobrando por su uso precios económicamente significativos o no, es decir, teniendo la característica de ser una entidad *de mercado* o no.

2. En segundo lugar, que la infraestructura sea construida por la iniciativa privada a solicitud de la Administración. También en este caso, el endeudamiento vinculado a la nueva infraestructura puede ser consolidado a la Administración Pública interviniente o no. Dependerá del nivel de riesgo que asuman la Administración y el privado.

1. *Construcción de la infraestructura mediante un ente o sociedad pública*

De acuerdo con el Manual del SEC-95, capítulo I.1, para determinar si la deuda de una sociedad o ente público debe computarse como deuda de la Administración Pública de la que depende es necesario determinar si se trata de una Unidad Institucional Pública de Mercado o no.

El concepto Unidad Institucional es el que utiliza el SEC-95 para configurar un centro de imputación contable independiente. Es decir, si un ente o sociedad tiene las características de Unidad Institucional debe hacerse una contabilización independiente de su balance y, por ello, valorar individualmente su sectorización. En cambio, en el caso de que un productor no sea una Unidad Institucional habrá de clasificarse en el sector institucional al que pertenece la unidad que lo controla.

En este sentido, el Manual del SEC-95 señala que un productor o unidad se considera una Unidad Institucional cuando goza de autonomía de decisión en el ejercicio de su función principal y o bien dispone de un conjunto completo de cuentas, o bien podría elaborarlo y resultaría pertinente, tanto económica como jurídicamente, si así se requiriera (cap. I.1.3.1 del Manual). La autonomía de decisión citada supone que dicha unidad debe: i) ser titular de bienes o activos con facultad de disposición sobre ellos; ii) tener capacidad para tomar decisiones económicas y realizar actividades económicas de las que es directamente responsable ante la ley, y iii) tener capacidad de contraer pasivos en nombre propio, aceptar otras obligaciones o compromisos futuros y suscribir contratos.

Pues bien, asumiendo que nos encontremos ante una Unidad Institucional Pública (es decir, se trata de una unidad de producción con autonomía pero bajo el control de una Administración Pública¹¹), para incluir su

¹¹ En esta definición podría encajar cualquier forma de personificación pública o privada de las Administraciones Públicas de las que se prevén en nuestro Derecho, ya que, como en otras ocasiones ocurre en el Derecho comunitario, el concepto contable comunitario es funcional, no formal. Es decir, en el caso de una gestión a través de «ente público indiferenciado» no podría definirse una Unidad Institucional Pública, pero en principio sí sería posible a través de figuras como Organismos Autónomos, Entes Públicos Empresariales, Sociedades Públicas Mercantiles, Consorcios, Fundaciones Públicas o cualquier otro

balance (y por tanto su eventual endeudamiento) fuera del sector Administraciones Públicas es necesario que tenga la característica de *Unidad Institucional Pública de Mercado*, es decir, la cualidad clave para asegurar la desconsolidación es el carácter *de mercado* de su actividad. Por ello, cuando la función principal de la Unidad Institucional Pública consiste en redistribuir la renta y riqueza nacionales se clasifica directamente en el sector Administraciones Públicas. En otro caso, a la hora de decidir a qué sector (al sector sociedades o al sector Administraciones Públicas) hay que asignar la Unidad Institucional Pública es necesario comprobar si tal unidad es o no de mercado, lo que, de acuerdo con el SEC-95, dependerá de si sus ventas cubren el 50% de sus costes de producción.

La regla del 50% se concreta, según el Manual del SEC-95, en los siguientes criterios:

- Las Unidades Institucionales Públicas financiadas principalmente por los hogares, los empleados y las empresas de seguro privadas son de mercado y deben clasificarse como Unidades Institucionales Públicas de Mercado, ya que sus ingresos son íntegramente *ventas*. Es decir, las UIP que se financian mediante ingresos de mercado (no de las Administraciones Públicas) son productores de mercado y deben tener sus activos contabilizados en el sector sociedades. Éste sería el caso de cualquier ente o sociedad público que realiza una actividad económica y cobra ingresos de terceros para financiarse, ingresos que deberán tener la característica, que a continuación explicaremos, de ser ventas.
- Las Unidades Institucionales Públicas financiadas principalmente por las Administraciones Públicas, bien según sus costes, bien con arreglo a una negociación (presupuesto global) centrada en diversos factores (producción final, mantenimiento de edificios, inversiones en equipo técnico, remuneración de los asalariados, etc.), deben clasificarse en el sector Administraciones Públicas, ya que dicha financiación no corresponde a las ventas. Éste es un modelo de financiación utilizado ampliamente entre nosotros hasta la fecha, de

tipo de ente público que pudiera crearse con personalidad jurídica independiente. Ahora bien, esto no significa que cualquier entidad o sociedad pública con personalidad jurídica sea automáticamente una Unidad Institucional Pública. En mi opinión, los medios propios instrumentales que muchas Administraciones han creado para evitar la necesidad de licitación de determinados contratos administrativos y encargarlos directamente a estos entes, vía, básicamente, artículos 152 y 194 TRLCAP, podrían plantear dudas en torno a su carácter de Unidades Institucionales Públicas por la dependencia de la Administración y la posible falta de autonomía en su actuación. Sobre esta posible falta de autonomía en sus decisiones es importante tener en cuenta la inexistencia de verdaderos contratos (y por tanto de autonomía de la voluntad en relaciones jurídicas concretas respecto de la Administración Pública de la que dependen) en gran parte de sus actuaciones por cuenta de la Administración. Ver al respecto la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas recaída en el caso *Teckal*, de 18 de noviembre de 1999, que llega a afirmar que no existe relación contractual entre las Administraciones Públicas y este tipo de entes (se trataría de contratos *in house*, que, como decimos, no son verdaderos contratos según el TJCE).

forma explícita o implícita, y que se caracteriza porque las Administraciones Públicas financian con vinculación a costes y no a precios objetivos para realizar la actividad (objetividad que daría el mercado). Ejemplos de ello han sido generalmente las empresas de transporte de titularidad pública o son los hospitales.

- En otros casos, la clasificación sectorial de la Unidad Institucional Pública dependerá del trato dado, en la aplicación de la norma del 50%, a los pagos que recibe de las Administraciones Públicas según los servicios efectivamente prestados durante el período por dicha unidad: si se considera que más del 50% de los costes de producción se cubren con los pagos recibidos de las Administraciones Públicas que tienen la característica de ser ventas, la unidad será de mercado y se clasificará como sociedad pública, y no lo será en caso contrario.

La cuestión se centra, por tanto, en determinar qué pagos deben considerarse *ventas* y cuáles no. De acuerdo con el Manual SEC-95, los pagos de las Administraciones Públicas a las Unidades Institucionales Públicas respecto de los servicios efectivos prestados deben considerarse ventas al aplicarse la norma del 50% *si los precios son económicamente significativos*. Un precio económicamente significativo sería aquel que influye de forma relevante en las cantidades que los productores están dispuestos a suministrar y los compradores a adquirir. Es decir, precios que influyen en la oferta y en la demanda. Así ocurrirá, por ejemplo, si los precios pagados por las Administraciones Públicas a los productores públicos por los servicios efectivos prestados se aplican también a servicios similares (de la misma calidad) prestados por productores privados, que aceptan vender servicios a las Administraciones Públicas con arreglo a tales precios.

Por el contrario, los precios económicamente no significativos serían aquellos que tienen poca influencia o ninguna en las cantidades que los productores están dispuestos a suministrar y se espera que tengan sólo una influencia marginal en las cantidades demandadas. Por ejemplo, cuando los precios pagados por las Administraciones Públicas a los productores privados son totalmente diferentes a los precios pagados a los productores públicos.

En resumen, si una unidad económica pública orienta su producción de bienes o servicios al mercado (esto es, los vende) según las reglas expuestas anteriormente, sus magnitudes económicas deben integrarse en el sector sociedades, y no en el sector Administraciones Públicas, y por ello la construcción de la infraestructura no supondrá incremento del endeudamiento en la Administración promotora, sino en el ente público que la construye (en nuestro caso, MINTRA, siempre que se cumplieran estos requisitos).

2. Construcción de la infraestructura por la iniciativa privada

El segundo de los supuestos previstos en el Manual SEC-95 es aquel en el que la construcción de la infraestructura se realiza por la iniciativa privada, por encargo de una Administración Pública. Como ya hemos adelantado anteriormente, esto no supone, como en ocasiones se señala, que el endeudamiento nunca corresponda en estos supuestos a las Administraciones Públicas. Ello dependerá del origen de los ingresos y de la efectiva asunción de riesgos por el privado.

De acuerdo con el Manual SEC-95, existe un primer tipo de modelo (modelo 1) para la construcción de las infraestructuras en el cual la misma se financia íntegramente con cargo a los usuarios (cobro por su uso, explotación de servicios complementarios, de establecimientos comerciales sobre dominio público en el área de influencia de la obra, etc.). Un ejemplo de este tipo de infraestructuras son una buena parte de las autopistas de peaje que se han licitado en España¹². En ellas el concesionario se ha en-

¹² Aunque, en ocasiones, algunas autopistas de peaje han recibido tal número de ayudas directas e indirectas de las Administraciones Públicas que se podría plantear la duda acerca de si, efectivamente, estamos ante el tipo de modelo citado. En este sentido, creo que merece la pena recordar lo que establecía el artículo 13 de la Ley de Autopistas en su redacción original:

«El concesionario podrá igualmente disfrutar de los siguientes beneficios económico-financieros:

a) *Facultad de amortización de los elementos del activo percederos durante el periodo concesional o sujetos a reversión, de acuerdo con un plan basado en el estudio económico-financiero adjunto a la proposición presentada al concurso.*

b) *Aval del Estado para garantizar los recursos ajenos procedentes del mercado exterior de capitales aplicados a los fines de la concesión. En cada caso se determinará concretamente la cantidad que el Estado deberá avalar durante la total gestión del concesionario (derogado por Ley 25/1988).*

c) *El Estado facilitará al concesionario las divisas o monedas extranjeras precisas para el pago de los principales e intereses de los préstamos y obligaciones que éste concierte en el exterior; al mismo tipo de cambio de compra vigente el día en que se constituya el depósito o se efectúe la venta al Instituto Español de Moneda Extranjera de las divisas a que se refiere el préstamo (derogado por Ley 25/1988).*

d) *A los efectos de las concesiones reguladas por la presente Ley, no será de aplicación el apartado 2.º del artículo 5 de la Ley 31/1968, de 27 de julio.*

e) *Excepcionalmente, de subvenciones a fondo perdido en los casos en que, por motivos de urgente interés nacional, sea aconsejable la promoción de una autopista antes de alcanzar ésta el umbral mínimo de rentabilidad. Podrán consistir en metálico o en aportaciones no dinerarias, tales como terrenos necesarios para la construcción de la autopista, obras ya ejecutadas que puedan integrarse en la misma o cualquiera otra que contribuya a reducir la inversión*

f) *Excepcionalmente, de anticipos reintegrables o préstamos subordinados o de otra naturaleza, desde el comienzo del periodo concesional, cuando se prevea que vayan a resultar necesarios para garantizar la viabilidad económico-financiera de la concesión. La devolución de los anticipos*

deudado en el mercado de capitales para construir la autopista, y este endeudamiento no es endeudamiento del Estado, sino del concesionario.

Este tipo de modelo se entiende que, dado que sus ingresos son puramente de mercado, no tiene impacto ni en el déficit ni en el endeudamiento de la Administración, y la infraestructura de nueva construcción debe computarse fuera del balance de las Administraciones Públicas

Un segundo tipo de modelo en el que la infraestructura se construye por la iniciativa privada es aquel en el que el empresario privado construye y explota y, a cambio, recibe pagos de la Administración (modelo 2).

Ejemplo de este segundo tipo de modelo sería la *Private Finance Initiative* del Reino Unido: habitualmente, el sector público presta los servicios esenciales (sanitarios, de control y tratamiento de los presos, enseñanza en colegios, etc.) y el sector privado los de apoyo o complementarios (construye y mantiene el inmueble, ofrece servicios complementarios como la alimentación, explota cafeterías, aparcamientos, habitaciones para alojamiento de familiares, etc.). Otro ejemplo del modelo más cercano a nosotros es el denominado *Peaje en sombra*: la Administración paga un canon periódico cuyo importe se hace depender de la utilización de los establecimientos por los ciudadanos¹³.

El tratamiento de este modelo depende, desde un punto de vista conceptual, de si el empresario privado asume o no la mayoría de los riesgos derivados de la propiedad:

- En caso afirmativo, no se genera déficit en la Administración de una sola vez y por el importe total de la obra, pues la formación bruta de capital fijo y su pasivo se atribuyen al empresario. Éste sería el ejemplo del Manual SEC-95 de la cárcel (una sociedad cons-

se iniciará a partir del ejercicio en que comiencen a obtenerse resultados positivos, con arreglo al plan económico-financiero de la oferta. La devolución de los préstamos y el pago de los intereses devengados por los mismos se ajustará a los términos previstos en la concesión.

g) El importe de los dos últimos beneficios referidos se satisfará con cargo a las asignaciones del Programa de Inversiones Públicas con destino a carreteras revirtiendo a él, e incrementando correlativamente su cuantía, en el momento de su eventual reintegro».

En la práctica, cada una de las concesiones de autopistas ha recibido determinado número de ayudas, aunque lo cierto es que las más recientes no han recibido prácticamente ninguna.

¹³ Sobre la *Private Finance Initiative* puede consultarse Grahame ALLEN, *The Private Finance Initiative (PFI)*, Economic Policy and Statistics Section, House of Commons Library, Research Paper 03/79, 2003. En relación con las posibles estructuras jurídicas que entre nosotros permitirían dichos pagos de la Administración, el nuevo Título IV del Libro II de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que regula el contrato de concesión de obra pública, prevé en el artículo 225 TRLCAP que el precio que cobre el concesionario sea total o parcialmente pagado por la Administración Pública. Junto con ello, la infrarregulada modalidad de gestión de servicios públicos mediante empresa mixta ofrece muchas posibilidades a este respecto, y la práctica administrativa así lo pone de manifiesto: el Ayuntamiento de Madrid para llevar a cabo la reforma de la vía urbana de circunvalación M30 (con una inversión de más de 3.000 millones de euros) ha utilizado una empresa mixta que encaja, desde la perspectiva SEC-95, en este tipo de modelo.

truye la infraestructura y se la paga la Administración, siempre que se mantenga adecuadamente durante veinticinco años, vinculando dichos pagos a la correcta prestación de los servicios conexos a dicho equipamiento), que entendemos podría ser trasladable, por ejemplo, al supuesto de un hospital¹⁴ en el que los servicios sanitarios se presten por la Administración y todos los servicios accesorios (mantenimiento, seguridad, etc.) por el empresario o, también, a la construcción de colegios, auditorios, instalaciones deportivas, etc.

— En caso negativo, se genera déficit público en la Administración de una sola vez y por el importe total de la obra.

Por tanto, para este tipo de operaciones en las que actúa la iniciativa privada la cuestión básica es determinar si el privado asume o no la mayoría de riesgos. Para determinar esto, el Manual SEC-95 establece ocho criterios de determinación de la imputación del riesgo. Son los siguientes: 1. *Responsabilidad del mantenimiento y seguro del activo*; 2. *Reembolso de la financiación en el caso de rescisión anticipada del contrato*; 3. *Diseño del activo*; 4. *Riesgo en cuanto al nivel de la demanda*; 5. *Pago por terceros*; 6. *Vinculación de los pagos a la calidad del servicio*; 7. *Incremento de los pagos de la Administración ante el incremento de los costes*; 8. *Riesgo del valor residual*.

Se trata de unos requisitos abiertos y que deben valorarse en su conjunto para poder determinar si efectivamente existe una suficiente traslación de riesgos. En la práctica, ello supone que debe analizarse el detalle del régimen jurídico de los contratos o pliegos en los que se establezca el régimen jurídico regulador de las relaciones Administración-privados¹⁵.

En este sentido, debe señalarse cómo la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en el actual artículo 233.1.d), relativo al contrato de concesión de obras públicas, cuando regula el contenido que deberá tener la oferta del licitador, señala que deberán determinarse unos umbrales mínimos y máximos relativos al rendimiento de la demanda, de manera que se prevean los procedimientos de reequilibrio cuando no se alcancen o cuando se superen tales umbrales¹⁶. Esto quiere decir que en la propia oferta del licitador en un contrato de concesión de obra pública debe preverse una limita-

¹⁴ Modelo también en auge en nuestra práctica administrativa. La Comunidad de Madrid ha licitado en el año 2005 la construcción de siete nuevos hospitales bajo este modelo y al amparo del contrato de concesión de obra pública. Puede verse a este respecto, por ejemplo, el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* de 1 de diciembre de 2004, pág. 28.

¹⁵ Debe tenerse en cuenta que algunos de los criterios analizados no son, desde la perspectiva de la Administración, deseables o posibles en determinados contratos, y que tampoco es necesario que todos los criterios se cumplan estrictamente en una concreta operación para que se produzca su desconsolidación. En la preparación de los correspondientes pliegos deben, por tanto, tenerse muy en cuenta estos criterios para la redacción de las correspondientes cláusulas.

¹⁶ «(...) 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 demanda de utilización de la obra 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 (...)».

ción en las posibles pérdidas y en los posibles beneficios para el caso de que la demanda sea inferior o superior a la esperada, limitándose las pérdidas en el primero de los casos y las ganancias en el segundo. Esto supone que, en las concesiones de obras públicas que se liciten de acuerdo con el ordenamiento jurídico español, el riesgo de demanda no es posible legalmente que sea ilimitado, pero, en mi opinión, ello no implica necesariamente la consolidación en el patrimonio de las Administraciones Públicas de todas las concesiones de obras públicas licitadas en España. La otra perspectiva del problema permitiría señalar que, sin embargo, en determinados casos podrían diseñarse concesiones de obras públicas en las que, debido a que el concesionario no asumiera suficiente riesgo, la conclusión debería ser que la concesión se consolida en el balance de la Administración Pública.

3. *Asociaciones público-privadas y nuevas consideraciones de Eurostat*

A lo largo del año 2004, Eurostat, a la vista de las nuevas fórmulas a través de las que las Administraciones de los distintos Estados han enfrentado la construcción de nuevas infraestructuras, ha emitido dos nuevas resoluciones sobre lo que con carácter genérico ha denominado «asociaciones público-privadas», a las que ya nos hemos referido en el anterior apartado II.1.

La primera de las resoluciones, de febrero de 2004, ha sido ampliada y refundida en el propio *Manual* y, con fecha de octubre de 2004, se ha publicado un nuevo capítulo IV.2. A efectos de claridad expositiva, y dado que se trata de una ampliación de la anterior, a continuación nos referiremos a esta última resolución.

Las «asociaciones público-privadas» serían aquellas en las que la Administración es el principal comprador de los servicios mediante pagos regulares y se trata de activos especialmente diseñados que requieren una fuerte inversión inicial, a la vez que los servicios que se prestan sobre la base de estos activos deben realizarse de conformidad con unos criterios determinados de calidad y volumen específicamente definidos en el contrato. Adicionalmente a lo anterior, nada impide que las sociedades participes en las asociaciones público-privadas con la Administración puedan ser sociedades públicas (ap. 2.1 del nuevo cap. IV.2).

A la vista de estas previsiones, y sin perjuicio de las consideraciones del capítulo I del Manual del SEC-95 ya analizadas, de acuerdo con Eurostat, los activos que se construyan en el marco de asociaciones público-privadas se consolidarán fuera del sector Administraciones Públicas siempre que se cumplan las dos condiciones siguientes:

1) El socio privado (que puede ser en este contexto una sociedad privada o un ente o sociedad público¹⁷) debe soportar el riesgo de construc-

¹⁷ El nuevo capítulo IV.2 centra su análisis en la cuestión de las asociaciones público-privadas, entendiendo que las mismas pueden establecerse entre la Administración y una

ción. Este riesgo se concreta en las siguientes circunstancias: i) retrasos en la entrega de la infraestructura pública a construir; ii) incumplimiento de los criterios establecidos en el contrato; iii) costes adicionales que puedan surgir durante la ejecución del contrato; iv) deficiencias técnicas, y v) efectos externos negativos. Respecto de este riesgo, Eurostat considera que si la Administración Pública tiene que realizar pagos periódicos a la sociedad sin que se tenga en cuenta el estado efectivo de la infraestructura o activo, ello implicaría que la misma soporta la mayor parte de los riesgos de la construcción y que, por tanto, no se cumpliría esta condición, debiendo contabilizarse el activo en el sector Administraciones.

2) El socio privado (que puede ser en este contexto una sociedad privada o un ente o sociedad público) debe soportar al menos uno de los dos «riesgos» siguientes, el riesgo de disponibilidad o el riesgo de demanda:

- El «*riesgo de disponibilidad*». Este riesgo consistiría en: i) la no entrega del volumen convenido en el contrato; ii) el incumplimiento de la normativa en materia de seguridad o de las certificaciones administrativas aplicables a servicios a usuarios finales y especificadas en el contrato, y iii) el incumplimiento de los estándares de calidad fijados contractualmente. Eurostat ha puesto de manifiesto que en aquellos casos en los que la Administración Pública esté facultada para reducir de forma automática y significativa sus pagos periódicos cuando se den las situaciones antes descritas, se entenderá que nos encontramos ante un riesgo que es asumido por el socio privado. Es decir, si en el contrato se prevén cláusulas penales que permiten a la Administración Pública reducir los pagos a la sociedad con la que ha contratado en la medida en que ésta incumpla las obligaciones que con anterioridad hemos especificado, nos encontraremos ante un riesgo que es asumido por el socio privado.
- El «*riesgo de demanda*». Éste vendría referido a la variabilidad de la demanda con independencia del comportamiento que desarrolle la sociedad, riesgo éste que ha de surgir: i) del ciclo económico; ii) de las nuevas tendencias del mercado; iii) de la competencia, y iv) de que la empresa opere con tecnología obsoleta, pero en ningún caso puede proceder de la deficiencia o baja calidad de los servicios prestados por la sociedad o de actuaciones de la misma que modifiquen la calidad/cantidad de los servicios prestados. A este efecto, Eurostat ha afirmado que se entiende que este riesgo lo asume la Administración en aquellos casos en los que ésta paga lo mismo a las sociedades

persona privada o bien entre la Administración y un ente o sociedad público, de manera que todas las consideraciones que hace y que explicamos aquí serían aplicables a ambos modelos, sin perjuicio de algunos matices que señalaremos más adelante. En mi opinión, Eurostat debería haber hecho un esfuerzo de coherencia entre el nuevo capítulo y los anteriores, pues la interpretación conjunta de ambos capítulos dista de ser clara. Éste es uno de los problemas que plantea la normativa contable comunitaria pues, en ocasiones, resulta ambigua y está construida sin estructura jurídica, pese a su carácter innegablemente normativo. La tensión entre la finalidad económico-contable que tienen estas normas y la naturaleza de verdadero Derecho contable dista de estar resuelta hasta la fecha con precisión.

por los servicios que prestan, independientemente de las fluctuaciones que pueda haber en la demanda efectiva por el usuario final. Ahora bien, esto último no será de aplicación en aquellos casos en los que las fluctuaciones en la demanda se deban a decisiones adoptadas por las Administraciones Públicas que supongan un cambio de política o el desarrollo de una infraestructura que se haya construido por mandato público y entre en competencia directa con la actividad desarrollada por la sociedad.

Desde esta perspectiva, para que un modelo no consolide debe asegurarse que el denominado «socio privado», que puede ser un ente o sociedad público o privado, asuma el riesgo constructivo en todo caso y, adicionalmente, el riesgo de disponibilidad a través del establecimiento de determinados criterios de calidad en la funcionalidad de la nueva infraestructura (y, en su caso, de los servicios que se presten en ella), de manera que los pagos a la sociedad o ente dependan directamente de dicha calidad y los ingresos/beneficios del socio de la Administración estén vinculados a la calidad y coste a los que dicha sociedad sea capaz de prestar esos servicios o, alternativamente, el riesgo de demanda.

A estos condicionantes básicos, Eurostat añade algunas consideraciones adicionales aplicables a los casos de construcción de infraestructuras a través de asociaciones público-privadas:

a) En los casos en los cuales el «*socio privado*» de la Administración sea una empresa pública 100%, la operación será analizada con especial atención por parte de las autoridades estadísticas. A este respecto, el nuevo capítulo IV.2 del Manual establece en su apartado 3.1 que: 1) la empresa pública debe demostrar clara competencia en el área de actividad cubierta por la asociación público-privada, y 2) el hecho de que un contrato con la Administración sea prácticamente la única fuente de los ingresos de esta sociedad no conllevaría su reclasificación como unidad administrativa si queda demostrado que los pagos que se realizan están orientados al mercado y la Administración sólo asume riesgos que normalmente no cabe esperar que asuman entidades mercantiles. En resumen, el caso de una sociedad 100% pública será analizado con especial atención.

b) Destino final del activo: se trata de un criterio adicional, de tal manera que si a la finalización del contrato el activo sigue siendo propiedad del «socio privado» (la sociedad o ente público o el privado en el sentido estricto del término), la justificación para registrar el activo en el balance del socio privado será mayor (y viceversa). En el mismo sentido, si la Administración se limita a ostentar una opción de compra al valor de mercado corriente, esto contribuiría a calificar el activo fuera del balance público¹⁸.

¹⁸ Desde la perspectiva de nuestro Derecho público, la institución de la reversión está definida de manera imperativa tanto en el Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (art. 164 para el contrato de gestión de servicios públicos y art. 262 para el contrato de concesión de obra pública) como en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (arts. 111 para las empresas mixtas y 131 para las concesiones). En mi opinión, la im-

c) Financiación por parte de la Administración de la sociedad en forma distinta a la inyección de capital. Tal posibilidad es desaconsejable desde la perspectiva de la desconsolidación en la medida que podría hacer suponer que la actividad de la sociedad no es financiable en el mercado.

d) Afianzamiento de las deudas de la sociedad: como regla general, la Administración podrá prestar garantías que cubran total o parcialmente el endeudamiento de la sociedad. La prestación de tales garantías habrá de ser tenida en cuenta en el análisis de la clasificación del riesgo, especialmente cuando la mayor parte del valor de los activos de la asociación público-privada (incluido el coste de rehabilitación) se derive de una transmisión de activos de la Administración. En todo caso, la prestación de tales garantías no implicará que la deuda de la sociedad compute como deuda pública en tanto no se ejecute (cap. II.2.4 del Manual SEC-95).

IV. LA RESOLUCIÓN DE EUROSTAT SOBRE EL CASO MINTRA Y LOS NUEVOS RETOS QUE PLANTEA

1. *El contenido de la resolución de Eurostat sobre MINTRA*

Con los datos hasta este momento expuestos estamos ya en condiciones de valorar en detalle el modelo MINTRA a la vista de las resoluciones de Eurostat.

MINTRA ha sido diseñada como una Unidad Institucional Pública, de acuerdo con la terminología de Eurostat. Se trata, en efecto, de una persona jurídica que ha sido creada por una Administración Pública, la Comunidad de Madrid, a la cual está adscrita, pero con capacidad para actuar con independencia jurídica y de gestión, de manera que su tratamiento contable debe hacerse de manera independiente del de la propia Comunidad de Madrid (por ser una unidad institucional).

Es decir, aplicando el capítulo I.1 del Manual SEC-95, MINTRA es una unidad que goza de autonomía de gestión y dispone de un conjunto completo de cuentas; se trata, por tanto, de una unidad institucional. Dado que el control sobre la misma, definido en términos de la capacidad para determinar la política general, lo ostenta la Comunidad de Madrid, el análisis contable de la misma es el que corresponde a las Unidades Institucionales Públicas.

Esto, como ya hemos visto, es sólo una condición necesaria, pero no suficiente, para la desconsolidación presupuestaria de su endeudamiento. Quiere esto decir que si MINTRA hubiera sido un simple órgano de la Administración de la Comunidad de Madrid, en todo caso sus cuentas (sea o

peratividad de la reversión, en todo caso, debería ser reconsiderada. Puede ocurrir que determinadas infraestructuras se amorticen completamente en el período concesional, o incluso que la Administración no esté interesada en su reversión y el destino final del activo pueda ser un riesgo asumido por el concesionario (quizás, dentro de treinta años, la reversión del edificio de un hospital ahora concesionado no interese a la Administración). En todo caso, la institución del dominio público aparece aquí como una dificultad para la matización de la figura de la reversión.

no su actividad económica de mercado) se consolidarían con las de la Comunidad (por no ser unidad institucional), pero no siéndolo es necesario un análisis adicional. Asumiendo esta condición de Unidad Institucional Pública (lo que nadie discute), la cuestión relevante es si MINTRA es o no de mercado.

A este respecto, en 2003, Eurostat recibió la consulta del órgano estadístico español, es decir, del Instituto Nacional de Estadística, acerca de la manera de contabilizar correctamente el futuro endeudamiento que se proyectaba que asumiera el ente de nueva creación MINTRA. Eurostat, en una carta dirigida al director del INE de abril de dicho año, resolvió que, en su opinión, la deuda de MINTRA no debía ser contabilizada como deuda del Estado español (y por ello no debía incrementar su déficit), ya que este ente, tal y como se describía en la información manejada, sería una Unidad Institucional Pública de Mercado¹⁹.

Esta resolución se basaba en la documentación que la Comunidad de Madrid, a través del INE, ofreció a Eurostat, que en aquel momento era básicamente teórica pues el modelo no se había puesto en marcha, y en la cual, como ya mencionábamos anteriormente, se diseñaba un ente público que construiría las nuevas infraestructuras ferroviarias de la Comunidad de Madrid (tal y como preveía su Ley de creación) con la vocación de alquilarlas a futuros explotadores de las mismas, quienes le pagarían a cambio un canon. Dicho canon se fijaría a precios de mercado y, al efecto, se formalizó un contrato entre Metro de Madrid, S.A. y MINTRA mediante el cual el primero pagaba el citado canon a MINTRA por la explotación de Metrosur. En base a todo ello, MINTRA se endeudó en el mercado de capitales y pagó a los constructores de la obra pública.

Se trataba, por tanto, de un modelo teórico que debería ser posteriormente puesto en marcha. Efectivamente así fue, y Metrosur comenzó a funcionar con arreglo a dicho modelo a lo largo del año 2003.

Sin embargo, dado que la valoración de Eurostat se realizaba sobre un modelo teórico, este órgano solicitó al INE información adicional sobre el mismo y, a la vista de ella, en febrero de 2005 ha dictado una nueva resolución de oficio en la cual se determinaba que el endeudamiento de MINTRA debía consolidarse con el del Estado.

Esta nueva resolución, como la primera, se dirige al INE y no es objeto de publicación oficial²⁰. En la misma se señalan cuatro motivos por los que Eurostat entiende que en este momento no es posible, como se entendió inicialmente, considerar a MINTRA como Unidad Institucional Pública de Mercado:

¹⁹ Ver, por ejemplo, diario *Expansión* del jueves 3 de febrero de 2005, pág. 28.

²⁰ Sin embargo, la Comunidad de Madrid da noticia de su contenido en la página web www.Madrid.org. En concreto, en la sección Consejería de Hacienda-Actualidad.

El análisis de la intervención de Eurostat y la Administración española en la determinación de la forma de contabilizar los activos de MINTRA pone de manifiesto un grave «déficit de procedimiento» por parte de la Unión Europea y la Administración General del Estado. Dicho procedimiento no está regulado en absoluto, es opaco y termina en resoluciones sin suficiente motivación, como analizaremos posteriormente.

- a) La mayor parte de los ingresos que recibe MINTRA se obtienen en el contexto del acuerdo de arrendamiento con Metro de Madrid, S.A.
- b) Los ingresos de MINTRA se fijan por adelantado y no se corresponden con parámetros objetivos relacionados con el uso de la infraestructura por Metro.
- c) El incremento de costes de explotación de Metro no se ha reflejado en un incremento de las ventas por billetes, sino en un aumento de las subvenciones que paga el Consorcio Regional.
- d) La capacidad contractual (debe entenderse de negociación de sus contratos) de MINTRA es muy limitada en una situación fáctica en la que Metro de Madrid, S.A. es prácticamente su único cliente.

No es objeto de esta crónica entrar a valorar la corrección o no de los argumentos que utiliza Eurostat en esta segunda resolución de 2005, ni tampoco entraremos en la cuestión de la coherencia entre las resoluciones de 2003 y 2005. Ahora bien, en el intento de comprender el sentido último de las decisiones tomadas, nos encontramos con que dichas resoluciones se limitan a concluir sobre determinados aspectos del modelo valorado, sin realizar una motivación jurídica en relación con el que hemos denominado *corpus* de criterios interpretativos del SEC-95. Es decir, la resolución sobre MINTRA no fundamenta sus conclusiones en la aplicación de los distintos apartados o consideraciones del Manual SEC-95 o de otras resoluciones de Eurostat (que han sido expuestas con anterioridad), con lo que la motivación de la misma resulta claramente insuficiente y, además, no fundamentada en los propios criterios que Eurostat ha definido para determinar cuándo una Unidad Institucional Pública es de mercado.

Ante la falta de motivación de las resoluciones y la nula cita de preceptos del SEC-95 o del Manual SEC-95, cualquier intento de profundizar en las mismas va a ser necesariamente complejo. En todo caso y en términos meramente hipotéticos, parece que las cuestiones discutidas serían las siguientes:

- El carácter de ingreso de mercado o no del canon que recibe MINTRA por el uso de las infraestructuras: para que MINTRA pueda ser un ente de mercado, el elemento clave es que el canon por el uso de las infraestructuras que paga Metro a MINTRA sea de mercado. Sin embargo, Eurostat entiende que tal canon no es un precio de mercado, y por ello prácticamente ningún ingreso de MINTRA lo sería, no cumpliendo por ello la regla del 50%. Ahora bien, de acuerdo con el Manual SEC-95, para saber si un precio es o no de mercado hay que atender a si el precio es económicamente significativo por influir en las cantidades que los demandantes están dispuestos a solicitar y si se aplican también a los productores privados de servicios similares. Ciertamente, el problema del modelo MINTRA es que el mercado privado de este tipo de bienes no es fácilmente determinable, ya que Metro de Madrid es una empresa

pública 100% y no contrata con MINTRA como consecuencia de una licitación pública. Ahora bien, en nuestra opinión, ello no significa que no exista o que no pueda valorarse si el canon pagado por Metro de Madrid es o no un precio significativo (y por tanto de mercado): dicho carácter dependerá, en última instancia, básicamente del coste de construcción de la infraestructura, del coste de su mantenimiento y del plazo necesario para su amortización (y eso seguramente puede ser contrastado en el mercado). El problema, sin embargo, es que las resoluciones objeto de esta crónica no entran en tales valoraciones de forma explícita y Eurostat se limita a señalar que *«los ingresos de MINTRA se fijan por adelantado y no se corresponden con parámetros objetivos relacionados con el uso de la infraestructura»*, lo que puede ser un argumento acerca de si el precio del canon metro es o no significativo, pero que aisladamente considerado no parece que pueda ser el único argumento a la vista de las previsiones del Manual SEC-95. Es decir, sin que tengamos datos precisos para concluir acerca del carácter de mercado o no de los pagos de Metro de Madrid, lo cierto es que el análisis de esta cuestión no se ha hecho con una mínima profundidad en la resolución analizada y no se han desarrollado los propios conceptos acuñados por Eurostat para determinar si un precio es o no económicamente significativo.

- La naturaleza jurídica y situación financiera de Metro de Madrid, S.A.: aunque de forma un tanto críptica, también es objeto de consideración la naturaleza jurídica de Metro de Madrid. Al ser hasta la fecha el único cliente de MINTRA, la naturaleza de mercado de los pagos realizados por Metro depende, lógicamente, de la naturaleza de los ingresos de la propia sociedad Metro de Madrid, S.A. En este sentido, Eurostat afirma en la segunda resolución que *«el incremento de los costes de explotación de Metro no se ha reflejado en un incremento de las ventas por billetes sino en un aumento de las subvenciones que paga el Consorcio Regional»*. El significado último de esta consideración parece que es el citado; el sistema de transporte de viajeros en la Comunidad de Madrid está organizado en torno al Consorcio Regional de Transportes (CRT), organismo autónomo (atípico) de la Comunidad de Madrid creado mediante la Ley 5/1985, de 16 de mayo, en el cual se integran la práctica totalidad de municipios de la Comunidad y que asume las competencias de la gestión del transporte colectivo de viajeros urbano e interurbano de toda la Comunidad Autónoma. Pues bien, el Consorcio Regional de Transportes fija unas tarifas integradas en toda la Comunidad de Madrid, que recauda él mismo y reparte posteriormente entre los operadores de transporte. La cuestión de si el 50% de los ingresos de Metro provienen del pago de las tarifas de los usuarios (en su conjunto, el sistema de transporte del Consorcio, como todos los transportes urbanos/metropolitanos del mundo, requiere pagos adicionales de la Administración) es el aspecto que parece tomarse en

consideración por Eurostat, pero, de nuevo, la motivación es insuficiente para que sea posible profundizar sobre la misma y sobre ello surge la duda acerca de si Eurostat ha realizado —y con qué datos— ese estudio.

En conclusión, realizando un análisis en términos de hipótesis, como acabamos de hacer, con lo que nos encontramos es con una resolución de un órgano de la Unión Europea que de oficio, sin interlocución directa con la Comunidad de Madrid y sin procedimiento reglado alguno, ha tomado una decisión en la que corrige una anterior sobre el mismo asunto sin una motivación suficiente y adecuada, y que supone para una Comunidad Autónoma el incremento de su endeudamiento a niveles tales que, de acuerdo con la ley española, se sitúa en una situación financiera muy comprometida para afrontar nuevas inversiones.

2. *Las lecciones del caso MINTRA: hacia la construcción de un «Derecho administrativo financiable»*

Como ya anunciábamos anteriormente, todo el proceso objeto de esta crónica plantea cuestiones relevantes en relación con la construcción dogmática del Derecho público en general: i) para las nuevas perspectivas del principio de eficiencia en el gasto público; ii) para el análisis de las nuevas técnicas de personificación de las Administraciones Públicas y su relación con la licitación de los contratos para la construcción y gestión de infraestructuras, y iii) para la determinación de la función del Derecho público en la construcción de las técnicas de intervención de la Unión Europea y el principio de autonomía de las Administraciones Públicas.

A) *Del truco contable a la eficiencia en el gasto público.*

Una de las opiniones que suele repetirse en relación con el esfuerzo de las distintas Administraciones Públicas para diseñar modelos jurídicos para construcción y gestión de las infraestructuras sin impacto en el déficit público suele ser la de criticar lo que se supone un mero truco contable para ocultar el verdadero gasto público. Tal opinión suele ir unida a la idea de que tal intento de ocultación implica cierta falta de control en la forma de gastar los fondos de la Hacienda Pública, y se suele asociar al pecado por antonomasia de las Administraciones Públicas desde hace aproximadamente medio siglo: la huida del Derecho administrativo. El relato más habitual, en lo que para algunos termina convirtiéndose en ocasiones en una tratadística moral, es que los gestores de las Administraciones Públicas no desean someterse al control formal, de fines, de publicidad y de eficacia del Derecho administrativo y, por ello, utilizan técnicas del Derecho privado que les permiten gestionar los recursos públicos con escasos controles. Tal género de pecado encuentra una variante moderna y sofisticada

en los modelos de gestión de infraestructuras sin impacto en el déficit público, que pretenden que el gasto público asociado no compute en dicho déficit de las Administraciones. El SEC-95 ha puesto coto a la figura de la creación de la empresa pública que, sin más, toma crédito en el mercado y no se consolida contablemente con las Administraciones Públicas (técnica permitida en el anterior SEC-79), pero la fértil imaginación de las Administraciones Públicas y sus asesores no tiene límite y aparecen nuevos ejemplos por doquier del pecado de siempre. MINTRA, en este sentido, sería un ejemplo de pecado y pecador desenmascarados.

En mi opinión, sin embargo, tal y como ocurre en cualquier buena novela policíaca, nada es lo que parece si analizamos en profundidad el asunto, y las virtualidades del SEC-95 y de los modelos alternativos para financiar infraestructuras pueden ser un instrumento muy positivo y relevante para el buen funcionamiento de las Administraciones Públicas.

La explicación de esta conclusión exige hacer un análisis de algunos elementos de los modelos presupuestarios y hacendísticos tradicionales. Las Administraciones Públicas siempre se han endeudado, y siguen haciéndolo, a través del cómodo y problemático sistema de la emisión de deuda pública. Ciertamente, ya desde hace algunos años las emisiones de moneda y las devaluaciones se han abandonado por las ineficiencias y efectos inflacionarios que producen, pero nadie parece criticar la técnica de que las Administraciones se endeuden emitiendo obligaciones. De hecho, el Protocolo número 20 del TUE, *relativo al procedimiento aplicable en el caso de déficit excesivo por los Estados*, establece que los Estados miembros podrán endeudarse hasta el 60% de su PIB²¹. Dado que el PIB del Estado español es de 780.000 millones de euros, este límite alcanza la astronómica cifra de 468.400 millones de euros²².

Tanto la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas como, especialmente, la Ley de Haciendas Locales establecen límites para el endeudamiento de dichas Administraciones, pero en relación a la Administración General del Estado dicho límite no existe, estableciendo la Constitución a este respecto, en su artículo 135.2, únicamente que los créditos para satisfacer el pago de intereses y capital de la deuda pública del Estado se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de los presupuestos y no podrán ser objeto de enmienda o modificación, mientras se ajusten a las condiciones de la ley de emisión.

Como vemos, por tanto, el problema no parece estar en el endeudamiento de las Administraciones Públicas, sino en otros aspectos de estos modelos.

²¹ La aplicación más estricta de este límite ha sido uno de los acuerdos de la reforma del pacto de estabilidad formalizado en el Consejo Europeo de marzo de 2005. Documento del Consejo Europeo 7619/05 (ap. 3.5).

²² Las cifras corresponden a precios de mercado del año 2003 y las he tomado del INE (www.ine.es). Como valores de referencia, recordemos que Metrosur (la mayor obra civil europea en ejecución simultánea en su momento) costó unos 1.300 millones de euros, que la obra del trasvase del proyectado Plan Hidrológico Nacional estaba presupuestada en unos 4.000 millones de euros, y que el AVE Madrid-Barcelona costará entre 6.000 y 9.000 millones de euros.

Lo cierto es que, sin embargo, es precisamente en la gestión independiente y descentralizada de los distintos proyectos en donde surge la virtud de los modelos que, como el de MINTRA, hemos analizado. Un estudio detallado de los criterios que el SEC-95 y su Manual establecen para que un modelo de gestión de una infraestructura no compute en el déficit público pone de manifiesto que, en realidad, lo que exigen es que el gasto público que se realiza para el pago de la infraestructura sea eficiente, algo que ninguna otra técnica jurídica había conseguido con una mínima eficacia hasta ahora:

- Si es un ente o sociedad público quien la construye-explota, lo que el SEC-95 exige es que los precios que se cobran por el uso de la infraestructura sean de mercado, es decir, puede pagar una Administración Pública (lo que implica gasto público), pero dicho pago debe ser un pago similar al que se haría en el mercado. Si no es así se genera déficit público por el total del coste de la infraestructura. Es decir, la creación del ente público (con la característica de Unidad Institucional Pública) es sólo la condición necesaria de «aislamiento» del gasto para poder valorar el modelo, pero lo trascendente es que el modelo tiene que ser eficiente en relación con el criterio de medida que plantea el SEC-95, que es el mercado.
- En el caso de que sea un privado el constructor-explotador, la exigencia última es que tal privado asuma un riesgo suficiente de ganancia/pérdida económica. Es decir, que se trate, de nuevo, de una explotación de mercado en la cual la Administración no asegure un resultado económico al privado (como en la práctica muchas veces ocurre).
- Por último, el nuevo capítulo del Manual publicado en 2004 introduce la exigencia de asunción de los riesgos de construcción y demanda/disponibilidad. De nuevo, un criterio reforzado de eficiencia en relación con el riesgo y el mercado que supone, en última instancia, un formidable instrumento para que el gasto público sea eficiente.

En resumen, lo que los modelos expuestos pretenden no es que la Hacienda Pública no pague las nuevas infraestructuras. Esto será posible en algunos casos y no lo será en otros, pero no es esto lo relevante. Lo relevante es que, cuando sea necesario, el pago que haga la Administración sea un pago competitivo porque el mercado no lo exigiría mayor ni más seguro. Lo que se exige a una Administración Pública es, por tanto, que la gestión de una infraestructura sea eficiente económicamente. Si esto se consigue, la norma concede el «premio» de la no consolidación presupuestaria. En mi opinión y por la experiencia práctica, creo que puede afirmarse que no existe instrumento más poderoso para que las Administraciones reflexionen y planifiquen en profundidad la forma en la que van a gastar sus recursos. Creo que si se observa la actual forma de proceder de muchas Ad-

ministraciones Públicas para diseñar y construir sus infraestructuras se pone de manifiesto cómo el test SEC-95 está suponiendo, para todas ellas, la realización de una reflexión adicional sobre el sentido, utilidad y coste asumible de las nuevas infraestructuras que, hasta ahora, rara vez se producía con dicha intensidad.

Frente a este modelo, algunos parecen preferir el modelo de la deuda pública indiferenciada que permitiría, ante la necesidad de cualquier gasto no previsto, emitir deuda pública y utilizar dichos ingresos sin más condicionantes. Es decir, el problema de estos nuevos ingresos derivados de la deuda pública es que el destino y forma del gasto no están controlados. Podrían destinarse tanto a gastos corrientes como a gastos de inversión (es decir, tanto a incrementar las remuneraciones del personal público, a gastos de representación o a mejores fiestas patronales como a construir una nueva carretera) y, además, los gastos de inversión no se controlan en su finalidad, eficacia ni uso.

Desde luego, en mi opinión, es preferible el primer modelo porque, según creo, lo que se discute aquí no es si las Administraciones se van a endeudar (se están endeudando y se seguirán endeudando), sino cómo lo van a hacer. Es cierto que en todo caso debería hacerse una más profunda reflexión sobre cuál es el nivel de endeudamiento admisible para las Administraciones Públicas o sus entes dependientes, que, en mi opinión, debe estar claramente por debajo del 60% del PIB y, además, vincularse a la finalidad de la construcción de infraestructuras u otros activos de inversión. Es cierto que el gran peligro de los modelos de construcción de infraestructuras mediante técnicas que «desconsoliden» es que el pago de la infraestructura se hace a plazos y podría suceder que, finalmente, el pago de dichos «plazos» hiciera inejecutables nuevas inversiones en el futuro porque consumieran todo el presupuesto. Es conveniente, por ello, que nuestra normativa establezca un ratio (para todas las Administraciones Públicas) entre sus ingresos y los compromisos futuros para el pago de infraestructuras, de manera que no sea posible utilizar este tipo de técnicas si se supera dicho ratio.

En todo caso, los modelos de financiación de infraestructuras que el SEC-95 permite que no consoliden en el balance de las Administraciones Públicas son un gran avance para que el gasto público en infraestructuras sea eficiente y, por ello, constitucionalmente adecuado.

Además de lo ya expuesto, por último, conviene hacer hincapié en que no tiene sentido alguno dar el mismo tratamiento a un gasto corriente «ordinario» que a uno de construcción de infraestructuras cuyos efectos económicos futuros y su plazo de amortización serán, lógicamente, mucho mayores. Una analogía de las prácticas bancarias creo que será ilustrativa: cualquier banco otorga a una persona con el casi solo aval de su nómina un préstamo hipotecario de muchas veces su sueldo anual; sin embargo, ninguno haría eso con lo que habitualmente se denomina un *préstamo al consumo*, que puede destinarse a la compra de bienes muebles o gasto de consumo sin control de dichos fines.

Llevando todas estas consideraciones al caso MINTRA, más allá de la cuestión de si, de acuerdo con los propios criterios establecidos por Eurostat, el modelo debe computar o no en el déficit público de la Comunidad de Madrid a la vista del SEC-95, lo cierto es que los efectos beneficiosos sobre la eficiencia en el gasto público de la Comunidad de Madrid que dicho modelo ha tenido son, en mi opinión, claros. En primer lugar, y esto no es poco, sabemos cuánto ha costado la nueva infraestructura, pues MINTRA ha tenido que pedir el dinero que se ha gastado a los bancos financiadores y la Comunidad de Madrid ha debido explicarlo a la Comisión Europea, y lo ha tenido que hacer de manera inmediata, esto es, en un momento muy próximo al tiempo de ejecución de la infraestructura y no en un informe redactado varios años después por un órgano fiscalizador. Además, antes y después de construirse Metrosur. Por ello, en segundo lugar, se ha generado una necesidad de controlar la desviación de los costes de las obras que con otro tipo de esquemas no es tan fuerte. En tercer lugar, la Comunidad de Madrid ha debido estimar con precisión la demanda de uso de la nueva infraestructura, como consecuencia de los efectos que sobre los ingresos del Consorcio Regional de Transportes tiene la puesta en funcionamiento de la nueva línea, y, por ello, ha tenido que separar contablemente el coste de explotación del de amortización de la infraestructura, con los efectos positivos que sobre un análisis de eficiencia tiene tal actuación.

B) *Hacia los nuevos esquemas jurídicos para la construcción y explotación de infraestructuras.*

Assumiendo las ventajas que hemos expuesto del diseño de modelos jurídicos para la construcción de infraestructuras sin impacto en el déficit público, los retos que el SEC-95 propone para la definición jurídica de los mismos anuncian también, para un futuro cercano, importantes novedades en la contratación administrativa y en las formas de autoorganización de las Administraciones Públicas.

Es pacífico aceptar que, desde un punto de vista dogmático, nuestro Derecho administrativo ha dado un enorme salto cualitativo en los últimos cincuenta años; sin embargo, creo que ha sido objeto de menores reflexiones la cuestión de la calidad de la producción normativa y, sobre todo, la de los actos administrativos y contratos que han dictado y licitado, respectivamente, nuestras Administraciones Públicas. Centrándome en la cuestión de los pliegos y contratos de uso habitual por las Administraciones Públicas para contratar la construcción y explotación de infraestructuras públicas, mi opinión es que la calidad jurídica de tales materiales ha sido y sigue siendo deficiente y que, esto es lo peor, tal situación no parece preocupar en exceso.

No es objeto de esta crónica hacer una reflexión sobre las posibles causas del problema que acaba de exponerse (modelo de función pública,

modelo de jurisdicción contenciosa, sistemas de relación de las Administraciones y los órganos políticos con sus contratistas, formación de los contratistas, etc.), pero lo cierto e importante es que la calidad de la documentación contractual que utiliza la Administración debe mejorar necesariamente para que los nuevos modelos de financiación de infraestructuras puedan funcionar correctamente.

Ello es así, en mi opinión, debido a la necesidad de financiar las infraestructuras y controlar su gestión (para poder dar cuenta de ella) durante gran número de años, dado que el plazo habitual de estos contratos es de varios decenios. El gran reto que el diseño de un modelo jurídico para la construcción de infraestructuras plantea es, precisamente, que el sistema financiero aporte el dinero necesario. Sabemos que los bancos prestan dinero a las Administraciones Públicas con cierta facilidad. Las agencias de calificación de riesgos crediticios (Standard & Poors y Moodys, fundamentalmente) han venido calificando la deuda del Estado español de forma muy favorable²³, y esto ha permitido una financiación «de deuda pública indiferenciada» relativamente barata y fácil para el Estado y, aun con algunas dificultades mayores, también para las Comunidades Autónomas y municipios. Ahora bien, con los nuevos modelos que el SEC-95 plantea será necesario que los entes que crean las Administraciones Públicas y los propios contratistas de la Administración sean también capaces de financiarse, y esta financiación debe hacerse en el mercado bancario sin el aval de la Administración promotora²⁴. Para que esto sea posible, los bancos (tanto los institucionales, del tipo del Banco Europeo de Inversiones o Instituto de Crédito Oficial, como los comerciales) realizan un análisis detallado de las obligaciones de las partes, y tanto la posibilidad de financiar la operación como el coste dependen muy directamente de la claridad de las cláusulas, su legalidad y la garantía de la posición de los financiadores. Cláusulas tales como las formas y garantías de los pagos de la Administración, la posibilidad de ceder dichos pagos, las indemnizaciones por extinción anticipada de los contratos, la intervención de terceros en la ejecución, las técnicas y causas de reequilibrio económico-financiero, etc., serán revisadas por los bancos con gran atención y para ellos ya no serán suficientes, como se ha hecho en muchas ocasiones, las remisiones genéricas a la ley aplicable. Junto con ello, el control de que los modelos diseñados

²³ Estas empresas hacen estudios públicos acerca de la solvencia de Administraciones y empresas a las que califican con una serie de códigos propios. La calificación de máxima solvencia (es la que en los últimos tiempos tiene el Estado español) supone que las emisiones de deuda se cubren más fácilmente y a precios menores (menores tipos de interés).

²⁴ De acuerdo con el SEC-95, el aval de la Administración a una operación crediticia de una Unidad Institucional Pública de Mercado o de un contratista privado no supone necesariamente su consolidación; ahora bien, si este aval llegara a ejecutarse, automáticamente se consolidará toda la deuda existente. El nuevo capítulo IV, como se ha explicado, matiza algo esta previsión general y señala que este aval puede ser un indicio de que la operación no es de mercado si la existencia de la garantía significa que la operación no era financiable en el mercado financiero sin dicho aval. MINTRA ha dispuesto de un aval de la Comunidad de Madrid para el repago del endeudamiento bancario que no se ha ejecutado en ningún momento.

sean los que en la práctica se ponen en marcha (véase lo ocurrido en el caso MINTRA) va a exigir a las Administraciones controlar que la explotación de las infraestructuras se haga realmente a riesgo y ventura o cumpliendo con los estándares de eficacia. Es decir, no basta con definir un modelo que no consolide, sino que dicho modelo tiene que llevarse a la práctica. Con el SEC-95 se han acabado las financiaciones vinculadas a los costes de las sociedades o entes públicos. Todo ello exige contar con pliegos, convenios y contratos claros, controlables jurídicamente, conocidos por todos los operadores, y olvidar los viejos expedientes de las subvenciones genéricas o los modificados injustificados en las obras o en el régimen de pagos por explotación.

Una segunda gran cuestión que se plantea ante estos nuevos modos de construcción de infraestructuras es el tipo de contratos que se utilizan por las Administraciones y los modos de personificación que requieren las que el SEC-95 denomina Unidades Institucionales Públicas de Mercado.

a) En cuanto a los contratos, el SEC-95 no establece condicionantes jurídicos acerca de cómo en cada Estado miembro se deban establecer las relaciones Administraciones-privados en este tipo de proyectos²⁵. Ello supone, por lo que a nuestro Derecho respecta, que deben utilizarse los instrumentos contractuales que la normativa sobre contratación pública prevé, básicamente el contrato de concesión de obras públicas y el de gestión de servicios públicos. En este sentido, la modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas introduciendo el contrato de concesión de obras públicas ha supuesto un importante paso adelante para afrontar estos proyectos, pero en los Pliegos de Condiciones Administrativas particulares que las Administraciones Públicas vienen aprobando al amparo de esta Ley ya se están detectando algunos problemas en la aplicación de la misma.

El primero de ellos se refiere básicamente a la falta de claridad en la definición del concepto mismo de explotación de una obra pública y, en conexión con ello, la dificultad de determinar qué inmuebles son susceptibles de explotarse como una concesión de obra pública. En mi opinión, la posibilidad de que una obra pública sea susceptible de explotación económica puede generalizarse a la vista del actual tenor del TRLCAP, de manera que cualquier inmueble pudiera serlo siempre que concurren determinadas condiciones (existencia de riesgo básicamente), y al margen de si por su uso paga un tercero o, por el contrario, sólo la Administración Pública.

²⁵ Sin embargo, de la lectura del *Libro verde de la Comisión Europea sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones* (documento COM 2004-327) no está claro que este principio tenga una vocación de permanencia. En el apartado 15 de dicho documento se señala que «el Parlamento Europeo ha instado a la Comisión a examinar la posibilidad de adoptar una propuesta de Directiva destinada a regular de manera homogénea el sector de las concesiones y otras formas de Colaboración Público-Privada», y es precisamente el citado Libro verde el que ha realizado dicho estudio, concluyendo en los apartados 42 y siguientes sobre determinadas recomendaciones que afectarían al marco contractual de este tipo de proyectos (modificados, criterios de reequilibrio, subcontratación, cesión de la posición contractual, etc.).

Dado que esta interpretación es, pese a nuestra opinión, discutible²⁶, las necesidades de desconsolidación del endeudamiento han llevado a algunas Administraciones Públicas a utilizar contratos privados mediante los que se constituyen derechos de superficie para la construcción de infraestructuras de uso administrativo (colegios, inmuebles administrativos o judiciales, comisarías, etc.). Los terceros adjudicatarios de los derechos de superficie tienen habitualmente la obligación de construir, mantener y arrendar a la Administración dichos inmuebles durante un determinado número de años, realizándose así una adecuada traslación de riesgos según exige el SEC-95 y permitiendo así la desconsolidación del endeudamiento. Sin embargo, estos contratos son, de acuerdo con el artículo 5.3 TRLCAP, privados y, por ello, la Administración contratante no dispone de las prerrogativas previstas en la normativa sobre contratación administrativa para los contratos públicos, lo que, en mi opinión, para contratos a muy largo plazo, no es ajustado al principio de buena administración recogido en el artículo 4 TRLCAP y refuerza la interpretación que aquí se defiende sobre el concepto del contrato de concesión de obra pública²⁷.

Junto con lo anterior, gran parte del capítulo IV del Título V del Libro II del TRLCAP, relativo a la financiación privada de las infraestructuras públicas, y sobre todo la sección segunda (hipoteca de la concesión), en la práctica es de escaso uso en las operaciones de financiación de concesio-

²⁶ La Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha señalado en su informe 61/03, de 12 de marzo de 2004, que no es posible jurídicamente la utilización del contrato de concesión de obra pública para licitar la construcción y explotación de un edificio para albergar los servicios centrales de la Universidad de Burgos. El argumento que da la Junta Consultiva es que tal inmueble no parecía susceptible de explotación económica. Lo cierto, sin embargo, es que en este informe no se profundiza en el modo de pago, transmisión de riesgos, etc., que se proyectaban por parte de la Universidad de Burgos, que es lo que, en mi opinión, permite calificar un inmueble como susceptible de explotación económica o no. En mi opinión, si el pago de la obra es mediante certificaciones por obra realizada, es evidente que no existe riesgo de explotación y el contrato no puede ser calificado como de concesión de obra pública; ahora bien, si el pago se hace por disponibilidad del edificio y los pagos se vinculan al cumplimiento de determinados criterios de eficiencia (limpieza, mantenimiento, servicios de seguridad, etc.), sí podría haber explotación económica y el contrato debería calificarse como de concesión de obra pública. En su reciente informe 70/04, de 11 de marzo de 2005, la Junta Consultiva vuelve a ratificarse en su criterio en relación con la construcción de un edificio de usos sociales y culturales. En este informe se detalla por el Ayuntamiento que solicita la consulta el modelo de retribución que se prevé, señalándose que será una cantidad fija a pagar por el propio Ayuntamiento. La Junta Consultiva concluye, en mi opinión con toda corrección, que tampoco en este caso existe un contrato de concesión de obra pública, pues está claro que no hay riesgo. Ahora bien, sigue sin valorarse la posibilidad de que con otro sistema de pago sí pueda haber una concesión de obra pública, que es lo que aquí se defiende.

²⁷ La Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 72/04, de 11 de marzo de 2005, responde a una consulta sobre un contrato con las características del descrito y concluye que no es viable jurídicamente por el motivo de que se mezclan en un contrato mixto prestaciones de contratos administrativos (obras y servicios) con contratos privados (cesión de derecho de superficie y contrato de servicios). Sin perjuicio de ello, la práctica administrativa pone de manifiesto que es usual la licitación de este tipo de contratos. Para el lector interesado, en la página de Internet de Gestión de Infraestructuras, S.A. (www.gisa.es), empresa pública de la Generalidad de Cataluña, están publicados diversos pliegos de esta tipología de contratos, en el apartado «concesiones y derechos de superficie».

nes de obras públicas. Pese a ser el eje de las previsiones legales para financiar concesiones de obras públicas, por motivos fiscales (el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales básicamente), es inhabitual su utilización. Nos encontramos así con la situación de que las técnicas de garantía habituales, la pignoración de los créditos y de las acciones de los concesionarios, son instrumentos infrarregulados que, además, en muchos pliegos no se disciplinan con precisión, lo que provoca un grave problema para la financiabilidad de los proyectos y la seguridad jurídica de la posición de la Administración.

Por otro lado, modalidades del contrato de gestión de servicios públicos como la empresa mixta están comenzando a ser utilizadas con mucha más frecuencia que anteriormente, y lo cierto es que cuestiones básicas, como quién es contratista, licitador y órgano de contratación en estos modelos de contratos y, sobre todo, la forma de establecerse las relaciones Administración-privado en el seno de la empresa mixta, no están resueltas con precisión en la normativa aplicable a la Administración General del Estado y Comunidades Autónomas (y tampoco en el muy elogiado y venerable, pero obsoleto, Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales).

En resumen, la utilización de los contratos administrativos típicos bajo el prisma de los requerimientos del SEC-95 va a exigir un trabajo jurídico intenso para todos los operadores jurídicos, ya que el Derecho de la contratación pública vigente en la actualidad no es suficiente para resolver los nuevos problemas que se plantean. Debemos ser conscientes de que los propios conceptos y términos del SEC-95 y de las resoluciones de Eurostat se van a infiltrar progresivamente en los pliegos de las Administraciones Públicas (términos como riesgos de disponibilidad, demanda o construcción, precios de mercado, Unidad Institucional Pública, traslación de riesgos, etc., ya están, de hecho, apareciendo en los pliegos licitados últimamente por distintas Administraciones) y es necesaria una adecuada «traducción» y asimilación de los nuevos conceptos a nuestra tradición para hacerlos manejables.

b) Las nuevas técnicas de personificación de los entes públicos. En el caso de construcción de infraestructuras mediante entes públicos o sociedades mercantiles, el caso MINTRA nos pone de manifiesto que es necesario reflexionar sobre dos aspectos respecto de los que la normativa sobre el sector público no ha profundizado suficientemente.

En primer lugar, se hace necesario establecer los criterios que permitan formalizar con precisión las relaciones entre los entes y sociedades públicas y las Administraciones de las que dependen. A estos efectos, el artículo 3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, incluso tras la reciente reforma operada por el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, no termina de aclarar con suficiente precisión la naturaleza jurídica y posible contenido de los convenios entre entes públicos/empresas públicas y sus Administraciones de tutela. El problema surge porque, a la vista del

SEC-95, las relaciones entre ambos entes deben estar juridificadas con precisión y dichos convenios o contratos deberían tener un contenido obligacional y no únicamente organizativo.

En segundo lugar, el SEC-95 plantea como reflexión para el futuro la posible privatización parcial de entes públicos. La exigencia de que los entes promotores de infraestructuras superen el «test» del carácter de mercado en los términos expuestos puede asegurarse, en ocasiones, a través del expediente de que la iniciativa privada tome participación en el ente público. Esta posibilidad rompe con la tradición dogmática acerca de que los entes públicos tienen una naturaleza fundacional puramente pública y, además, no está prevista normativamente. Ahora bien, en mi opinión, no existe norma constitucional alguna que pudiera impedir al Estado o Comunidades Autónomas que, en el ejercicio de sus competencias de autoorganización, crearan entes de naturaleza jurídico-pública y formas de control públicos específicos pero que tuvieran determinada participación privada, siempre y cuando estos entes no fuesen titulares de potestades públicas. Un adecuado diseño normativo de estos entes permitiría, asimismo, limitar la intervención de los partícipes privados en la toma de las decisiones estratégicas de los mismos; por ejemplo, diseñando «cuotas participativas» sin derechos políticos o con los mismos condicionados, de manera que los fines públicos en la actuación de estos entes estén garantizados.

En este sentido, el artículo 166 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, parece que tiene presente la posibilidad de este tipo de operaciones cuanto señala que: *«También formarán parte del patrimonio de la Administración General del Estado los fondos propios, expresivos de la aportación de capital del Estado, de las entidades públicas empresariales, que se registrarán en la contabilidad patrimonial del Estado como el capital aportado para la constitución de estos organismos. Estos fondos generan a favor del Estado derechos de participación en el reparto de las ganancias de la entidad y en el patrimonio resultante de su liquidación».*

Este artículo no permite ni regula expresamente la toma de participaciones en los entes públicos empresariales por parte de privados, pero establece de manera expresa la existencia de derechos de participación de la Administración General del Estado en dichos entes, lo que permitiría razonablemente plantearse la posible privatización de dichas participaciones pues, ciertamente, ello no se prohíbe expresamente.

C) *Las sombras de los nuevos modelos de financiación de infraestructuras: el déficit de Derecho en el control contable por parte de la Unión Europea y la Administración General del Estado.*

El análisis del caso MINTRA también pone de manifiesto, como hemos ido apuntando a lo largo de esta crónica, diversos problemas relacionados básicamente con el procedimiento a través del cual se controla o valora en concreto si una operación específica consolida presupuestariamente o no.

En este sentido, el análisis del problema desde la perspectiva de la propia MINTRA/Comunidad de Madrid puede ser clarificador. La Administración de la Comunidad Autónoma desea construir una nueva infraestructura (en este caso Metrosur) de manera que no consolide presupuestariamente y diseña MINTRA con las características que hemos expuesto. Ahora bien, sobre dicho modelo se interesa la Comisión Europea a través de Eurostat, quien emite una resolución en primer lugar favorable, pero después desfavorable en el sentido de que debe consolidarse presupuestariamente la deuda. Si ante esa situación la Comunidad de Madrid no está de acuerdo con la decisión tomada (que, obvio es decirlo, tiene muy graves efectos sobre su capacidad futura de gasto), debemos preguntarnos cuáles son sus posibilidades de actuación.

En primer lugar, ante la Administración General del Estado, las posibles vías de actuación por parte de la Comunidad de Madrid no están nada claras. Nuestra Ley de Estabilidad Presupuestaria establece en su artículo 3.2 que el endeudamiento de las Administraciones Públicas se medirá de acuerdo con los criterios que establezca el SEC-95, pero no regula un procedimiento para valorar si las cuentas que redacta cada Administración Pública son correctas a la vista del SEC-95 y, menos aún, un sistema de recurso o de control reglado. Ciertamente, el artículo 7 de la LOCEP señala que el Ministerio de Hacienda podrá requerir toda aquella información que estime necesaria a las Comunidades Autónomas acerca del estado de sus cuentas, pero no se le otorgan mayores competencias ni se concreta una vía específica de contraste de la correcta contabilización de las cuentas de las Comunidades Autónomas, más allá del procedimiento general previsto en el artículo 8 de la LOCEP en relación con la corrección de situaciones de desequilibrio, que es un procedimiento que nada tiene que ver con la contabilización de una determinada operación²⁸.

En segundo lugar, desde la perspectiva del procedimiento ante la Unión Europea, el primer problema que se detecta es que la Comunidad de Madrid se encuentra con una decisión de un órgano con el que no existen vías formales de interlocución. Como ya explicamos anteriormente, el control sobre la correcta contabilización de una operación lo realiza Eurostat, quien se relaciona al respecto con el Instituto Nacional de Estadística, órgano nacional en materia estadística. Ésta es la primera de las disfunciones del sistema, ya que en un aspecto donde la autonomía de una Comunidad Autónoma es especialmente clara (modelo jurídico de autoorganización y de fines del gasto público) se produce una decisión ajena en la que no es parte y frente a la que no puede reaccionar directamente. Ante

²⁸ En el artículo 8.1 de la LOCEP se señala que las Comunidades Autónomas que no hayan aprobado sus presupuestos en situación de equilibrio vendrán obligadas a elaborar un plan económico-financiero de saneamiento a medio plazo para la corrección de esta situación. De manera paralela, el apartado 7 de dicho artículo señala que si una Comunidad Autónoma liquida sus presupuestos incumpliendo el objetivo de estabilidad presupuestaria deberá presentar también un plan de saneamiento económico-financiero. Sobre dichos planes existirá un control por parte del Consejo de Política Fiscal y Financiera y, también, por parte del Ministerio de Hacienda.

la situación descrita se hace necesario un desarrollo legislativo interno que permitiera dar audiencia en este proceso de control a la Administración afectada. Ciertamente, frente a la resolución de Eurostat caben dos posibles actuaciones, a la vista del Derecho comunitario:

- a) En desarrollo del artículo 6 del Reglamento del SEC-95, se ha establecido un procedimiento de consulta por parte de la Comisión Europea al Comité de Estadísticas Monetarias, Financieras y de Balanza de Pagos (CMFB), procedimiento que está contenido en un documento que, de acuerdo con nuestros datos, sólo se ha publicado internamente (aunque está disponible en la página de Internet del CMFB²⁹). De acuerdo con dicho procedimiento, los Estados miembros pueden proponer dicha consulta al CMFB, quien actúa como una especie de segunda instancia. Ahora bien, ni el ente interesado (MINTRA) ni la Comunidad de Madrid pueden solicitar tal consulta de acuerdo con las citadas normas.
- b) Interponer un recurso de anulación ante el TJCE que tendría por objeto la carta que Eurostat dirige al INE. El artículo 230 del Tratado de la Unión prevé que, a través del que se ha denominado recurso de anulación, el TJCE pueda controlar la legalidad de los actos adoptados por las distintas instituciones, incluida la Comisión, siempre que no sean meras recomendaciones o dictámenes. En mi opinión, puede defenderse que la carta que envía Eurostat al INE es un acto de la Comisión recurrible, pero no dejan de existir dudas al respecto (básicamente, la condición misma de acto o resolución de la carta) y, en todo caso, será la propia MINTRA la que, a la vista del inciso cuarto de dicho artículo 230 TUE, tendrá la competencia para interponer el recurso, lo que, en principio, dejaría a la Comunidad de Madrid al margen de dicho recurso.

Pues bien, ninguna de estas dos vías de actuación para la Comunidad de Madrid (o para cualquier otra Administración Pública) parece suficiente para reaccionar, en defensa de sus intereses, ante la importancia de los efectos que una carta como la analizada de Eurostat al INE produce.

Estas consideraciones nos permiten concluir que las virtudes y los efectos positivos de los modelos de construcción de infraestructuras sin impacto en el déficit público que hemos analizado son de gran entidad, pero sólo serán efectivos en la medida en que se establezcan suficientes vías de control y recursos para determinar el cumplimiento, o no, de los requisitos del SEC-95 por los diferentes modelos planteados. La realidad es que, de acuerdo con la normativa vigente, estos controles son opacos e insuficientes y, sobre todo en el ámbito de la Unión Europea, ponen de manifiesto un grave déficit de Derecho en la forma de actuación de la Comisión Europea y, en concreto, de Eurostat. A ello debemos añadir que el Derecho administrativo debe ser capaz de dar a nuestra Administración los instru-

²⁹ <http://www.cmfb.org/main-topics/excessive.htm>.

mentos necesarios para ganar la confianza de los mercados financieros en el diseño y puesta en marcha de estos nuevos modelos para la construcción de infraestructuras, que incorporen las técnicas que hagan posible la puesta en marcha de las oportunidades que ofrece el nuevo Derecho contable europeo. Será necesario, por tanto, construir un *Derecho administrativo financiable*.