

PRIVATIZACIÓN DE LAS INFRAESTRUCTURAS (1)

SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de León

SUMARIO: I. FINANCIACIÓN PÚBLICA DE CARRETERAS. 1. *Financiación pública directa.* 2. *Financiación pública diferida: el peaje en sombra.* 3. *Abono total del precio.* 4. *Los contratos de servicios de gestión de auto-vías.* 5. *Financiación pública indirecta y financiera.* II. SISTEMAS PRIVADOS DE FINANCIACIÓN DE CARRETERAS Y SISTEMAS MIXTOS O INTERMEDIOS. 1. *Concesiones de obra pública y autopistas.* 2. *Otros ejemplos.* III. LA LEY BÁSICA DE FINANCIACIÓN Y GESTIÓN PRIVADA DE INFRAESTRUCTURAS PÚBLICAS. IV. REPERCUSIÓN DE ESTAS CORRIENTES DE LIBERALIZACIÓN SOBRE EL DOMINIO PÚBLICO SOBRE EL QUE SE ASIENTAN LAS INFRAESTRUCTURAS.

I. FINANCIACIÓN PÚBLICA DE CARRETERAS

1. *Financiación pública directa*

Un ámbito donde de forma significativa se está manifestando el fenómeno de colaboración de los particulares en el ejercicio de funcio-

(1) Este trabajo ha sido realizado con cargo al Programa Sectorial de Promoción General del conocimiento de la Dirección General de Enseñanza Superior e Investigación científica, proyecto PB97-1330 con el título "infraestructuras públicas: nuevas formas de financiación, construcción y gestión" (Universidad de Salamanca. Director: Rivero Ysern).

nes públicas es el de la construcción, explotación y financiación de infraestructuras. Hasta el punto de que llega a hablarse de una “nueva era de la gestión privada de las infraestructuras de carreteras en el mundo” (2).

Pero antes de avanzar en dicha “gestión privada” es preciso reconocer que tradicionalmente y aún hoy, tal como gráficamente reconoce la Ley de carreteras 25/1988, de 29 de julio (en su artículo 16), la “regla general” es que “el Estado explotará directamente las carreteras a su cargo, siendo la utilización gratuita para el usuario” y “la excepción”, por referencia a dichos modos privados de gestión o financiación, “el pago de peaje, cuyas tarifas aprobará el Gobierno”.

Generalmente, este sistema público que es regla general se financia tradicionalmente vía presupuestaria (3); a través de la contratación de obra pública la Administración proyecta, planifica, contrata, dirige y recibe la obra y en su caso la explota, mientras que el contratista la realiza con el consiguiente abono de certificaciones (pagos mensuales que comprenden la obra ejecutada por dicho período de tiempo). Este es el sistema de la Ley de Contratos con el que chocan las formas “diferidas de financiación” que *infra* se estudian.

La Ley de Carreteras y Caminos añade (en su artículo 16.2) que las carreteras (4) pueden ser explotadas por cualquiera de los sistemas de gestión indirecta de los servicios públicos que establece la legislación de contratos de las Administraciones Públicas [concesión (5), gestión interesada (6), sociedad de economía mixta].

Por su parte, la “gestión directa de la construcción y/o explotación de determinadas obras públicas” (por tanto también las carreteras) se regula en la Ley 13/1996, de 30 de diciembre (artículo 158) cuando autoriza al Consejo de Ministros a constituir una o varias sociedades estatales de las previstas por el artículo 6.1.a) del Texto refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, cuyo objeto social sea la construcción

(2) Véase VARIOS AUTORES, *La nueva era de la gestión privada de las infraestructuras de carreteras en el mundo*, XXIII Semana de la Carretera, IV Encuentro Nacional de la Carretera, Madrid, octubre 2000.

(3) Artículo 13 de la citada Ley de Carreteras y Caminos.

(4) Por sus características, las carreteras se clasifican en autopistas, vías rápidas y carreteras convencionales (artículo 2 de la Ley de carreteras 25/1988, de 29 de julio, primer punto obligado de referencia para todas ellas).

(5) Véase también el artículo 17 de la citada Ley de Carreteras y Caminos.

(6) Véase también el artículo 18 de la citada Ley de Carreteras y Caminos.

y/o explotación de las carreteras estatales que al efecto determine el propio Consejo de Ministros (7).

2. *Financiación pública diferida: el peaje en sombra*

Junto al modelo anterior, de pago directo, se presentan otros sistemas a través de los que la Administración consigue *diferir* el pago del precio. Al igual que en el supuesto anterior (de financiación directa) la infraestructura se financia públicamente aunque intervenga un particular en la realización de la infraestructura. Lo que varía en uno y otro caso es cómo financia la Administración la infraestructura y, por tanto, cómo obtiene los rendimientos económicos dicho particular.

La primera modalidad que quiere analizarse es el peaje en sombra. Consigue ésta escalonar en el tiempo los pagos de la Administración necesarios para la construcción y conservación de una determinada carretera, pagando aquélla la compensación por peaje que, en principio, debería pagar el usuario de una autovía cuya construcción ha sido financiada por fondos privados. Este sistema presupone un conteo de vehículos para que, a partir de éste, se puedan calcular los vehículos-Km. que soporta la carretera, que después de ser multiplicados por la tarifa unitaria que ha ofertado el concesionario, da como resultado el canon por Peaje-Sombra que debe pagar la Administración.

Por su propia naturaleza, el sistema de Peaje en Sombra sólo será aplicable a infraestructuras rentables, no siendo susceptible de una aplicación indiscriminada a cualquier tipo de actuación cuyo tráfico no sea suficiente para equilibrar la inversión necesaria. Por contrapartida, la carga financiera que grava en estos casos el presupuesto ordinario debe ser juiciosamente limitada mediante la elaboración de los modelos financieros adecuados para que a largo plazo la contribución por canon de Peaje-Sombra no sea superior a un determinado porcentaje del programa presupuestario adjudicado al Centro Directivo correspondiente.

Jurídicamente no existe en la legislación estatal un apoyo claro en

(7) En el apartado "Dos" se añade que las relaciones entre la Administración General del Estado y las sociedades estatales a las que se refiere el apartado anterior se regularán mediante los correspondientes convenios, previo informe favorable del Ministerio de Economía y Hacienda que habrán de ser autorizados por el Consejo de Ministros. Seguidamente este precepto regula los extremos que habrán de contener dichos convenios. En el apartado siguiente "Tres" se indican las reglas que han de contener los contratos que las sociedades estatales a las que se refiere este artículo concluyan con terceros para la construcción de las carreteras estatales. Pueden verse también los apartados Cuatro y Quinto.

favor de la previsión de esta modalidad del peaje en sombra que viene a repercutir el peaje en la propia Administración (ni en la Ley de autopistas, donde se regulan los peajes, ni en la ley de carreteras o la legislación de contratos).

En la Comunidad Autónoma de Madrid, donde se ha empleado esta modalidad (8) (también se ha utilizado en la Comunidad de Murcia) (9), se optó por reformar la Ley de Carreteras de esta Comunidad (Ley 11/1997, de 28 de abril) introduciendo un nuevo artículo 25 bis cuyo epígrafe tercero indica que la "Comunidad de Madrid podrá subvencionar en todo o en parte las tarifas que corresponda satisfacer a los usuarios cuando el servicio deba prestarse gratuitamente por razones de interés público".

De esta forma se introduce la subvención del pago a abonar por el usuario y, por otra parte, se permite aplicar el articulado de la Ley 8/1972 de autopistas de peaje. Lógicamente los pliegos de Condiciones Técnicas se ajustan a las características de esta modalidad, por ejemplo incluyendo dos "sistemas de conteo" uno basado en espiras electromagnéticas incluidas en la capa de rodadura y otro a través de cámaras de video que se sitúan sobre las propias espiras de conteo electromagnético por el que se comprueba las mediciones realizadas.

Este sistema, aplicado también en el Reino Unido, Finlandia y Portugal, se ha puesto en práctica en la Comunidad de Madrid mediante cuatro concesiones, tres de las cuales conformarán la vía de circunvalación llamada M-45. La cuarta concesión tiene por objeto el desdoblamiento de cuatro carriles de las carreteras M-501 y M-511.

3. Abono total del precio

El sistema de abono total del precio se encuadra asimismo dentro de los sistemas de financiación pública con colaboración privada que permiten a la Administración diferir, fraccionar o aplazar la carga económica de la obra más allá de un solo ejercicio presupuestario.

Esta posibilidad en principio no se acomoda a la legislación de Contratos de las Administraciones Públicas. La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y más tarde la Ley homó-

(8) Véase F. J. DE ÁGUEDA MARTÍN, "El Peaje-Sombra como fórmula de financiación extrapresupuestaria de carreteras en la Comunidad de Madrid", texto no publicado fechado en 1998.

(9) En general, véase la interesante Ley 4/1997, de 24 de julio, de construcción y explotación de infraestructuras de la Región de Murcia.

nima de 16 de junio de 2000 afirman el principio general de prohibición "del pago aplazado del precio de los contratos", salvo que una Ley lo autorice expresamente (artículos 14 de ambas leyes (10); véanse también los artículos 100 y 99, respectivamente a ambas leyes sobre el "pago del precio" y 145 en ambos casos: certificaciones y abonos a cuenta).

No obstante, por Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (artículo 147) se introducen los contratos de obra bajo la modalidad de abono total del precio, que se rigen por dicho precepto y supletoriamente por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Se considera como contrato de obra bajo la modalidad de abono total del precio aquél en el cual el precio del contrato será satisfecho por la Administración mediante un pago único en el momento de la terminación de la obra, obligándose el contratista a financiar la construcción adelantando las cantidades necesarias hasta que se produzca la recepción de la obra terminada. Por tanto, se admite la posibilidad de que, para ciertos contratos de obras, el pago sea realizado una vez concluida y recibida la obra.

Supone esta modalidad una operación de crédito por cuanto el contratista se compromete a financiar la obra adelantando el dinero necesario hasta la recepción de la misma (11). Esta singularidad explica que terminen excepcionándose reglas básicas previstas en la Ley de contratos; concretamente (tal como expresamente prevén los apartados tres a nueve del citado artículo 147) no será exigible el certificado de existencia de crédito siendo suficiente el compromiso de crédito para ejercicios futuros; además en el sistema de adjudicación del contratista por concurso (por procedimiento abierto o restringido) las ofertas expresarán separadamente el precio de construcción y el precio final a pagar incluyendo los costes de construcción. Significativo es también el apartado octavo donde se habilita al Gobierno del Estado o de la CA a acordar la financiación de todos o parte de los pagos pre-

(10) El artículo 14.3 de la nueva y vigente Ley de contratos ha añadido además otra excepción: supuestos en que el sistema de pago se establezca mediante la modalidad de arrendamiento financiero o mediante el sistema de arrendamiento con opción de compra. Esta previsión procede de la Ley 53/1999, de reforma de la Ley 13/1995. El apartado siguiente de este artículo señala que la financiación de los contratos se ajustará al ritmo requerido en la ejecución de la prestación.

(11) En los pliegos de cláusulas administrativas particulares (por ejemplo de la obra clave 12-BA-2810, autovía de la Plata tramo Almodralejo-Zafra) uno de los apartados se refiere al "crédito diferido": "se ha contraído el compromiso de gasto para atender el pago del precio y ha sido objeto de adecuada e independiente contabilización. En el ejercicio en que se reciba la obra se consignará el crédito necesario para amparar la totalidad de dicho compromiso de gasto".

vistos mediante el cobro de un peaje o tasa por uso de la infraestructura.

Finalmente, este mismo artículo 147 de la Ley 13/1996 se remite a un reglamento para determinar los casos en que deba aplicarse esta modalidad de abono total del precio atendiendo a la naturaleza de la obra y la cuantía del contrato.

Concretamente, el régimen jurídico, presupuestario y financiero del contrato administrativo de obra bajo la modalidad de abono total del precio es objeto del Real Decreto 704/1997, de 16 de mayo, del Ministerio Economía y Hacienda (artículo 7).

En este Real Decreto se apunta que cada obra será objeto de contratación independiente quedando prohibida la acumulación de obras en un mismo contrato (artículo 1.4). De conformidad con lo dispuesto en el artículo 61.5 del texto refundido de la Ley General Presupuestaria, se prevé que el pago del precio podrá fraccionarse en distintas anualidades, con un máximo de diez. En este caso, los compromisos en cada uno de los ejercicios en que se fracciona deberán contabilizarse adecuada e independientemente.

Este Real Decreto señala los contratos de obras a los que será de aplicación la modalidad de abono total del precio:

a) Los que tengan por objeto la construcción de infraestructuras de carreteras, ferroviarias, hidráulicas, en la costa y medioambientales.

b) Aquéllos cuyo precio total de licitación del contrato, excluidos los gastos de refinanciación en el caso de aplazamiento del pago, sea superior a las siguientes cantidades:

1.^a Carreteras: 4.000.000.000 de pesetas.

2.^a Infraestructura ferroviaria: 3.000.000.000 de pesetas.

3.^a Infraestructuras hidráulicas: 3.000.000.000 de pesetas.

4.^a Infraestructuras en la costa y medioambientales: 1.000.000.000 de pesetas.

El contrato de obra bajo la modalidad de abono total del precio no será de aplicación para los contratos de obras de reforma, reparación, conservación o mantenimiento y demolición de infraestructuras.

En el artículo 2 del Decreto se prevén algunas limitaciones presupuestarias y en el artículo 3 se establece la remisión de los programas correspondientes de obras susceptibles de contratar bajo esta modalidad (por parte de los Departamentos ministeriales y organismos públicos que pretendan utilizar el contrato de obra bajo la modalidad de abono total del precio) a la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos del Ministerio de Economía y Hacienda [antes del 1 de junio

del año anterior al ejercicio en que se pretenda utilizar esta forma de contrato (12)].

Por su parte, el artículo 5 establece que los pliegos de cláusulas administrativas particulares que regulen la construcción y financiación de las obras previstas en este Real Decreto, deberán incluir necesariamente y de forma separada: a) El precio de la construcción. b) Las condiciones específicas de su financiación de forma que hagan posible la determinación del precio final a pagar. c) El plazo de garantía, que no podrá ser inferior a tres años. d) La posibilidad de fraccionamiento de pago del precio.

En el artículo 6 se regula el compromiso de gasto, el cual será objeto de adecuada e independiente contabilización. En el ejercicio en que deba recibirse la obra, deberá consignarse con carácter preferente el crédito necesario para amparar la totalidad del compromiso de gasto, previamente adquirido en virtud de la celebración de dichos contratos, salvo cuando se acuerde el pago aplazado de conformidad con lo establecido en el artículo 7.

La disposición adicional 21 de la Ley 49/1998, de 30 de diciembre, de Presupuestos para 1999 dispuso que durante el ejercicio de 1999 el Gobierno no autorizaría la celebración de nuevos contratos de obra bajo esta modalidad de abono total del precio. La misma prohibición, para el año 2000, se contiene en la disposición adicional 13 de la Ley 54/1999, de 29 de diciembre, de Presupuestos del Estado para dicho año.

4. *Los contratos de servicios de gestión de autovías*

También dentro de las fórmulas de aplazamiento del pago pueden verse los contratos de servicios de gestión de autovías introducidos por la Ley de Acompañamiento de los presupuestos para el año 2000 (artículo 60 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre). Tendrían aquéllos dos características fundamentales.

Primero, junto a "la interconexión de lo público y lo privado" y el "cambio notable en los modos tradicionales de gestión de las infraestructuras", puede destacarse la *ratio* de la "conservación integral" que afecta a "contratos que (con anterioridad) se otorgaban generalmente por un plazo de cuatro años (plazo que coincidía con el exigido en la

(12) Puede verse asimismo el párrafo segundo de este artículo para las obras cuya contratación pretenda formalizar el Departamento como los organismos públicos de él dependientes.

Ley General Presupuestaria) a la empresa privada y su objeto fundamental consistía en realizar el mantenimiento ordinario, aunque también incluían la construcción de determinadas instalaciones" (13). Pero estos contratos referidos en último lugar no conseguían aquello que persiguen los contratos de servicios de gestión de autovías diseñados para realizar actuaciones globales sobre las denominadas autovías de primera generación construidas por duplicación de las calzadas existentes, mejorándolas y acondicionándolas para que cumplan las nuevas exigencias de seguridad contenidas en el Plan Estratégico Básico de la Seguridad Vial, aprobado por el Consejo de Ministros en su reunión de 5 de marzo de 1993. Este motivo presente en los planes de convergencia y estabilidad y crecimiento aprobados por el Gobierno lleva pues a diseñar un procedimiento válido tanto para obra nueva como para actuaciones de mantenimiento y conservación.

Segundo, la posibilidad de afrontar el gasto que se origine como consecuencia de estas actuaciones evitando el déficit y endeudamiento públicos. En este sentido se abre la posibilidad de financiar actuaciones de difícil encaje en el marco presupuestario actual ya que más bien la política seguida en el programa de "creación de Infraestructura de Carreteras" y en el programa de "Conservación de carreteras" del Ministerio de Fomento consiste en evitar actuaciones cuyo coste supere ampliamente los márgenes financieros disponibles. Conforme a los contratos de servicios de gestión de autovías se hace posible un "cargo diferido al Presupuesto y una gestión privada de la infraestructura" (14).

Aquéllos son en concreto contratos a largo plazo con un máximo de 20 años (artículo 60.3 de la citada Ley 55/1999) que permiten a la Administración una programación presupuestaria y realizar los pagos en

(13) T. PÉREZ FRANCO, "La fórmula del contrato de servicios de gestión de infraestructuras", en *XXIII Semana de la Carretera, IV Encuentro Nacional de la Carretera. La nueva era de la gestión privada de las infraestructuras de carreteras en el mundo*, Madrid, octubre 2000, p. 524.

Sobre la evolución durante los últimos años de los contratos de conservación integral en España puede verse J. M. VASSALLO MAGRO/A. GONZÁLEZ-BARRA, "Los contratos de conservación y explotación vial por niveles de calidad", en *Revista de Obras Públicas. Número especial sobre financiación de infraestructuras*, nº 3400, año 147, 2000, p. 71, con numerosas referencias bibliográficas; puede verse también J. M. VASSALLO MAGRO, "Nuevos modelos de gestión y financiación de la conservación de carreteras: tendencia mundial", en *XXIII Semana de la Carretera, IV Encuentro Nacional de la Carretera. La nueva era de la gestión privada de las infraestructuras de carreteras en el mundo*, Madrid, octubre 2000, p. 270.

(14) A. M. LÓPEZ CORRAL, "Infraestructuras y Presupuesto: crisis del modelo de financiación presupuestaria", *Revista de Obras Públicas. Número especial sobre financiación de infraestructuras*, nº 3400, año 147, 2000, p. 49.

“anualidades aproximadamente constantes a lo largo de todo el período del contrato” y al contratista una estabilidad que le permite disponer los medios adecuados para prestar un servicio de estas características.

De la regulación en la Ley de Acompañamiento interesaría el artículo 60.siete *in fine* a cuyo tenor “el programa de actuaciones se integrará en la programación plurianual a medio plazo en la que se enmarcan los Presupuestos Generales del Estado. La Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos, atendiendo a la naturaleza e importe de los contratos, a su justificación de acuerdo con la documentación señalada y teniendo en cuenta el nivel de compromiso que éstos puedan significar para ejercicios futuros, propondrá al Ministro de Economía y Hacienda la elevación al Gobierno para su aprobación del importe máximo de contratación que en cada ejercicio presupuestario pueda celebrarse bajo esta modalidad”.

Interesante es, asimismo, que este tipo de procedimiento, que se hace eco del problema de la conservación de las carreteras y no sólo de su construcción, sería generalizable, por sus características, a otros tipos de infraestructuras.

En la citada Ley de Acompañamiento se definen estos contratos como “una modalidad específica del contrato de servicios mediante el cual la Administración adjudica al contratista la ejecución del conjunto de actuaciones necesarias para mantener dichas infraestructuras en condiciones óptimas de viabilidad, en los términos expresados en el pliego de prescripciones técnicas” (véase el citado artículo 60 de la Ley de Acompañamiento y sus distintos apartados). En la práctica, en marzo de 2000 el Ministerio de Fomento anunció la licitación de consultoría y asistencia para la redacción de anteproyectos sobre los corredores de Madrid-Burgos, Madrid-Zaragoza, Madrid-Huelva, Madrid-Alicante. Estos concursos fueron anulados posteriormente y en la actualidad están en fase de reconsideración.

5. Financiación pública indirecta y financiera

Hasta el momento nos hemos referido a fórmulas de financiación pública y presupuestaria bien directas o diferidas pero que en todo caso recaen sobre una obra que es objeto de una concreta pieza presupuestaria que se arbitra al efecto.

Además es preciso mencionar las formas de financiación presupuestaria pública indirecta. En estos casos, se trasfiere un capital igualmente público pero la disponibilidad queda en manos de un agente interpuesto.

Pueden ponerse tres ejemplos: primero, las transferencias de capital (en el año 2000 ascienden a 226 m.m. de pesetas con un aumento del 9,8 por 100 respecto de 1999) a RENFE para la reposición de la infraestructura ferroviaria. Segundo, las subvenciones del Estado a las CCAA para el fomento del transporte colectivo urbano (redes de metro de Madrid, Barcelona, Bilbao y Valencia). Tercero, las transferencias desde las CCAA a sociedades instrumentales con cargo a sus presupuestos.

Por su parte, las CCAA han creado entes públicos o sociedades estatales de carácter instrumental, no generadoras de ingresos, con capacidad de endeudamiento que, actuando en nombre propio y por cuenta y mandato de su correspondiente Administración, se encargan de la construcción y gestión de algunas infraestructuras de transporte: GISA en Cataluña, ARPEGIO en Madrid, GICALSA en Castilla y León son algunos ejemplos.

En estos casos, la Administración, de acuerdo con el compromiso adquirido, irá reembolsando anualmente a la sociedad, con cargo a sus consignaciones presupuestarias, la totalidad de los gastos en que incurra, incluyendo los gastos financieros y determinará el importe máximo de endeudamiento autorizado que le permitirá hacer frente a los compromisos financieros contraídos con las empresas constructoras. A este sistema a veces se le denomina *modelo español*.

Además se descubren formas "financieras". Este tipo de desembolsos públicos "están fuera del Presupuesto no financiero y por tanto del cálculo del déficit" "aunque tienen incidencia sobre la Deuda Pública". Un caso de variación de activos financieros es la adquisición por parte del sector público de las acciones de una sociedad estatal (15). Esto conlleva un desembolso por parte del Estado pero no constituye un gasto a efectos del cálculo del déficit.

En este sentido puede citarse el caso de la construcción de nuevas líneas de Alta Velocidad por parte del GIF (creado por el artículo 160 de la Ley de Acompañamiento a los Presupuestos para el año 1997).

Pueden asimismo hacerse encajar las sociedades estatales para la promoción de obras hidráulicas (creadas al amparo del artículo 158.5 de la Ley de Acompañamiento a los Presupuestos para el año 1997: Aguas de la cuenca del Ebro, Aguas de la Cuenca del Sur, Aguas del Júcar, Hidroguadiana, Aguas del Duero, Aguas del Segura y Aguas de la Cuenca del Guadalquivir).

No obstante, no puede establecerse una perfecta equiparación

(15) Puede verse A. M. LÓPEZ CORRAL, "Infraestructuras y Presupuesto: crisis del modelo de financiación presupuestaria", *Revista de Obras Públicas. Número especial sobre financiación de infraestructuras*, nº 3400, año 147, 2000, p. 51.

entre empresa pública y financiación vía presupuesto, ya que dichas empresas podrán financiarse mediante sus propios recursos a través de la repercusión del coste en el usuario. En este supuesto se encuadran los entes públicos empresariales AENA, Puertos del Estado (mediante tasas) y las sociedades estatales AUDASA, AUCALSA, ENAUSA, a través de peajes de autopistas.

Finalmente, pueden mencionarse, como formas públicas de financiación, los Fondos con o sin personalidad afectados a la financiación de obras públicas, de carácter extrapresupuestario (16), y la afectación de tributos (17).

II. SISTEMAS PRIVADOS DE FINANCIACIÓN DE CARRETERAS Y SISTEMAS MIXTOS O INTERMEDIOS

1. Concesiones de obra pública y autopistas

Una fórmula tradicional de participación de la iniciativa privada en la gestión y financiación de las obras públicas es el régimen de concesión de obras públicas que tiene por objeto la realización de una obra obteniendo el adjudicatario el derecho a explotar la obra o el derecho a recibir un precio.

En las últimas reformas legislativas de la LCAP el contrato de concesión de obra pública ha venido mereciendo una regulación cada vez más precisa (artículos 130 de la LCAP de 1995 y de 2000) (18).

Interesa la sentencia del TS de 6 de junio de 1997 Ar.5219 (19) cuando en materia de autopistas sienta que la concesión se define como

(16) R. IZQUIERDO, *La financiación de las infraestructuras de transporte*, Madrid 1992, pp. 126 y ss.; F. J. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, *Obras públicas e iniciativa privada*, Madrid, 1998, p. 224. Interesantes son, también, las noticias sobre el particular en los periódicos ABC, de 13 de diciembre de 2000, p. 58, y Cinco Días, de 13 de diciembre de 2000, p. 7 (“Fomento plantea crear un Fondo para infraestructuras y Hacienda lo rechaza”).

(17) Véase F. AZOFRA VEGAS, “La financiación privada de infraestructuras públicas”, REDA 96, 1997, p. 562.

(18) En la jurisprudencia algunas menciones a esta figura se hacen en las SSTs de 7 de febrero de 1984 Ar.782; de 18 de mayo de 1998 Ar.3959 FD 3.

(19) Véase también la resolución del tribunal Económico-Administrativo Central (ST 1999/1549) y la STSJ de Castilla y León, de 4 de junio de 1999 (Sentencia 531/1999). La doctrina (me refiero concretamente a R. GÓMEZ-FERRER MORANT, “En torno a la Ley de autopistas de peaje”, RAP n° 68, 1972, pp. 325 y ss.) venía dudando de la calificación como concesión de servicio público de la concesión de construcción, conservación y explotación, por la que según el citado autor la Ley de Autopistas se inclinaba.

“explotación de una obra pública que tiene la naturaleza de concesión mixta, de servicio público y demanial, puesto que el concesionario para la prestación del servicio público está utilizando un bien de dominio público, y por ello, nos encontramos ante la concurrencia de una concesión demanial y otra de servicio público, admitida ya por numerosa jurisprudencia del Tribunal Supremo, sentencias de 4 de julio de 1967 y de 20 de noviembre de 1969 (RJ 1967/2876), entre otras, en las cuales no se produce el denominado principio de atracción de las concesiones demaniales, sino que da lugar al fenómeno de accesoriedad concesional subordinando la concesión de dominio a la del servicio”.

Este régimen de concesión, según el cual el concesionario lleva a cabo la explotación a su riesgo y ventura, se ha aplicado fundamentalmente a obras hidráulicas [abastecimientos, producción de energía hidroeléctrica, etc. (20)] y sobre todo a las autopistas de peaje.

Pero lo más normal es que incluso en estos casos de financiación privada y posterior reembolso mediante peajes asistamos a modelos

(20) El artículo 173 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Acompañamiento a los Presupuestos para 1997, incorpora una modalidad específica de contrato de concesión de construcción, conservación y explotación de obras e infraestructuras hidráulicas. Según dicho artículo, las Administraciones Públicas podrán utilizar este contrato para la construcción, conservación y explotación de las obras e infraestructuras vinculadas a la regulación de los recursos hidráulicos, su conducción, potabilización y desalinización, y al saneamiento y depuración de las aguas residuales. La contraprestación al cesionario consiste en el derecho a percibir una tarifa que fija la Administración siguiendo ciertos criterios establecidos en el apartado seis de este mismo artículo (además, la Administración concedente, cuando existan razones de interés público, rentabilidad social o uso colectivo, podrá compensar al concesionario parte de la obra pública prevista, en los términos que en cada caso se establezcan en los correspondientes pliegos contractuales).

Finalmente, en el apartado tercero de dicho artículo 173 se establecen reglas especiales en cuanto a su régimen jurídico (el plazo de explotación de la obra será el previsto en cada pliego de cláusulas administrativas particulares, sin que pueda exceder en ningún caso de setenta y cinco años; la Administración podrá imponer al concesionario, en el contrato, que ceda a un tercero un porcentaje de la construcción de la obra que represente, al menos, un 30 por 100 del valor total de la misma (...); quedan exceptuados estos contratos de las reglas de la legislación de Contratos de las Administraciones Públicas donde se prevé la necesidad de crédito adecuado y suficiente para poder llevar a cabo la obra. En esta línea, en el supuesto de compensación por parte de la Administración al concesionario de parte de la obra pública prevista, se autoriza a que el pago se lleve a cabo de forma aplazada, en los términos fijados en el propio contrato de concesión.

Téngase también en cuenta que en la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas (título VIII: “de las obras hidráulicas”, título añadido por el artículo único. 47 de la Ley 46/1999, de 13 de diciembre) se define la obra hidráulica (artículo 114) siendo su titularidad pública o privada (artículo 115).

intermedios o mixtos de financiación (21), ya que *lo más normal* es la existencia de algún tipo de garantía o préstamo por parte del sector público (véase *infra* por referencia al artículo 157 de la Ley 13/96 de Acompañamiento a los Presupuestos).

El papel del Estado consiste entonces en el otorgamiento de beneficios tributarios y económico-financieros, tales como avales, seguros de cambio, subvenciones a fondo perdido, anticipos reintegrables, bonificación de cuotas impositivas, etc.

Este sería el caso más típico de colaboración público-privado en la construcción o financiación de infraestructuras. Por ejemplo, el régimen de autopistas pone de manifiesto las insuficiencias tanto del sistema clásico o tradicional de contratación de obra y financiación pública pura (previsto en la Ley de Obras Públicas y en la Ley de Carreteras) como de un modelo puramente privado, según el cual la carga económica de la construcción y conservación de la obra tiene que ser asumida por el concesionario a cambio de un peaje o tarifa que pagan los usuarios.

Este último sistema, factible en tramos de gran rentabilidad económica (22), se revela difícilmente practicable en otro caso; de ahí el régimen de la Ley de 1972 y su característico régimen de beneficios fiscales.

En general, parece generalizarse el modelo público-privado, evitando sistemas puramente públicos o puramente privados, procurando más bien la convergencia entre ambos como *modelo* concebible para las infraestructuras en general a través de la mayor colaboración y financiación privadas en la realización de esta función pública que es la construcción de infraestructuras.

De ahí que la concepción clásica tanto en España como en otros

(21) J. E. BOSCA/TERESA DABÁN/F. J. ESCRIVÁ, *Capital privado e infraestructuras en el sector industrial de las regiones españolas*, Madrid, 1998; P. MAYOR MENÉNDEZ, "Competencias en materia de obras públicas, transportes e infraestructuras", en L. AGUIAR DE LUQUE Y OTROS, *Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid*, Madrid, 1999, pp. 727 y ss.; A. RUIZ OJEDA, *Dominio público y financiación privada de infraestructuras y equipamientos: un estudio del caso francés y análisis comparativo de la reciente regulación española*, Madrid, 1999; del mismo, *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España (elementos comparativos para un debate)*, Madrid, 2000; M. J. SANTAMARÍA BENEYTO, "Política económica de infraestructuras", en M. SEVILLA JIMÉNEZ, *Política económica: políticas instrumentales y sectoriales*, Alicante, 1998, pp. 301 y ss.

(22) En materia de ferrocarriles un ejemplo puede ser el ferrocarril ligero ORLY-VAL que enlaza el metro de París con Orly, así como el enlace fijo ferroviario del Canal de la Mancha EUROTUNEL. Puede verse C. MARTÍN PLASENCIA, "Propuestas para un modelo financiero de autopistas de peaje", en ENA, *Autopistas de peaje: Modelos de financiación y gestión*, Madrid, 1994, pp. 9 y ss.

Estados según la cual la construcción y mantenimiento de carreteras es una función pública, de modo que aquéllas son propiedad de los poderes públicos y se financian mediante medios públicos presupuestarios poniéndose a disposición de los ciudadanos en general, parece entrar en crisis en tiempos más recientes (23).

Junto a las limitaciones del sistema de financiación presupuestaria para afrontar los retos de construcción y conservación de infraestructuras que la sociedad demanda no pueden pasarse por alto las exigencias de convergencia impuestas por la Unión Europea y la política de evitar aumentar el déficit presupuestario que está en el fondo de esta apertura a cauces adicionales privados de financiación de infraestructuras.

Por el incremento de las fórmulas de financiación privada de infraestructuras apuestan también los fondos de la Unión Europea ya que, de cara al nuevo período de programación 2000-2006, se fomentan los proyectos con financiación mixta pasando a depender activamente la adjudicación de los fondos comunitarios de los recursos privados obtenidos (24). Esto provoca el interés por buscar cauces a través de los que puedan canalizarse las iniciativas privadas.

En el Derecho comparado es significativa la Ley alemana de 1994, de construcción y financiación de carreteras por agentes privados (*Gesetz über den Bau und die Finanzierung von Bundesfernstraßen durch Private*) la cual permite delegar estas funciones públicas en particulares concesionarios (puede verse el artículo 1.2 y 3 de la citada Ley)

(23) Puede verse R. IZQUIERDO, *La necesidad de nuevas y mejores infraestructuras y el problema de su financiación*, publicado por Seopán, Madrid 2000; y su trabajo en *Encuentros sobre la participación de la iniciativa privada en la financiación de los sistemas de transporte*, Sevilla 1996 con una perspectiva histórica; desde esta perspectiva véase especialmente F. SOSA WAGNER, "El Canal de Castilla: alba y aflicción de una obra pública", *RAP* 153, 2000, pp. 443; igualmente, J. DE LA CRUZ FERRER, "Nuevas perspectivas en la regulación de las infraestructuras", *REDETI* 7, 1998, pp. 11 y ss.; R. GÓMEZ-FERRER MORANT, "En torno a la Ley de autopistas de peaje", *RAP* 68, 1972, pp. 325 y ss.; A. GONZÁLEZ SANFIEL, "Libre competencia en la infraestructura demanial", *REDETI* 4, 1999, pp. 29 y ss; del mismo autor, *Un nuevo régimen para las infraestructuras de dominio público*, Madrid, 2000; E. R. YMAZ COSSIO, "Mayores ingresos en las concesiones viales de obra pública y su participación al Estado nacional", *La Ley* (de Argentina), 86, 1998.

(24) Véase J. M. PIÑERO CAMPOS, "Infraestructuras, fondos europeos y financiación privada", en *Revista de Obras Públicas. Número especial sobre financiación de infraestructuras*, n° 3400, año 147, 2000, p. 64; asimismo D. MATÉ SANZ/F. ANEGÓN BLANCO, "Nuevos reglamentos de fondos europeos y financiación privada de infraestructuras", en *XXIII Semana de la Carretera, IV Encuentro Nacional de la Carretera. La nueva era de la gestión privada de las infraestructuras de carreteras en el mundo*, Madrid, octubre 2000, p. 537.

después de realizar un concurso público (25). Según la Exposición de Motivos de esta Ley, es preciso abrir cauces de financiación privados ya que mediante presupuestos no es posible cumplir en un plazo razonable los distintos procesos que actualmente son necesarios. A estos efectos se permite a los particulares el cobro de peajes (*Mautgebühren*) por la utilización de las infraestructuras construidas bajo este sistema, los cuales son fijados por el Ministerio de Transportes (artículo 3).

Jurídicamente, todas estas formas a través de las cuales empieza a desarrollarse la intervención de los particulares en la realización de una función pública, como es la construcción de infraestructuras viarias, pueden explicarse genéticamente a través de la idea de "colaboración".

2. Otros ejemplos

Junto al caso referido de la Ley de autopistas de 1972, proliferan en los últimos años una variedad de fórmulas de colaboración de los particulares en la realización de obras públicas e infraestructuras.

Por ejemplo, y en primer lugar, la colaboración público-privada se desarrolla en torno al sistema de **acciones rescatables** (previsto en la Ley 37/98, de reforma de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores), en virtud del cual la Administración y la empresa constructora o iniciativa privada constituyen una sociedad anónima, la primera con el 75 por 100 de las acciones y la segunda con el 25 por 100 de "acciones rescatables". El empresario cuenta con una entidad solvente (la Administración) de cara a evitar los riesgos del proyecto, aunque aquél comparte no obstante el riesgo proveniente de los resultados de explotación. Por su parte, aquélla consigue acometer proyectos cuya financiación está por encima de sus posibilidades y logra contar con la colaboración de una empresa privada para la elaboración del proyecto, construcción, gestión y conservación de la infraestructura. Este sistema puede ser adecuado en aquellas infraestructuras de baja demanda pero con interés económico y redistributivo (26).

(25) E. STABREIT, en *NVwZ* 9 (1999), p. 965; STEINER, en *NJW*, 1994, p. 3150; RONELLENFITSCH, en HOFFMANN-RIEM/SCHNEIDER (coordinador), *Verfahrensprivatisierung*, 1996, p. 113; R. WAHL, "Die Einschaltung privatrechtlich organisierter Verwaltungseinrichtungen in den Straßenbau", *DVBl*, 1993, pp. 517 y ss.; WENDRICH, *RauR*, 1985, p. 152; M. WILLMS, *Private Finanzierung von Infrastrukturinvestitionen*, 1998, pp. 17 y ss.

(26) Puede verse F. ANEGÓN BLANCO "Las acciones rescatables como instru-

Otro ejemplo, en segundo lugar, pueden ser las formas de *lease-back* o venta a una entidad financiera de una determinada propiedad que al mismo tiempo se retoma en alquiler a esa misma entidad financiera. En el ámbito privado para que una operación de este tipo tenga sentido económico la rentabilidad que se va a obtener a la nueva propiedad que así se financie debe ser superior a los intereses que cobra la entidad financiera por la operación. El problema de trasladar el *lease-back* al ámbito público está en que los bienes en cuestión son jurídicamente inalienables conforme a su consideración de demaniales. La puerta se abre al *lease-back* si se comparte que “el dominio público se puede escindir en una parte inalienable, inembargable e imprescriptible que sería el suelo propiamente dicho y otra que no tiene esas condiciones, que sería la infraestructura que se apoya sobre ese suelo” (27).

Otra modalidad es la titulización, forma de financiación basada en la venta de los derechos de cobro futuros sobre la infraestructura a un fondo de **titulización**, que está constituido por un grupo de inversores, normalmente instituciones financieras (28). El grupo de inversores o fondo de titulización a su vez pone en el mercado una emisión de activos generalmente bonos, permutas financieras o préstamos. Esta fórmula está pensada para infraestructuras como aeropuertos, puertos,

mento de la colaboración público-privada para la construcción de infraestructuras” en *XXIII Semana de la Carretera, IV Encuentro Nacional de la Carretera. La nueva era de la gestión privada de las infraestructuras de carreteras en el mundo*, Madrid octubre 2000 pp.547 y ss.

(27) Véase F. AZOFRA VEGAS, “La financiación privada de infraestructuras públicas”, *REDA* 96, 1997, p. 555; F. J. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, *Obras públicas e iniciativa privada*, Madrid, 1998; del mismo autor, “Hacia un nuevo concepto de infraestructura pública/obra pública desligado del dominio público y servicio público”, en G. ARIÑO ORTÍZ (coordinador), *Privatización y libertad de servicios*, Madrid, 1999, pp. 77 y ss.; F. J. DE ÁGUEDA MARTÍN, “Nuevos avances en la financiación de infraestructuras a través del capital privado”, en *Revista de Obras Públicas. Número especial sobre financiación de infraestructuras*, nº 3400, año 147, 2000, p. 93.

(28) *Lege data* es preciso tener en cuenta las siguientes normas: especialmente el RD 926/1998, de 14 de mayo, que regula los fondos de titulización de activos y las sociedades gestoras; pero la titulización se inició en nuestro país con la promulgación de la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre régimen de las sociedades y fondos de inversión inmobiliaria y sobre fondos de titulización hipotecaria. Seguidamente fue dictado el Real Decreto-Ley 3/1993, de 26 de febrero, sobre medidas urgentes en materias presupuestarias, tributarias, financieras y de empleo, estableciendo en su artículo 16 que el Gobierno podía extender el régimen previsto para la titulización de participaciones hipotecarias a otros préstamos y derechos de crédito. Dicha previsión fue refrendada por la disposición adicional quinta de la Ley 3/1994, de 14 de abril, de adaptación de la legislación española a la segunda directiva de coordinación bancaria. Siguiendo el *iter* normativo se promulga la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional, cuya disposición adicional octava regula los fondos de titulización de la moratoria nuclear como modalidad de los fondos de titulización de activos.

autopistas o ferrocarriles que suelen ser proyectos de gran envergadura económica (29).

También se ha puesto en práctica (en Cataluña) un sistema pactado entre la Generalidad y las concesionarias, destinado a repercutir el 25 por 100 de los excedentes o ganancias de explotación en favor de la construcción de autopistas en la forma que decida discrecionalmente la Administración de esa Comunidad Autónoma; asimismo, se practica una rebaja de peajes y, como compensación, las concesionarias reciben dinero proveniente del IVA que pagan al Gobierno y que éste trasfiere a la Generalidad (30).

Además, como consecuencia del avance de los servicios de información sobre el tráfico y el transporte un cauce para la colaboración de particulares en el ámbito de las infraestructuras puede ser además el de los servicios telemáticos de información en el campo del transporte con objeto de mejorar la información a los usuarios y los servicios de información multimodales (31).

En ciertos Estados europeos se ha intentado considerar no sujetos al Impuesto sobre el Valor Añadido los peajes percibidos por la utilización de carreteras y puentes de peaje en contra de lo dispuesto en los artículos 2 y 4, apartados 1, 2 y 5 de la directiva 77/388/CE del Consejo, de 17 de mayo de 1977 (sexta directiva en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativa a los impuestos sobre el volumen de negocios).

Frente a esta práctica tres sentencias del TJCE de 12 de septiembre de 2000 (asuntos C-359/97, C-276/97 y C-358/97) obligaron al Reino Unido, a Francia y a Irlanda, a poner a disposición de la Comisión de las CCEE, como recursos propios procedentes del IVA, las cantidades correspondientes a dicho impuesto que deberían haberse recaudado sobre los mencionados peajes y los intereses de demora.

Más recientemente este problema ha afectado al Estado español. La

(29) C. SULLY BONNELLY GINEBRA, "Los fondos de titulización de activos para la financiación de autopistas", en *XXIII Semana de la Carretera, IV Encuentro Nacional de la Carretera. La nueva era de la gestión privada de las infraestructuras de carreteras en el mundo*, Madrid, octubre 2000, pp. 551 y ss.

(30) Noticia del Periódico *Expansión* del 15 de septiembre de 1999.

(31) Puede verse J. A. SÁNCHEZ REY, "La explotación de carreteras y los sistemas inteligentes de transporte en la sociedad de la información", en *VARIOS AUTORES, La nueva era de la gestión privada de las infraestructuras de carreteras en el mundo, XXIII Semana de la Carretera, IV Encuentro Nacional de la Carretera*, Madrid, octubre 2000, citando una reciente recomendación de "la Unión Europea" a los Estados miembros y la industria sobre "Sistemas seguros y eficientes de información y comunicaciones a bordo de vehículos".

STJCE de 18 de enero de 2001 no consideró de recibo, concretamente, la aplicación de un IVA reducido en los peajes de las autopistas, de un 7 por 100, frente al tipo previsto en dicha directiva del 16 por 100 (32).

En cambio, el TJCE entendió que la exención del cobro del IVA, en Holanda (33) y Grecia (34), estaba justificada ya que la explotación de los peajes corría a cargo de organismos públicos, en cuyo caso está prevista la eliminación del cobro de impuestos indirectos.

III. LA LEY BÁSICA DE FINANCIACIÓN Y GESTIÓN PRIVADA DE INFRAESTRUCTURAS PÚBLICAS.

Una primera conclusión que se desprende de las afirmaciones anteriores es que las distintas fórmulas de colaboración que han sido mencionadas se prevén por referencia a un tipo concreto de infraestructuras (autovías, obras hidráulicas, etc.). Ahora bien, ¿por qué no generalizar algunas de dichas fórmulas a otros tipos de infraestructuras? Por ejemplo, el contrato de gestión de servicios en el caso de las autovías sería susceptible de ser aplicado no sólo a las autovías.

Esta parece ser la *ratio* de una futura Ley, actualmente en fase de Anteproyecto, de financiación y gestión privada de infraestructuras públicas. Por una parte, “esta Ley” pretende ser un marco de referencia para todo tipo de infraestructuras (viarias, de saneamiento, depuradoras, etc).

Por otra parte, gira aquélla en torno a los contratos de concesión de infraestructuras. Y por tales se entienden todos aquellos contratos cuyo objeto sea la construcción y explotación de aquéllas, así como su conservación y mantenimiento mediante la percepción de un precio o retribución durante un plazo determinado (artículos 2 y 3).

En este sentido se contemplan en esta Ley General sobre Infraestructuras distintos sistemas de financiación, públicos, privados y mixtos que en este trabajo se han estudiado *supra* (35).

(32) Pueden verse también las conclusiones del abogado general Sr. S.Alber presentadas el 28 de septiembre de 2000 (asunto C-83/99).

(33) STJCE de 12 de septiembre de 2000 (asunto 408/97).

(34) STJCE de 12 de septiembre de 2000 (asunto C-260/98).

(35) La Ley potencia la participación de la financiación privada y fomenta la colaboración entre la iniciativa pública y la privada, estableciendo como objetivo la convergencia real de España con los países de la UE (IV Encuentro Nacional de la Carretera, XXIII Semana de la Carretera, La Toja, octubre 2000; *La Gaceta de los negocios* de 28 de octubre de 2000 p.2 y de 25 de octubre de 2000: “Fomento aboga por reducir la vinculación del sector al Estado”).

El núcleo de esta norma (su Título IV) lo ocupan los contratos de concesión de infraestructuras (36).

Después de regular la preparación del contrato y su adjudicación y ejecución, así como los derechos y obligaciones de las partes contratantes, se prevé "la financiación externa del concesionario" y los beneficios económico-financieros y tributarios de los que aquél puede disfrutar (37).

Finalmente se contienen en el Título V ciertas disposiciones específicas sobre determinados tipos de infraestructuras. El tema de la financiación externa del concesionario merecería una especial atención. Se establecen los siguientes medios de financiación:

— Primero, la emisión de obligaciones por parte del concesionario. En efecto el concesionario "podrá apelar al crédito en el mercado de capitales, tanto exterior como interior mediante la colocación de obligaciones, bonos u otros títulos semejantes". Las emisiones de obligaciones podrán contar con el aval del Estado.

— Segundo, la hipoteca de concesiones. En este sentido, las concesiones de infraestructuras serán siempre hipotecables "conforme a lo dispuesto en la legislación hipotecaria".

(36) Esta regulación es oportuna porque los contratos de concesión de obra están previstos de forma insuficiente en los artículos 130 y siguientes de la LCAP y porque en la actualidad se autorregulan en los pliegos de condiciones. Puede verse J. L. VILLAR EZCURRA, "Principios jurídicos de una Ley marco para financiación y gestión de las infraestructuras" en *XXIII Semana de la Carretera, IV Encuentro Nacional de la Carretera. La nueva era de la gestión privada de las infraestructuras de carreteras en el mundo*, Madrid, octubre 2000, p. 507 donde se insiste asimismo en la necesidad de convertir las tarifas en precios privados que puedan ser percibidos directamente por los concesionarios; de esta forma se evita que las tarifas se imputen a otros fines o que se demore el pago del concesionario, consiguiéndose además que de esta forma su fijación estableciera unos máximos que pudieran ser rebajados por aquéllos para optimizar la demanda. Sobre estas cuestiones véase F. VILLAR ROJAS, *Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos: estudio de su naturaleza y régimen jurídico*, Granada, 2000.

Contra esta posición, A. RUIZ OJEDA, valorando el actual Anteproyecto de Ley de regulación de las infraestructuras, afirma que "el auténtico problema reside, a mi juicio, en nuestra cultura de gestión de recursos plasmada en eso que me he permitido llamar nuestra tradición concesional" ("El futuro marco legal de la financiación privada de infraestructuras: algunas propuestas", en VARIOS AUTORES, *La nueva era de la gestión privada de las infraestructuras de carreteras en el mundo, XXIII Semana de la Carretera, IV Encuentro Nacional de la Carretera*, Madrid, octubre 2000, p. 475). Véase también su libro (con la coautoría de G. MARCOU y J. GOH) *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España*, Madrid, 2000.

(37) Dentro de los beneficios económico-financieros se prevén la facultad de amortización de todos los elementos del activo (...), subvenciones a fondo perdido (...) y anticipos reintegrables.

Como beneficios tributarios se establecen exenciones de distintos impuestos (de transmisiones patrimoniales, sociedades, etc.).

No obstante, en la propia Ley se prevén ciertas reglas de carácter administrativo: la hipoteca de concesiones deberá ser autorizada por el órgano de contratación haciendo constar en la misma que el adjudicatario sólo podrá subrogarse en aquélla en el caso de que sea autorizado a su vez por el citado órgano de contratación; además, todo sujeto que desee participar en el procedimiento de ejecución hipotecaria deberá comunicarlo al órgano de contratación para obtener la oportuna autorización administrativa.

Tanto la hipoteca de concesiones como la emisión de obligaciones son clásicos mecanismos de financiación externa (véase la Ley de Ferrocarriles de 23 de noviembre de 1877 y la Ley de Autopistas 8/1972, de 10 de mayo en el caso de la emisión de obligaciones y artículo 107.6 de la Ley Hipotecaria respecto del crédito hipotecario).

En el tráfico jurídico-privado la concesión administrativa se considera como un bien inmueble conforme al artículo 334.10 del Código Civil. En consonancia con esta caracterización inmobiliaria de la concesión administrativa, la Ley Hipotecaria dispone, en su artículo 107, que es susceptible de ser gravada mediante hipoteca. Este derecho real de garantía supone la sujeción directa e inmediata de los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida.

Ahora bien, como bien apunta el Anteproyecto, la concesión no es una decisión autónoma del concesionario, ya que requiere la previa autorización de la Administración. Además es necesario establecer garantías adicionales para el crédito hipotecario en el caso de extinción o crisis de la relación concesional. Por ello, en los supuestos de posible revocación o caducidad de la concesión la Administración deber dar audiencia a los acreedores hipotecarios.

— Tercero, la titulación de los derechos de cobro del concesionario: podrán ser objeto de titulación “los derechos al cobro de las tarifas por explotación de las infraestructuras y cualesquiera otros créditos que el concesionario pueda obtener por la explotación de los elementos comerciales relacionados con la concesión”. Sobre el particular “la Ley” regula detalladamente la satisfacción de los derechos de los acreedores en los casos de quiebra, modificación del contrato de concesión y finalización y extinción de la concesión por cualquier causa sin que se hayan satisfecho íntegramente los derechos de los acreedores.

— Cuarto, los créditos participativos. En este caso, la participación del prestamista se produce sobre los ingresos del concesionario.

IV. REPERCUSIÓN DE ESTAS CORRIENTES SOBRE EL DOMINIO PÚBLICO SOBRE EL QUE SE ASIENTAN LAS INFRAESTRUCTURAS

En términos estrictamente jurídicos interesa observar la repercusión de los planteamientos anteriores sobre el dominio público como institución esencial del Derecho administrativo. También interesa verificar cómo este concepto se adapta al nuevo contexto jurídico de la creciente colaboración de empresas privadas en la creación de infraestructuras.

Ya cuando *supra* nos referíamos a la técnica del *lease-back* quedó constancia de las corrientes que propugnan una escisión dentro del dominio público en una parte inalienable, inembargable e imprescriptible que sería el suelo propiamente dicho y otra que no tiene esas condiciones, que sería la infraestructura que se apoya sobre ese suelo (38), lo que indudablemente abre las puertas a una mayor presencia de modos privados de gestión o creación de infraestructuras.

En esta línea, también se ha procurado, en aras de centrar los límites del dominio público, evitar la calificación demanial respecto de bienes que no necesariamente han de gozar de esta condición, en especial todas y cada una de las infraestructuras portuarias o aeroportuarias actualmente explotadas por entidades públicas empresariales (AENA, Puertos del Estado) segregando pues del dominio público los establecimientos comerciales insertos o vecinos de la infraestructura (39).

Se trataría de poner en tela de juicio una concepción clásica y arraigada, que provendría de la Ley de Obras Públicas de 13 de abril de 1877 y el Código Civil, según la cual las obras públicas (en aquella definidas) son bienes de dominio público (conforme al segundo de los citados, artículo 339).

En apoyo de estas tendencias estarían las experiencias sufridas en sectores no del todo distantes al de las infraestructuras viarias, en concreto aquéllos que se articulan igualmente en torno a "redes" o infraestructuras de otro tipo, como ocurre en las telecomunicaciones, gas o

(38) Véase igualmente sobre los distintos temas de este artículo S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Los mercados de interés general: telecomunicaciones, postales, energéticos y transportes*, Editorial Comares, Granada 2001 *in toto*.

(39) A este sistema tendería el Real Decreto 2591/1998, de 4 de diciembre, de Ordenación de los aeropuertos de interés general y zona de servicio (G. ARIÑO ORTÍZ/J.Ñ. VILLAR EZCURRA, "Las infraestructuras en España: un reto para el nuevo milenio", en *Revista de Obras Públicas. Número especial sobre financiación de infraestructuras*, n°3400 año 147 2000 p.122 y ss.).

electricidad, ya que en éstas dichas redes no tienen un carácter demanial sino privado (40).

En todo caso, va a ser difícil que la concepción tradicional del dominio público quede del todo al margen de la repercusión del fenómeno de creciente intervención empresarial en el ámbito de las infraestructuras y del factor "rentabilidad".

(40) Véase G. ARIÑO ORTÍZ/J. Ñ. VILLAR EZCURRA, "Las infraestructuras en España: un reto para el nuevo milenio", en *Revista de Obras Públicas. Número especial sobre financiación de infraestructuras*, nº 3400, año 147, 2000, p. 124; véase también, con opiniones contrarias a estas tendencias, F. LÓPEZ RAMÓN, "Las dificultades de una legislación básica sobre concesiones administrativas", *REALA* 241, 1989, p. 583.