

Notas sobre la financiación y la remuneración de concesiones de servicios públicos y de asociaciones público-privadas.

Rafael Valim*

SUMARIO: I. Introducción. II. Distinción entre financiación y remuneración. III. Modalidades de remuneración del concesionario. III.1. Remuneración en la Ley N° 8.987/1995. III.2. Remuneración en la Ley N° 11.079/2004. III.3. Posibilidades de remuneración antes de la entrega de la obra pública. IV. Modalidades de financiación de la concesión. V. Conclusiones. VI. Referencias bibliográficas.

I. Introducción.

1. La reflexión sobre el concurso de esfuerzos públicos y privados para la ejecución de obras y servicios es muy antigua, aquí y en otras partes, no obstante algunos la presenten, inspirados por razones que no nos cumple investigar, como una novedad extraordinaria.

Recuérdese, a propósito, el seminario “Iniciativa privada y servicios públicos”, realizado en el año 1990, bajo la coordinación de los ilustres profesores Geraldo Ataliba y Luiz Alberto Machado. En él, eminentes publicistas brasileños y extranjeros, entre los cuales podemos citar a los profesores Celso Antônio Bandeira de Mello, Sérgio Ferraz, Adilson Abreu Dallari, Weida Zancaner, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, profundizaron sobre “fórmulas de estímulo y garantías para atraer capitales y experiencia gerencial privados a los servicios públicos”, temática considerada, en los días corrientes, de la máxima actualidad¹.

* Máster y Doctorando en Derecho Administrativo por la PUC (Pontificia Universidade Católica), São Paulo. Especialista en Derecho Constitucional por la Universidad Castilla - La Mancha/España. Profesor del curso de Especialización en Derecho Administrativo de la PUC - São Paulo. Profesor de la Maestría en Derecho Administrativo de la Economía de la Universidad Nacional de Cuyo – Mendoza/Argentina. Miembro del Instituto de Derecho Administrativo Paulista - IDAP. Director de la *Revista Brasileira de Infraestrutura*. Director-Ejecutivo del Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos da Infraestrutura - IBEJI. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo - AADA. Abogado.

¹ Las conferencias y los debates del seminario están transcritos en la *Revista de Direito Público* N° 98.

2. Trataremos de examinar, sin pretensiones y sin ninguna inclinación a lo novedoso, un punto que, a nuestro juicio, reclama mayor atención en el contexto del derecho administrativo brasileño. Se trata del análisis sobre las posibilidades de percepción de rentas por el concesionario durante la fase de ejecución de las obras públicas que anteceden a la explotación del servicio público, tanto en el régimen de las concesiones comunes, establecido por la Ley N° 8.987/1995, cuanto en el régimen de las asociaciones público-privadas (“parcerías público-privadas”), versado por la Ley N° 11.079/2004.

Iniciemos nuestro razonamiento por la distinción, si bien en términos aproximativos, entre los conceptos de financiación y remuneración de las concesiones comunes y asociaciones público-privadas.

II. Distinción entre financiación y remuneración.

3. Frecuentemente, se suele confundir la obtención de recursos para la ejecución de las obras necesarias al desarrollo de la concesión² (= financiación) con la remuneración oriunda del objeto concedido.

No obstante constituyan realidades íntimamente conectadas, puesto que la financiación es paga a través de la remuneración de la concesión, la definición de los confines de cada una de ellas guarda extrema relevancia jurídica y será, como veremos más adelante, fundamental para el ofrecimiento de nuestras conclusiones.

4. La financiación se traduce, *grosso modo*, en la provisión del capital necesario a la realización de algún emprendimiento³. En las concesiones, le compete al contratista obtener los recursos destinados a la prestación del servicio o, dicho en otras palabras, el orden jurídico irroga al concesionario el deber de reunir créditos suficientes a la ejecución de las obras que anteceden a la prestación del servicio.

Por otro lado, no se reviste de ninguna novedad tal aserción, en la medida en que una de las mayores justificaciones invocadas para la celebración de concesiones es exactamente el supuesto agotamiento de la capacidad de inversión del Poder Público, especialmente con relación al modelo de asociaciones público-privadas, edificado en Brasil y en el exterior sobre este argumento⁴.

² Cuando no adjetivemos el término *concesión*, estaremos refiriéndonos a la concesión común, patrocinada y administrativa.

³ Enei, José V. Lopes, *Project finance: financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas, leveraged buy-outs e outras figuras afins)*, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 13.

⁴ Cassagne, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2009, 3ª ed., p. 291; Ortiz, Gaspar Ariño, “El contrato de colaboración público-privada”, en *Lecciones de Administración (y Políticas Públicas)*, Madrid, Iustel, 2011, p. 600; Richer, Laurent, *Droit des contrats administratifs*, París, LGDJ, 2010, 7ª ed., p. 614; Ferreira, Luiz T. Teixeira, *Parcerias público-privadas: aspectos constitucionais*, Belo Horizonte, Fórum, 2006, pp. 42-44; Zanella Di Pietro, Maria Sylvia, *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, São Paulo, Atlas, 2011, p. 144; Coutinho, Diogo R., “Parcerias público-privadas: relatos de algumas experiências internacionais”, en Sundfeld, Carlos Ari (coord.), *Parcerias Público-privadas*, São Paulo, Malheiros, 2007, p. 46; Schwind, Rafael Walbach, *Remuneração do concessionário: concessões comuns e parcerias público-privadas*, Belo Horizonte, Fórum, 2010, pp. 241-2.

Le cabe al Estado, por lo tanto, en la calidad de poder concedente, competencia para financiar las concesiones o “auxiliar” a los contratistas en este menester.

5. Esto no significa, sin embargo, que el Estado esté impedido de hacerlo a título de intervención en el dominio económico.

Se sabe que, a la luz de la Constitución Federal, de un lado, tenemos actividades de incumbencia de los particulares, las económicas, y del otro, actividades de jurisdicción del Estado, los servicios públicos. Excepcionalmente, podrá el particular desempeñar las actividades del Estado mediante título jurídico específico (Art. 175 y Art. 21, XI y XII de la Constitución Federal), del mismo modo que al Estado le es dado ejercer las actividades de los particulares, siempre que movido por imperativo de la seguridad nacional o relevante interés público, conforme definidos en ley (Art. 173 de la Constitución Federal).

La financiación constituye típica actividad económica desempeñada en términos excepcionales por el Estado, en vista, naturalmente, de la consecución de determinadas finalidades públicas. Así, al concesionario, *à la mode* de cualquier particular, le está permitido establecer relaciones jurídicas de financiación con empresas estatales, asumiendo ante estas la obligación de solventar la deuda con la debida remuneración del capital.

Importante notar, a propósito, que la financiación contraída en instituciones financieras públicas no “*publiciza*” la inversión del particular, ya que las relaciones negociales de las empresas estatales, cuando atinentes a los objetivos para que hayan sido creadas, son regidas por el derecho privado.

6. La remuneración, a su vez, consiste en el conjunto de todas las rentas emergentes de la concesión a las que se titula el concesionario, ya sean ellas provenientes del Estado, de los usuarios o de la explotación de actividades paralelas al objeto concedido⁵.

Esta breve y genérica definición ya es suficiente para realzar la radical diferencia jurídico-positiva que se establece entre la financiación y la remuneración de la concesión⁶, y nos autoriza, por consiguiente, a incursionar en las modalidades de remuneración del concesionario.

III. Modalidades de remuneración del concesionario.

7. Es de rigor observar, preliminarmente, que la sobrevivencia de la Ley de las Asociaciones público-privadas (Ley N° 11.079/2004) no provocó la derogación del modelo de concesiones plasmado en la Ley N° 8.987/1995, al haber, en verdad, una articulación entre los regímenes de estas leyes, del cual es ejemplo el Artículo 3° de la Ley N° 11.079/2004⁷.

⁵ André de Laubadère resalta el carácter complejo de la remuneración del concesionario (*Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, T. II, París, LGDJ, 1956, p. 204).

⁶ Marques Neto, Floriano de Azevedo, “Fundamentos e conceituação das PPP”, en Marques Neto, Floriano de Azevedo; Schirato, Vitor Rhein (coord.), *Estudos sobre a lei das parcerias público-privadas*, Belo Horizonte, Fórum, 2011, p. 21.

⁷ Bandeira de Mello, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 2011, 28ª ed., p. 781; Ferreira, Luiz T. Teixeira, p. 60.

III.1. Remuneración en la Ley N° 8.987/1995.

8. Del análisis conjugado de los Artículos 9°, 11, 17 y 18, VI de la Ley N° 8.987/1995 resulta que las fuentes de remuneración del concesionario podrán ser, además de las tarifas, eventuales rentas paralelas y subsidios.

9. Consisten las tarifas en la remuneración básica de las concesiones comunes y, como es de general conocimiento, son cobradas directamente de los usuarios del servicio público. A ellas no nos atendremos, visto que, en cualquier modalidad de concesión, presuponen el servicio público en ejecución y estamos pensando en momento anterior, de realización de las obras destinadas a la prestación del servicio público.

10. Las rentas paralelas, también denominadas “rentas marginales”, “rentas extraordinarias” o “rentas auxiliares”, están consagradas en el Artículo 11 de la Ley N° 8.987/1995, cuyo texto nos es permitido transcribir:

“Art. 11. En atención a las peculiaridades de cada servicio público, podrá el poder concedente prever, a favor de la concesionaria, en el pliego de licitación, la posibilidad de otras fuentes provenientes de rentas alternativas, complementarias, accesorias o de proyectos asociados, con o sin exclusividad, con el fin de favorecer la modicidad de las tarifas, observado lo dispuesto en el Art. 17 de esta ley.

Parágrafo único. Las fuentes de renta previstas en este artículo serán obligatoriamente consideradas para el cálculo del inicial equilibrio económico-financiero del contrato”.

Son inagotables las posibilidades de generación de rentas paralelas⁸. Para nuestros fines, conviene anotar apenas que tales rentas deben, por regla general, constar del pliego de licitación, se destinan a favorecer la modicidad tarifaria y deben, obligatoriamente, ser consideradas para efecto de equilibrio económico-financiero del contrato.

11. Tenemos, por fin, el subsidio como forma de remuneración del concesionario, extraído *a contrario sensu* del Artículo 17 de la Ley N° 8.987/1995, así retratado⁹:

“Art. 17. Se considerará desclasificada la propuesta que, para tornarse viable, necesite ventajas o subsidios que no estén previamente autorizados en ley y a la disposición de todos los competidores”.

Así como las rentas paralelas, los subsidios objetivan la modicidad tarifaria¹⁰. Corresponden al traspaso de recursos públicos al concesionario para tornar accesible el servicio público a todos o a determinada categoría de usuarios¹¹.

A este respecto, merece consideración la recién editada Ley N° 12.587/2012, que instituye las directrices de la Política Nacional de Movilidad Urbana. En ella se consagra explícitamente, dentro de la política tarifaria del servicio de transporte público colectivo,

⁸ Hipótesis nada excepcional es la explotación de áreas del subsuelo o contiguas a la obra (Bandeira de Mello, Celso Antônio, “Obra pública a custo zero”, *Revista Trimestral de Direito Público*, 3/32-41).

⁹ Batista, Joana Paula, *Remuneração dos serviços públicos*, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 89.

¹⁰ Tácito, Caio, “Subsídio tarifário em permissão de transporte coletivo”, en *Temas de Direito Público*, vol. 2, Río de Janeiro, Renovar, 2002, p. 1673.

¹¹ Antunes Rocha, Cármen Lúcia, *Estudo sobre a concessão e permissão de serviço público no Direito brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 101.

la posibilidad de otorgación de subsidio, siempre que “definido en contrato, con base en criterios transparentes y objetivos de productividad y eficiencia, especificando, mínimamente, el objetivo, la fuente, la periodicidad y el beneficiario”¹².

El subsidio no configura una contraprestación del Estado en vista de un servicio que le fue prestado por el contratista, sino un estímulo a una actividad revestida de interés público. Se reconduce, por lo tanto, a la actividad de fomento¹³ y, más específicamente, al concepto de subvención¹⁴, entendida, en la lección de Gastón Jèze, como “una suma de dinero que se entrega periódicamente o en su totalidad y que tiene por objeto facilitar el funcionamiento de obra o establecimiento privado que persigue una finalidad de interés general”¹⁵.

Subráyese que la otorgación de subvenciones depende de autorización legal específica, a tenor de lo que disponen el Artículo 19 de la Ley N° 4.320/1964 y el Artículo 26, § 2° de la Ley de Responsabilidad Fiscal.

III.2. Remuneración en la Ley N° 11.079/2004.

12. La remuneración en los cuadrantes de las asociaciones público-privadas presenta mayor complejidad, demanda más aclaraciones y un tratamiento particularizado de las modalidades patrocinada y administrativa.

¹² Reza la Ley N° 12.587/2012:

“Art. 9º El régimen económico y financiero de la concesión y el de la permisión del servicio de transporte público colectivo serán establecidos en el respectivo pliego de licitación, siendo la tarifa de remuneración de la prestación de servicio de transporte público colectivo resultante del proceso licitatorio de la otorgación del poder público.

[...]

§ 3º La existencia de diferencia a menor entre el valor monetario de la tarifa de remuneración de la prestación del servicio de transporte público de pasajeros y la tarifa pública cobrada del usuario se denomina déficit o subsidio tarifario.

[...]

§ 5º En el caso de que el poder público opte por la adopción de subsidio tarifario, el déficit originado deberá ser cubierto por rentas extratarifarias, rentas alternativas, subsidios presupuestarios, subsidios cruzados intrasectoriales e intersectoriales provenientes de otras categorías de beneficiarios de los servicios de transporte, entre otras fuentes, instituidos por el poder público delegante.

Art. 10. La contratación de los servicios de transporte público colectivo será precedida de licitación y deberá observar las siguientes directrices:

[...]

Parágrafo único. Cualquier subsidio tarifario al costeo de la operación del transporte público colectivo deberá ser definido en contrato, con base en criterios transparentes y objetivos de productividad y eficiencia, especificando, mínimamente, el objetivo, la fuente, la periodicidad y el beneficiario, conforme lo establecido en los Arts. 8º y 9º de esta ley”.

¹³ Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo general*, Madrid, Iustel, 2009, 2ª ed., pp. 356-378.

¹⁴ Rocha, Silvio L. Ferreira da, *Terceiro Setor*, São Paulo, Malheiros, 2006, 2ª ed.; Torres, Ricardo Lobo, *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário*, vol. V, Río de Janeiro, Renovar, 2008, 3ª ed.; Maljar, Daniel E., *Intervención del Estado en la prestación de servicios públicos*, Buenos Aires, Hammurabi, 1998, pp. 325-327; 293-301.

¹⁵ Jèze, Gastón, *Principios generales de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1949, p. 53.

13. La concesión patrocinada, a la luz del Artículo 2º, § 1º de la Ley Nº 11.079/2004, es “la concesión de servicios públicos o de obras públicas de que trata la Ley Nº 8.987/1995, cuando involucra, adicionalmente a la tarifa cobrada de los usuarios, contraprestación pecuniaria del Estado al contratista”.

14. La primera indagación atina a la naturaleza jurídica de la aludida “contraprestación pecuniaria”. ¿Se trata de una genuina “contraprestación” al particular, o de una subvención, a semejanza de la Ley Nº 8.987/1995?

Nos parece que la “contraprestación pecuniaria” en la concesión patrocinada, no obstante el rótulo quiera traicionarnos, configura subvención en los mismos moldes de la “concesión subsidiada” de la Ley Nº 8.987/1995¹⁶. Basta sondear el sentido jurídico-positivo de la relación jurídica *sub examine*, a saber: viabilizar económicamente la concesión y no retribuir la prestación de un servicio directamente al Estado.

De eso no se desprende supuesta revocación de la concesión subsidiada prevista en la Ley Nº 8.987/1995. Ambas conviven en el sistema jurídico y son dotadas de regímenes jurídicos propios. Además, es de notarse que este encuadramiento jurídico de la “contraprestación” pública produce importantísimas consecuencias, sobre todo en materia tributaria.

15. Al lado de la “contraprestación” de la Administración pública, componen la remuneración de las concesiones patrocinadas las rentas paralelas a favor del contratista, ante la aplicación subsidiaria de la Ley Nº 8.987/1995, ordenada por el Artículo 3º, § 1º de la Ley Nº 11.079/2004.

El contrato de asociación público-privada, entre tanto, deberá definir con precisión a qué título será remunerado el contratista, dado el considerable riesgo de confusión entre las rentas paralelas y la contraprestación de la Administración¹⁷. Basta ver, por ejemplo, que el Artículo 6º, inciso IV de la Ley Nº 11.079/2004¹⁸ estipula la otorgación de derechos sobre bienes públicos dominiales como una modalidad de contraprestación, al mismo tiempo en que rentas paralelas también pueden resultar de la explotación de bienes públicos dominiales. No se trata de preocupación cerebrina. Tendremos la oportunidad de demostrar que tal distinción es fundamental a efectos de la aplicación del Artículo 7º de la Ley Nº 11.079/2004.

16. Falta ahora investigar la remuneración en las concesiones administrativas, que pasa por una brevísima evaluación previa de la consistencia jurídica de este tipo de contrato consagrado en la Ley Nº 11.079/2004, un punto objeto de profunda divergencia doctrinaria.

¹⁶ Freitas, Juarez, “PPPs: natureza jurídica”, en Cardozo, José E. Martins; Queiroz, João E. Lopes; Santos, Márcia W. Batista dos (coord.), *Curso de Direito Administrativo Econômico*, vol. I, São Paulo, Malheiros, 2006, p. 686. Ávila, Humberto, “Natureza jurídica da contraprestação pecuniária recebida em contrato de parceria público-privada. Subvenção para investimento. Não incidência dos impostos sobre a renda e prestação de serviços e das contribuições sobre receita e sobre o lucro”, en *Revista Dialética de Direito Tributário*, 192:169-175; Ferreira, Luiz T. Teixeira, *Parcerias público-privadas: aspectos constitucionais*, Belo Horizonte, Fórum, 2006, p. 54.

¹⁷ Schwind, Rafael Walbach, *Remuneração do concessionário: concessões comuns e parcerias público-privadas*, Belo Horizonte, Fórum, 2010, p. 245.

¹⁸ Estipula el Art. 6º: “La contraprestación de la Administración pública en los contratos de asociación público-privada podrá ser hecha por: I – orden bancaria; II – cesión de créditos no tributarios; III – otorgación de derechos a la luz de la Administración pública; IV – otorgación de derechos sobre bienes públicos dominiales; V – otros medios admitidos en ley”.

Prescribe el Artículo 2º, § 2º de la mencionada ley que la concesión administrativa “es el contrato de prestación de servicios del cual la Administración pública sea la usuaria directa o indirecta, aunque involucre ejecución de obra o suministro e instalación de bienes”.

Sin entrar en pormenores sobre la querella doctrinaria, más bien nos parece que la concesión administrativa es, fundamentalmente, un contrato de prestación de servicios al que se prestó un régimen jurídico propio. En la precisa lección del profesor Celso Antônio Bandeira de Mello: “se percibe que lo que la ley objetiva, en verdad, por medios transversos, no confesados, es realizar un simple contrato de prestación de servicios –no una concesión–, según un régimen diferenciado y mucho más ventajoso para el contratado, que el régimen general de los contratos”¹⁹.

17. Significa decir que la contraprestación pública, en este caso, consistirá en verdadera retribución a ser pagada después de la prestación del servicio por el contratista, no ostentando, a diferencia de la concesión patrocinada, la naturaleza jurídica de subvención.

18. Además de la contraprestación pública, no vislumbramos óbice a que el contratista obtenga rentas paralelas, con fundamento en el Artículo 6º, inciso V de la Ley N° 11.079/2004 (“otros medios admitidos en ley”), para disminuir el valor de la contraprestación pública²⁰.

Está completo el cuadro de las modalidades de remuneración del contratista en las concesiones común, patrocinada y administrativa. Lancémonos ahora a la apreciación de las posibilidades de remuneración antes de la entrega de la obra pública.

III.3. Posibilidades de remuneración antes de la entrega de la obra pública.

19. Empezando por la concesión común, aseveramos a propósito de esta especie de concesión que, además de la cobranza de tarifa, está facultada la Administración pública a la previsión de rentas paralelas y subsidios.

20. En lo concerniente a los subsidios, no hay, en los cuadrantes de la Ley N° 8.987/1997, ningún impedimento para que el poder concedente los otorgue antes de la entrega de la obra pública. Al contrario, es conveniente que lo haga, pues así estaría mitigando los elevados costos de financiación de la obra en beneficio de la modicidad de las tarifas a ser pagadas por los usuarios.

¹⁹ Bandeira de Mello, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 2011, 28ª ed., p. 785.

²⁰ Zanella Di Pietro, Maria Sylvia, *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, São Paulo, Atlas, 2011, p. 144.

Obsérvese que la decisión sobre el momento de la otorgación del subsidio en la concesión común se insiere en los límites de la competencia discrecional de la Administración pública²¹. Se trata de la “política tarifaria”, a la cual alude el título del Capítulo IV de la Ley N° 8.987/1995, cuyos contornos serán definidos por el poder concedente en función de específicos y concretos intereses públicos. No se plantea, entonces, un problema de legalidad, pues es la propia ley la que confiere al Estado un margen de apreciación, ante las circunstancias fácticas, para determinar el momento en que será concedido el subsidio.

No puede olvidarse que la otorgación de subvenciones depende de autorización legal específica, en los términos del Artículo 18 de la Ley N° 4.320/1964 y del Artículo 26, § 2° de la Ley de Responsabilidad Fiscal.

21. También, las rentas paralelas previstas en el Artículo 11 de la Ley N° 8.987/1995 –alternativas, complementarias, accesorias o de proyectos asociados, con o sin exclusividad– pueden ser percibidas por el concesionario antes de la conclusión de la obra pública.

Tal como los subsidios, la estipulación de las rentas paralelas antes de la entrega de la obra pública no solo está dentro de la esfera discrecional de la Administración pública, sino que también se muestra altamente recomendable, de suerte a favorecer la modicidad tarifaria.

22. En cambio, en el régimen de las asociaciones público-privadas, la cuestión de la remuneración del concesionario antes de que el servicio esté disponible depende, necesariamente, de la determinación del sentido y alcance del Artículo 7° de la Ley N° 11.079/2004.

He aquí la dicción legal:

“Art. 7°. La contraprestación de la Administración pública será obligatoriamente precedida por la disponibilización del servicio objeto del contrato de Asociación público-privada.

Parágrafo único. Se faculta a la Administración pública, en los términos del contrato, a efectuar el pago de la contraprestación relativa a parcela aprovechable de servicio objeto del contrato de Asociación público-privada”.

En este dispositivo está plasmada la lógica de las asociaciones público-privadas, que consiste en la atribución a los contratistas de exclusiva responsabilidad por las inversiones necesarias para la ejecución de la obra pública²².

La “contraprestación” del Poder Público es apenas una especie del género “remuneración”, compuesto también por las tarifas y por las rentas paralelas. Por eso el mencionado Artículo 7° alcanza únicamente a las modalidades de contraprestación previstas

²¹ Valim, Rafael, *O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 2010, pp. 68-71.

²² Encontramos variaciones de este sistema en el derecho comparado. Así, por ejemplo, en el Derecho Español se prevé la posibilidad de aportes públicos durante la fase de ejecución de la obra (Ley N° 30/2007, del 30 de octubre, de Contratos del Sector Público). Ver Ortiz, Gaspar Ariño, “El contrato de colaboración público-privada”, en *Lecciones de Administración (y Políticas Públicas)*, Madrid, Iustel, 2011; Bernal Blay, Miguel Ángel, *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas “para concesionales”*, Madrid, Civitas, 2010.

en el Artículo 6º de la misma ley, incluida la “contraprestación pecuniaria de la Administración pública, a título de subvención-concesión patrocinada –o retribución por la prestación de un servicio– concesión administrativa”.

En cuanto a la facultad de pago de contraprestación sobre la parcela aprovechable del objeto concebido, estatuida en el párrafo único del mismo preceptivo, vale registrar, no obstante resulte una obviedad, que el volumen de la contraprestación debe ser compatible con la parcela disponibilizada, so pena de fraudarse la finalidad de la norma en comento.

23. Superada la interpretación del Artículo 7º de la Ley N° 11.079/2004, intuitivamente se presentan las posibilidades de remuneración en el régimen de las asociaciones público-privadas.

Tanto en las concesiones patrocinadas como en las concesiones administrativas, el contratista podrá ser remunerado antes de la prestación del servicio público, a través de las rentas paralelas, así definidas en el contrato de concesión²³. Es oportuno recordar, a propósito, la preocupación con el encuadramiento jurídico de las rentas en cuanto a la estructuración de la asociación público-privada. Pero la razón es evidente: la legitimidad de la percepción de la renta antes del ofrecimiento del servicio público se sujeta a la calificación llevada a cabo por el contrato de asociación público-privada. Si contraprestación, solo podrá ser ganada después de la prestación del servicio; si rentas paralelas, podrán ser ganadas antes de la prestación del servicio público, durante la ejecución de la obra pública.

24. Con esto finalizamos nuestro esfuerzo de demostración de las alternativas de remuneración del concesionario antes de la prestación del servicio público. Cumple ahora que disertemos un poco más sobre la financiación de la concesión para, en seguida, resumir algunas conclusiones generales.

IV. Modalidades de financiación de la concesión.

25. La financiación de la concesión, como ya señalamos, se traduce en la provisión, por el concesionario, del capital necesario a la ejecución de sus obligaciones contractuales, sin confundirse con la remuneración emergente de la concesión.

26. Nos importa, en este momento, tan solo evidenciar que el Estado, en la calidad de ejerciente de actividad económica, puede participar de la financiación de la concesión, sobre todo de las obras públicas en ella involucradas, sin que ello represente violación al Artículo 7º de la Ley N° 11.079/2004.

Por otro lado, en la esfera federal, la Ley N° 11.079/2004 explícitamente consagra lo que estamos afirmando. Merece reproducción literal su Artículo 27:

²³ Zanella Di Pietro, Maria Sylvia, *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, São Paulo, Atlas, 2011, p. 144.

“Art. 27. Las operaciones de crédito efectuadas por empresas públicas o sociedades de economía mixta controladas por la Unión no podrán exceder 70% (setenta por ciento) del total de las fuentes de recursos financieros de la sociedad de propósito específico, siendo que para las áreas de las regiones Norte, Nordeste y Centro-Oeste, donde el Índice de Desarrollo Humano - IDH sea inferior al promedio nacional, esa participación no podrá exceder 80% (ochenta por ciento)”.

Como se desprende de la lectura de la regla, las empresas estatales podrán competir con hasta 70% (setenta por ciento) de los recursos financieros de la Sociedad de Propósito Específico, con la posibilidad de llegar hasta 80% (ochenta por ciento) en las regiones Norte, Nordeste y Centro-Oeste, donde el Índice de Desarrollo Humano - IDH sea inferior al promedio nacional.

27. La financiación de la concesión puede operarse mediante la celebración de contratos de préstamo o, en los términos del Artículo 9° de la Ley N° 11.079/2004, a través de la emisión de debentures por la sociedad de propósito específico²⁴. En estas hipótesis, la actuación del Estado, en la condición de agente del orden económico, exige de ley autorizativa, sin aplicación del Artículo 26 de la Ley de Responsabilidad Fiscal²⁵.

28. Por otra parte, la financiación puede darse mediante la adquisición de cupos de la sociedad de propósito específico (SPE). Aquí, sin embargo, una cuestión polémica se instala, respecto al empleo de la expresión “en cada caso” en el Artículo 37, inciso XX de la Constitución Federal. Establece el texto constitucional:

“Art. 37. La Administración pública directa e indirecta de cualquiera de los Poderes de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios obedecerá a los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia y, también, a lo que sigue: [...]

XX – depende de autorización legislativa, en cada caso, la creación de subsidiarias de las entidades mencionadas en el inciso anterior, así como la participación de cualquiera de ellas en empresa privada”.

²⁴ Sobre los debentures, enseña el profesor Rubens Requião: “Las debentures, también llamadas obligaciones al portador, son títulos de crédito causales, que representan fracciones del valor de contrato de préstamo, con privilegio general sobre los bienes sociales o garantía real sobre determinados bienes, obtenidos por las sociedades anónimas en el mercado de capitales. A fin de evitar los inconvenientes de pequeños y constantes financiamientos a corto plazo y a altos intereses, en el mercado financiero, las sociedades por acciones tienen la facultad exclusiva de obtener préstamos, tomados al público a largo plazo y a intereses más compensadores, incluso con corrección monetaria, mediante rescate a plazo fijo o en sorteos periódicos”. (*Curso de Direito Comercial*, v. 2, São Paulo, Saraiva, 2003, 23ª ed., p. 107).

²⁵ Discurre a este respecto la eminente profesora Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “Se justifica la excepción teniéndose en cuenta que las instituciones financieras, tal como definidas en el Art. 17 de la Ley N° 4.595, del 31 de diciembre de 1964, tiene como actividad principal o accesoria exactamente ‘la colecta, intermediación o aplicación de recursos financieros propios o de terceros, en moneda nacional o extranjera, y la custodia de valor de propiedad de terceros. No tendría sentido prohibirles que ejerzan actividad que se insiere en su objetivo institucional’”. (*Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*, São Paulo, Saraiva, 2007, 2ª ed., pp. 186-7).

¿Sería necesaria autorización legal para cada participación o bastaría una descripción hipotética de los casos por la ley? Entendemos, secundados por la lección del profesor Celso Antônio Bandeira de Mello²⁶, que el texto constitucional es claro al exigir autorización legal para cada caso, específico y concreto, de creación de subsidiarias o de participación en empresas privadas.

V. Conclusiones.

29. Al cabo de nuestra exposición, oportuna se muestra la compilación de las conclusiones que reputamos más relevantes:

a) La financiación y la remuneración de concesiones comunes y asociaciones público-privadas constituyen categorías radicalmente distintas, aunque íntimamente ligadas.

b) En los cuadrantes de la Ley N° 8.987/1997, es legítima la otorgación de subsidios así como la estipulación de rentas paralelas antes de la prestación del servicio público objeto de la concesión.

c) En el ámbito de la Ley N° 11.049/2004, antes de la disponibilización del servicio público, apenas podrán ser previstas rentas paralelas a favor del contratista.

d) La Administración pública, en el ejercicio de la actividad económica de financiación, podrá transferir recursos al concesionario durante la fase de construcción de la obra pública, ya sea mediante la celebración de contratos de préstamo, o mediante la adquisición de cupos de la Sociedad de Propósito Específico, o mediante la adquisición de debentures emitidos por la Sociedad de Propósito Específico, con observancia de las exigencias constitucionales y legales.

VI. Referencias bibliográficas.

Antunes Rocha, Cármen Lúcia, *Estudo sobre a concessão e permissão de serviço público no Direito brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1996.

Ávila, Humberto, “Natureza jurídica da contraprestação pecuniária recebida em contrato de parceria público-privada. Subvenção para investimento. Não incidência dos impostos sobre a renda e prestação de serviços e das contribuições sobre receita e sobre o lucro”, *Revista Dialética de Direito Tributário*, 192:169-175.

Batista, Joana P., *Remuneração dos serviços públicos*, São Paulo, Malheiros, 2005.

Bandeira de Mello, Celso A., *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 2011, 28ª ed.

_____, “Obra pública a custo zero”, *Revista Trimestral de Direito Público*, 3/32-41.

²⁶ Bandeira de Mello, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 2011, 28ª ed., pp. 204-5.

Bernal Blay, Miguel Ángel, *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas "paraconcesionales"*, Madrid, Civitas, 2010.

Cassagne, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2009, 3ª ed.

Coelho Motta, Carlos Pinto, *Eficácia nas concessões, permissões e parcerias*, Belo Horizonte, Del Rey, 2007.

Coutinho, Diogo R., "Parcerias público-privadas: relatos de algumas experiências internacionais", en Sundfeld, Carlos Ari (coord.), *Parcerias Público-privadas*, São Paulo, Malheiros, 2007.

Dallari, Adilson Abreu; Branco, Adriano Murgel, *O financiamento de obras e de serviços públicos*, São Paulo, Paz e Terra, 2006.

Enei, José V. Lopes, *Project finance: financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas, leveraged buy-outs e outras figuras fins)*, São Paulo, Saraiva, 2007.

Ferreira, Luiz T. Teixeira, *Parcerias público-privadas: aspectos constitucionais*, Belo Horizonte, Fórum, 2006.

Freitas, Juarez, "PPPs: natureza jurídica", en Cardozo, José E. Martins; Queiroz, João E. Lopes; Santos, Márcia W. Batista dos (coord.), *Curso de Direito Administrativo Econômico*, vol. I, São Paulo, Malheiros, 2006.

Grau, Eros R., *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*, São Paulo, Malheiros, 2008, 13ª ed.

Jèze, Gastón, *Principios generales de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1949.

Justen Filho, Marçal, *Teoria geral das concessões de serviço público*, São Paulo, Dialética, 2003.

Laubadère, André de, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, T. II, Paris, LGDJ, 1956.

Maljar, Daniel E., *Intervención del Estado en la prestación de servicios públicos*, Buenos Aires, Hammurabi, 1998.

Marques Neto, Floriano de Azevedo, "Fundamentos e conceituação das PPP", en Marques Neto, Floriano de Azevedo; Schirato, Vitor Rhein (coord.), *Estudos sobre a lei das parcerias público-privadas*, Belo Horizonte, Fórum, 2011.

Ortiz, Gaspar Ariño, "El contrato de colaboración público-privada", en *Lecciones de Administración (y Políticas Públicas)*, Madrid, Iustel, 2011.

Requião, Rubens, *Curso de Direito Comercial*, v. 2, São Paulo, Saraiva, 2003, 23ª ed.

Richer, Laurent, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 2010, 7ª ed.

Rocha, Sílvio L. Ferreira da, *Terceiro Setor*, São Paulo, Malheiros, 2006, 2ª ed.

Santamaría Pastor, Juan A., *Principios de Derecho Administrativo general*, Madrid, Iustel, 2009, 2ª ed.

Schwind, Rafael Walbach, *Remuneração do concessionário: concessões comuns e parcerias público-privadas*, Belo Horizonte, Fórum, 2010.

Tácito, Caio, “Subsídio tarifário em permissão de transporte coletivo”, en *Temas de Direito Público*, vol 2, Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

Torres, Ricardo Lobo, *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário*, vol. V, Rio de Janeiro, Renovar, 2008, 3ª ed.

Valim, Rafael, *O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo brasileiro*, São Paulo. Malheiros, 2010.

Zanella Di Pietro, Maria S., *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, São Paulo, Atlas, 2011.