

ESTUDIS
DE RECERCA
DIGITALS

14

Daniel Albalate (dir.)

Milagros Álvarez

Germà Bel

Paula Bel

Marc Esteve

Jordi Rosell

La responsabilitat patrimonial de l'Administració: motiu de sobreoferta dels partenariats publicoprivats



Generalitat de Catalunya
Escola d'Administració Pública
de Catalunya

La responsabilitat patrimonial de l'Administració: motiu de sobreoferta dels partenariats publicoprivats

Equip investigador

Daniel Albalate (dir.)

Milagros Álvarez

Germà Bel

Paula Bel

Marc Esteve

Jordi Rosell

Barcelona, octubre de 2017

Estudis de Recerca Digitals, núm. 14



Generalitat de Catalunya
Escola d'Administració Pública
de Catalunya

Aquest document és fruit d'una recerca promoguda a partir de la subvenció a treballs de recerca sobre l'Administració pública de l'Escola d'Administració Pública de Catalunya (resolució GRI/2711/2014, de 21 de novembre), i ha estat sotmès a una avaluació externa que n'ha validat el contingut i n'ha recomanat la publicació.



Aquesta obra està subjecta a llicència Creative Commons Reconeixement-NoComercial-SenseObraDerivada 3.0 Espanya (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/legalcode.ca>). Està permès de reproduir-la, distribuïr-la i fer-ne comunicació pública, sempre que es faci sense afany de lucre i se'n reconeixin explícitament les autores, i l'Escola d'Administració Pública de Catalunya com a editora de la publicació.

Títol del treball:

LA RESPONSABILITAT PATRIMONIAL DE L'ADMINISTRACIÓ:
MOTIU DE SOBREOFERTA DELS PARTENARIATS PUBLICOPRIVATS

Col·lecció: Estudis de Recerca Digitals, núm. 14

Autors: Daniel Albalate (dir.), Milagros Álvarez, Germà Bel, Paula Bel, Marc Esteve, Jordi Rosell

© 2017, Daniel Albalate, Milagros Álvarez, Germà Bel, Paula Bel, Marc Esteve, Jordi Rosell

© 2017, Escola d'Administració Pública de Catalunya

Coordinació editorial: Servei de Recerca, Documentació i Publicacions

Correcció lingüística: Adolf Fuertes

Maquetació: Entitat Autònoma del Diari Oficial i de Publicacions

Primera edició: octubre de 2017

ISBN: 978-84-393-9603-1 (pdf)

978-84-393-9604-8 (epub)

DOI: 10.2436/10.8030.03.10

Aquest document digital és accessible al [web de publicacions de l'EAPC](#), dins la col·lecció [Estudis de Recerca Digitals](#).

Índex

Índex de taules	7
Índex de figures	7
Abreviatures	7
Capítol 1. Introducció	9
 Primer bloc: Teoria i història de l'RPA	
Capítol 2. Els partenariats publicoprivats i la transferència de risc	15
Classificació i definició de les diferents tipologies de risc	17
Conclusions del capítol	19
Capítol 3. La responsabilitat patrimonial de l'Administració a Espanya ...	20
Naixement de l'RPA legal	20
Desenvolupament de l'RPA legal	22
Canvis recents de l'RPA legal	24
Catalunya	26
Conclusions del capítol	27
 Segon bloc: Casos d'estudi	
Capítol 4. L'RPA en les concessions d'autopistes de peatge estatals	31
Conclusions del capítol	39
Capítol 5. L'RPA en els magatzems de gas	41
Desenvolupament del sector	42
Causes d'extinció de les concessions	45
Serralabo	45
Yela	47
Gaviotas	48
Castor	48
Marismas	50
Evolució de causes d'extinció de les concessions	50
Concessions extingides	51
Conclusions del capítol	52

Capítol 6. L'RPA en infraestructures ferroviàries	54
6.1. Tramvies urbans	54
La tornada dels tramvies	54
Tramvia Vélez-Màlaga	56
Tramvia-Metro Màlaga	56
Tramvia Madrid 3 (Parla)	57
Tramvia de Saragossa	58
Conclusions del capítol	58
6.2. El túnel del Pertús	59
El projecte	59
El marc normatiu i la regulació de la concessió	61
La transferència de risc en el contracte de concessió	62
Comencen els problemes	65
Conclusions del capítol	67
Capítol 7. Conclusions	69
Referències	77

Índex de taules

Taula 1. Responsabilitat patrimonial de l'Administració màxima establerta en els decrets d'adjudicació	37
Taula 2. Inversió inicial i modificada en magatzems de gas.	43
Taula 3. Evolució temporal dels magatzems subterranis de gas	44
Taules 4 i 5. Projectes de tramvies en funcionament i tramvies finalitzats	54

Índex de figures

Figura 1. Evolució temporal de la inversió d'autopistes de peatge a Espanya.	34
Figura 2. Demanda prevista i real en el primer any de funcionament de les autopistes	38
Figura 3. Relació entre la dependència exterior de gas i la capacitat d'emmagatzematge als països de la Unió Europea	42
Figura 4. Evolució temporal de la capacitat disponible i utilitzada d'emmagatzematge subterrani de gas	44
Figura 5. Inversió per passatgers anuals transportats (€/passatger)	55

Abreviatures

Art.	Article
CE	Comissió Europea
CEE	Comunitat Econòmica Europea
CPP	Col·laboració publicoprivada
GWh	Gigawatt hora
MAT	Molt alta tensió
PPP	Partenariat publicoprivat
RDL	Reial decret legislatiu
RPA	Responsabilitat patrimonial de l'Administració
TAV	Tren d'alta velocitat
UE	Unió Europea
UIC	Unió Internacional de Ferrocarrils

Capítol 1. Introducció

Durant les últimes dècades, les pressions per reduir el deute públic, expandir, millorar i incrementar la qualitat i l'eficiència de les infraestructures públiques han fet que la col·laboració publicoprivada (CPP o PPP) sigui un complement important a la contractació externa tradicional.¹ Aquesta complementarietat s'obté principalment perquè les PPP porten associada una transferència de riscos que promou incentius a la millora de l'eficiència. La col·laboració publicoprivada, especialment en l'àmbit de les infraestructures, implica l'explotació de sinèrgies en el conjunt del cicle vital de les infraestructures per tal d'incentivar la millor presa de decisions. Per això, la distribució de tasques entre les parts públiques i privades ha d'estudiar-se en detall, ja que tenen un impacte decisiu sobre els resultats d'aquesta col·laboració (Hodge, Greve i Boardman, 2010; Albalate, 2014).

Un element clau en les PPP és que el contracte empaqueti diferents tasques, tingui una durada de llarg termini i hi hagi transferència de riscos al sector privat. Amb l'empaquetament de tasques de construcció, juntament amb les d'operació (Martimort i Pouyet, 2008; Engel, Fisher i Galetovic, 2014), es poden aconseguir guanys d'eficiència que amb la contractació externa tradicional no succeïrien, ja que en un únic contracte de llarg termini s'introdueixen incentius per aprofitar la complementarietat entre les diferents tasques que engloben el procés executiu del projecte. D'altra banda, els contractes de PPP ofereixen una millor distribució dels riscos entre l'estat i el sector privat, ja que l'essència principal d'aquest tipus de contractes es basa en una anàlisi extremadament cautelosa dels principals riscos inherents al projecte. Diferents estudis ofereixen una guia sòlida per a l'assignació de riscos en projectes de PPP (Grimsey i Lewis, 2004; Iossa, Spagnolo i Vellez, 2007; Yescombe, 2007; Phillips, 2008).

La teoria dels contractes estableix com a norma general que el risc s'ha d'assignar a la part que té relativament un major control sobre el factor de risc o a la part més capacitada per suportar el risc en escenaris d'elevada aversió al risc. Seguir aquests criteris hauria de garantir una menor prima de risc i per tant menors costos de capital, els quals haurien de quedar reflectits en una millora de l'eficiència de les diferents tasques implicades en un contracte de PPP (Engel, Fisher i Galetovic, 2014). De fet, el sector privat gaudeix d'un millor posicionament i coneixement del negoci per suportar els riscos que afecten el seu equilibri economicofinançer. Assignar aquests riscos al soci privat incentiva a minimitzar impactes negatius sobre la rendibilitat esperada del negoci. En canvi, altres riscos que depenen d'una elevada incertesa i que poden provocar el fracàs del projecte, haurien d'estar compartits amb l'Estat. En aquest sentit, l'Estat pot donar garanties totals o parcials al soci privat davant d'aquests riscos incerts a causa del seu millor posicionament per diversificar-los (Albalate *et al.*, 2015).

1. *PPP* és l'acrònim que habitualment identifica els partenariats publicoprivats. Aquesta serà la forma amb la qual ens referirem a aquests acords al llarg del document.

L'Estat espanyol disposa d'una llarga tradició en l'aplicació d'aquests tipus de contractes mitjançant la figura del contracte de concessió. Les administracions públiques (estatals, autonòmiques i locals) fa molts anys que executen infraestructures públiques mitjançant aquests tipus de contractes. En són exemples clars els projectes de construcció d'autopistes, obres hidràuliques, noves infraestructures ferroviàries, tramvies, metros, aparcaments públics o ports.

Els contractes de concessió es diferencien d'altres tipus de contractes per la contraprestació que obté el contractista (el dret a explotar l'obra i a obtenir-ne una contraprestació econòmica) i pel fet que assumeixen el risc i la ventura en l'explotació de l'obra. Tot i això, en la regulació específica sobre els contractes de concessió existeix la figura de la garantia denominada *responsabilitat patrimonial de l'Administració* (RPA). Aquesta garantia suposa una cobertura en última instància enfront de la resolució anticipada del contracte de concessió. Amb l'RPA, l'Administració es compromet a abonar a l'empresa privada l'import de les inversions realitzades per l'expropiació dels terrenys (descomptat d'amortització), l'import de l'execució de les obres de construcció i l'adquisició d'altres béns necessaris per a l'explotació de l'obra. Aquestes quantitats associades a les obres es pignoren en els contractes financers i serveixen com una garantia o cobertura pública per als prestadors. En termes generals, l'RPA impedeix que el sector públic adquireixi de forma gratuïta els actius necessaris per a l'explotació de la infraestructura i que al mateix temps se n'estalviï els costos d'expropiació. Aquesta garantia estatal que estableix l'RPA i que suposa en última instància una cobertura directa del risc financer derivat de la inversió per part dels contribuents, incentiva els inversors privats a portar a terme inversions d'incerta rendibilitat.

Les societats espanyola i catalana han començat a familiaritzar-se amb aquesta clàusula com a conseqüència de la fallida de diverses societats concessionàries que han entrat en concurs de creditors i que han reclamat l'execució de la responsabilitat patrimonial de l'Administració. És el cas del recent projecte fallit d'emmagatzemament subterrani de gas natural Castor, la unió dels estats espanyol i francès per tren d'alta velocitat (TAV) o diverses concessions d'autopistes de peatge, la majoria a l'entorn de Madrid.

Aquest treball pretén analitzar amb més detall aquesta clàusula de responsabilitat patrimonial de l'Administració en el marc d'anàlisi dels partenariats publicoprivats, i intentarà discernir les conseqüències de la seva existència sobre el comportament de les parts implicades en una col·laboració publicoprivada a partir de diverses experiències en diversos sectors econòmics que puguin il·lustrar-ho. En concret, la hipòtesi principal d'aquest treball és que l'RPA ha exercit un paper determinant en l'actual grau de sobreoferta d'infraestructures. Aquest grau de sobreoferta ha estat documentat, en el cas de tots els modes de transport, per Albalade, Bel i Fageda (2015). Aquesta clàusula d'RPA i la seva major publicitat o concreció, segons la nostra hipòtesi de treball, ha servit com a instrument per atraure la iniciativa privada en sectors en els quals es considerava necessari obtenir finançament extern (no pressupostari) per tal de desenvolupar projectes d'infraestructures.

Els resultats de l'estudi poden tenir implicacions importants en l'àmbit de les polítiques públiques dutes a terme per l'Administració en aquells serveis on hi ha la responsabilitat

patrimonial de l'Administració. Així, en moments de fortes restriccions pressupostàries públiques, es podria estar abusant d'aquesta fórmula com a via d'escapament de finançament del pressupost públic, per carregar en futurs governs (i als ciutadans, en últim terme) unes previsions de demanda molt inferiors a les desitjades. Així, una normativa estaria afectant les diferents administracions a través de les fórmules dels partenariats publicoprivats. Les propostes derivades dels resultats del treball podrien ajudar a limitar l'excés de provisió d'infraestructures, molt per sobre de la demanda existent i esperada en el futur, que ha estat diagnosticat com un dels grans problemes del model de política d'infraestructures a Espanya, i que ha estat també el d'aplicació a Catalunya d'acord amb el marc normatiu sobre contractes i concessions de l'Estat.

La resta del treball s'estructura de la següent forma. En el proper capítol, que enceta el primer bloc del treball sobre teoria i història de l'RPA, es revisa breument la literatura econòmica sobre partenariats publicoprivats, per tal d'emmarcar l'RPA en els models d'anàlisi de l'estudi de l'Administració pública i la seva interacció amb el sector privat en els formats de cooperació publicoprivada. D'aquesta revisió es poden desprendre prediccions sobre quin és el paper o quina és la influència d'aquesta clàusula sobre els incentius, els comportaments i, finalment, els resultats d'aquesta forma de provisió d'infraestructures. Posteriorment, en el capítol 3, es presenta la història d'aquesta responsabilitat patrimonial de l'Administració en l'ordenament jurídic de l'Estat espanyol i la seva evolució temporal. Els capítols 4, 5 i 6 constitueixen el segon bloc del treball, on es presenten diferents casos d'estudi específics sobre sectors econòmics d'infraestructures. En el capítol 4 es tracten les infraestructures viàries de gran capacitat (autopistes), en el capítol 5 es tracten els magatzems de gas i en el 6, les infraestructures ferroviàries. El capítol 7 es dedica a la discussió dels resultats del treball i a extreure'n conclusions que permetin millorar el coneixement sobre els partenariats publicoprivats i el disseny efectiu i eficient d'aquest tipus de col·laboracions per al futur. El darrer capítol, d'altra banda, presenta l'impacte previst d'aquest estudi tant en l'àmbit científic com en el socioeconòmic.

Primer bloc: Teoria i història de l'RPA

Capítol 2. Els partenariats publicoprivats i la transferència de risc

Els partenariats publicoprivats són contractes que impulsen el paper del sector privat en el desenvolupament de serveis públics i impliquen una transferència de risc del sector públic al sector privat. El llibre *Libro verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones* defineix que un partenariat publicoprivat és aquell que reuneix les condicions següents: hi ha una col·laboració de llarga durada, el finançament normalment l'assumeix el sector privat i el soci públic es focalitza a definir els objectius que s'han d'aconseguir segons l'interès públic, també en la qualitat dels serveis proposats i la política de preus, alhora que garanteix el control del compliment d'aquests objectius, en el marc dels quals el soci privat presta el servei. A més, s'estableix un repartiment de riscos entre el sector públic i el privat en funció de les seves capacitats per avaluar, controlar i gestionar el risc. No obstant això, normalment és el sector privat el que assumeix per disseny contractual un major risc econòmic.

Grimsey i Lewis (2005) afirmen que un partenariat publicoprivat pot involucrar una gran varietat de transaccions on el sector privat construeix i/o gestiona un servei tradicionalment proveït pel sector públic i els riscos són compartits entre tots dos sectors. Altres definicions més àmplies, com la de Standard & Poor's (2005), descriuen els partenariats publicoprivats com tota relació a mitjà-llarg termini entre el sector públic i el privat que comporti compartir el risc i els beneficis d'unes habilitats, una experiència i un finançament que es posen en pràctica per tal d'assolir els resultats desitjats de les polítiques públiques.

En els contractes de col·laboració publicoprivada la distribució de riscos és inherent a cada contracte i a cada sector, i requereix un examen tant dels incentius creats per la relació contractual com dels riscos assumits per les diferents parts. Segons la teoria estàndard del principal-agent, els riscos s'han de distribuir d'acord amb la capacitat de control (tant de la incertesa com de l'origen dels riscos) de les diferents parts. A més, la teoria dels contractes estableix com a norma general que el risc s'ha d'assignar a la part que té relativament un major control sobre el factor de risc o bé s'ha d'assignar a la part més capaç de suportar els riscos en casos d'escenaris amb alta aversió al risc. L'adhesió a aquests criteris hauria de garantir una menor prima de risc i, amb això, un menor cost de capital que permeti ser compensat amb les millores d'eficiència esperades de la gestió empaquetada i privada de les diferents tasques involucrades en l'acord de col·laboració (Engel, Fischer i Galetovic, 2014). Aquest enfocament de partenariat publicoprivat implica que, per una banda, el contracte empaqueti diferents tasques (construcció, explotació, manteniment) i, per l'altra, hi hagi transferència de riscos al sector privat.

Amb l'empaquetament de tasques es poden aconseguir guanys d'eficiència, ja que s'introdueixen incentius per aprofitar la complementarietat entre les diferents tasques, la qual cosa no succeeix amb la contractació externa tradicional. Amb la transferència de riscos es traslladen incentius al sector privat per tal que es millori l'eficiència en l'assoliment dels seus

propis beneficis. Atès que les empreses privades tenen més incentius per prevenir qualsevol risc que podrien haver de suportar, i donades les limitacions que tenen per transferir el risc al sector públic, sembla de tot sentit acordar una transferència contractual de tots els riscos que veritablement puguin ser exitosament controlats pel sector privat. Amb l'adopció d'aquesta estratègia, els incentius creats a les empreses privades haurien de fer que aquestes dediquessin tots els seus esforços al control dels riscos amb l'objectiu de minimitzar els impactes negatius sobre la rendibilitat esperada. Si l'empresa disposa dels instruments i els incentius suficients per eliminar o reduir al mínim la incertesa, llavors l'estratègia òptima per millorar el funcionament de la col·laboració publicoprivada comporta la transferència del risc al sector privat. No obstant això, hi ha riscos que no poden ser controlats pel sector privat. En algunes circumstàncies el sector privat no disposa dels instruments suficients per gestionar les variables que fonamenten la incertesa i les expectatives de rendibilitat, la qual cosa pot provocar el fracàs del projecte.

És evident que assumir l'existència de risc d'esdeveniments que són totalment imprevisibles en un contracte de llarga durada no pot transformar l'acord de col·laboració publicoprivat en un negoci aleatori. Per tant, si el que es pretén es atraure la participació privada, en coherència el govern ha d'establir alguns límits al risc. En aquests casos, la literatura sobre contractació òptima estableix que el govern hauria d'assumir algun tipus de compromís per tal de protegir l'empresa privada davant els riscos que els són difícilment controlables, és a dir, concedir algun tipus de garantia per tal de mitigar-los. Com a resultat, la distribució òptima del risc es basa a aconseguir la millor combinació d'incentius i protecció de riscos: proporcionar incentius a les zones controlades pel sector privat i atorgar protecció en les àrees restants.

Tanmateix, cal tenir molt en compte que si aquesta protecció davant els riscos és massa elevada, poden produir-se incentius a comportaments oportunistes. De fet, si el sector públic assumeix en solitari la major part dels riscos aleatoris, això pot suposar que la iniciativa privada prengui decisions que puguin fer més probable la realització dels pitjors escenaris. Aquest problema, conegut com a *moral hazard*, i que també podria derivar en problemes de *selecció adversa*, fa que una sobreprotecció de la iniciativa privada elimini alguns dels beneficis potencials de la col·laboració publicoprivada. Entre d'altres, el sector privat, en assumir riscos, fa una avaluació dels projectes que permet evitar els denominats *elefants blancs*, que són infraestructures amb contribucions socials negatives. En el cas concret d'infraestructures, si els riscos es troben completament assumits per la protecció de l'estat, la iniciativa privada podria tenir incentius per participar en projectes d'aquest tipus de forma indiscriminada. De fet, la responsabilitat patrimonial de l'Administració, tal com es descriurà en el capítol següent, suposa una protecció excessiva davant dels riscos més importants en aquests contractes de concessió, de manera que es promouen comportaments oportunistes que suposen, tal com il·lustraran els casos del segon bloc del treball, la construcció excessiva d'infraestructures que es troben lluny de les necessitats o del seu ús efectiu i que, en conseqüència, són una càrrega excessiva i evitable sobre els contribuents.

Classificació i definició de les diferents tipologies de risc

Així doncs, definit el paper que té la correcta distribució i transferència de riscos en els partenariats públicoprivats, a continuació passarem a especificar quins són els principals riscos que intervenen en un acord d'aquestes característiques, qui suporta el risc i com es pot mitigar aquest risc. És important tenir present que el criteri que hem seguit per classificar els riscos està basat en el moment temporal concret en què aquests es poden donar: fase de construcció i fase d'explotació. No obstant això, també fem referència als riscos no comercials dels quals no hi ha previsió temporal ni certesa segura que es puguin donar, però que sí que són presents en el contracte.

En la fase de construcció podem identificar quatre tipus de riscos: risc a les expropiacions, risc de llicències i permisos, risc en el disseny del projecte i risc geològic. El **risc a les expropiacions** fa referència a l'adquisició de terrenys, i, tot i que l'Administració és l'encarregada de gestionar l'adquisició d'aquests, és el soci privat el que n'assumeix el cost. En alguns casos, pot aparèixer una desviació de costos respecte de les previsions oficials sobre la qual el sector privat no té control. En aquest cas, és el sector públic el que hauria d'assumir-ne el risc. La fórmula més utilitzada per mitigar aquest risc és establir un percentatge a partir del qual qualsevol desviació en els costos previstos els assumeixi l'Administració.

El **risc de llicències i permisos** és un risc que fa referència al retard en l'obtenció de tot el conjunt de llicències i permisos que són necessaris per tal d'executar l'obra. La llicència d'obres i el permís de declaració d'impacte ambiental positiu són els documents de major rellevància i, tot i que és l'Administració la que assumeix el compromís de facilitar-ne la tramitació, és el sector privat el que en última instància n'assumeix el risc. Aquest es pot mitigar bé transferint-lo a la constructora encarregada d'executar l'obra, o bé establir-ne un percentatge a partir del qual qualsevol desviació en els costos previstos provocats pel retard en l'obtenció de llicències i permisos l'assumeixi l'Administració.

El **risc en el disseny del projecte** consisteix en la possibilitat que, tot i que l'Administració hagi dissenyat un projecte d'execució d'obres, en el moment de portar-ho a terme sigui necessari incorporar modificacions. En aquest cas, el risc es pot mitigar bé transferint-ne a la constructora encarregada d'executar l'obra, o bé mitjançant la subscripció de pòlisses d'assegurança per error de disseny.

El **risc geològic** és un risc que pot ocasionar molts sobre costos, especialment en el cas de la construcció de túnels o de magatzems subterranis. A més a més, els estudis geològics són excessivament costosos, i les desviacions que es poden produir comporten un risc molt elevat. Aquest risc es pot mitigar, o bé transferint el risc a la constructora encarregada d'executar l'obra, o bé mitjançant una bona elaboració d'estudis previs a l'execució de l'obra. Així doncs, tot i que en termes generals s'argumenta que el risc en la fase de construcció s'ha de transferir al sector privat –i és cert que durant aquesta fase és l'empresa privada la que té més capacitat per limitar qualsevol desviació de costos–, continua sent indispensable la col·laboració amb el sector públic. Per aquest motiu, normalment en els contractes s'introdueix una clàusula en la qual l'Administració garanteix que en cas de que es produeixi

algun esdeveniment inesperat fora del control de la concessionària, aquesta la compensarà mitjançant un allargament en el termini de concessió.

En la fase d'explotació podem identificar quatre tipus de riscos: risc de demanda, risc de disponibilitat, risc financer i risc de progrés tecnològic. Un dels riscos més rellevants per a un projecte d'infraestructures és el risc de demanda. El **risc de demanda**, principalment, consisteix en la incertesa sobre l'ús esperat que tindrà la infraestructura, la qual cosa pot arribar a produir una certa volatilitat amb els ingressos esperats de la concessionària i ocasionar importants problemes per tornar els deutes als creditors o repartir beneficis entre els socis. Per descomptat, la qualitat del servei pot induir a la demanda, i aquí alguns incentius han de ser transferits a l'empresa privada per promoure la millora de la qualitat. No obstant això, tot i que l'empresa privada, partint de la seva experiència, pot assumir el risc de quina serà l'evolució natural de la demanda, les variables macroeconòmiques, l'ús i el desenvolupament urbanístic del sòl i les alternatives que competeixen amb el projecte són factors exògens que poden influir en la seva variació. Per tal de mitigar aquest risc, es poden portar a terme diferents accions, com ara establir unes garanties d'ingressos mínims, incrementar el termini de concessió per restablir l'equilibri economicofinancer o posar restriccions a la competència o bé tarifes flexibles adaptatives de forma automàtica a la realitat de la demanda.

El **risc de disponibilitat** fa referència a l'augment en els costos d'explotació i manteniment de la infraestructura degut a un inadequat funcionament del servei. Per tant, és sobre l'agent privat que recau el principal risc. No obstant això, en cas d'alteracions del servei que no siguin imputables a la mateixa concessionària, l'Administració pot mitigar el risc autoritzant un increment en el termini de concessió per tal de restablir l'equilibri economicofinancer.

El **risc financer** consisteix en el risc que el flux net de caixa no sigui suficient per tal de pagar els préstecs i el capital invertit en el projecte. Mentre que els governs tendeixen a emetre garanties de deute i capital per tal de reduir la prima de risc, és comú transferir els principals riscos financers al sector privat. Un aspecte particularment complex són les fluctuacions en els tipus de canvi en projectes finançats en mercats internacionals. Les fluctuacions en els tipus de canvi tenen un impacte directe en la rendibilitat de les inversions i, per tant, en els resultats del projecte. Si la prima de risc no és molt elevada, l'Administració pot mitigar part del risc mitjançant l'assegurança de canvi o l'aval de l'Estat, però això pot ser perjudicial per a les finances públiques.

El **risc de progrés tecnològic** és una contingència relativament moderna i té l'origen en el continu increment d'aplicacions i eines que s'han anat adoptant a mesura que ha anat avançant la tecnologia. Els requeriments més comuns que s'exigeixen al concessionari són la revisió i l'adaptació a la normativa sobre les instal·lacions i els sistemes de seguretat, la qual cosa incrementa els costos d'explotació i manteniment de la infraestructura. El risc que implica adaptar-se a la normativa tècnica, per norma general, recau sobre l'empresa privada. No obstant això, l'Administració pot mitigar part del risc autoritzant un increment en el termini de concessió per tal de restablir l'equilibri economicofinancer. Finalment, els **riscos no comercials** fan referència a tots aquells riscos imprevisibles que s'escapen del

control de la gestió eficient de la infraestructura, raó per la qual és l'Administració la que assumeix la contingència. Així, entre els més rellevants, en podem destacar fonamentalment tres: *factum principis*, *ius variandi* i força major. El **risc de *factum principis*** es presenta quan s'altera de forma substancial l'equilibri econòmic del contracte a causa d'un acte que confereix l'Administració, i que ocasiona un dany directe a la concessionària.

El risc de *ius variandi* consisteix en la potestat, de què disposa l'Administració, per tal de modificar de forma unilateral el contracte i l'obligació que genera per part de la concessionària d'acceptar-la. En aquest cas, el contracte pot incorporar diferents clàusules que limiten la quantitat de modificacions, i en cas de superació d'aquestes modificacions, la concessionària pot renunciar a la continuació de l'execució del contracte.

Els riscos de força major són riscos totalment imprevisibles, com ara catàstrofes naturals o guerres, i, tot i que és l'Administració la que els assumeix, també és freqüent la contractació d'assegurances privades per part de la concessionària.

Conclusions del capítol

Al llarg d'aquest capítol hem pogut observar com la correcta distribució i transferència de riscos en els partenariats publicoprivats és de suma importància per tal que l'acord de col·laboració publicoprivat sigui el més eficient possible. També hem vist quins són els principals riscos que intervenen en un acord de col·laboració publicoprivat, qui suporta el risc i com es pot mitigar aquest risc. En termes generals, tant en la fase de construcció com en la fase d'explotació, la major part dels riscos els suporta el sector privat. Tanmateix, l'Administració disposa d'una sèrie d'instruments per tal de mitigar part d'aquests riscos, especialment en els casos en què les dificultats per tirar endavant el projecte no sobrevenen d'una mala actuació per part de la concessionària. A més a més, també hem deixat constància que en tot acord de col·laboració publicoprivat hi ha uns riscos que són totalment imprevisibles i que s'escapen del control de la gestió eficient de la infraestructura, raó per la qual és l'Administració la que assumeix la contingència. No obstant això, el que sempre ha d'estar present en un acord de col·laboració publicoprivat és que els riscos han de ser assignats i repartits entre les parts sobre la base d'un axioma essencial: el risc l'ha de suportar la part que està més capacitada per gestionar-lo. Només d'aquesta forma ens assegurem la gestió eficient del partenariat publicoprivat. En qualsevol cas, queda clar que no es pot distribuir el risc entre les parts sense una consideració sobre quin impacte té aquesta distribució sobre els incentius i, per tant, sobre els comportaments i els resultats probables de les concessions.

Capítol 3. La responsabilitat patrimonial de l'Administració a Espanya

La responsabilitat patrimonial de l'Administració (RPA) és el concepte que s'ha fet servir per explicar la compensació que ha de retornar l'Administració al concessionari en cas d'una resolució anticipada del contracte. Aquesta RPA difereix de la definició clàssica de «responsabilitat patrimonial de l'Administració», en fer referència a l'exigència que el ciutadà ha de ser compensat pels danys patrimonials que pateix pels danys ocasionats per l'acció o omissió de les administracions públiques.

En aquest capítol s'analitza l'evolució legislativa sobre l'RPA com a garantia dels concessionaris a ser compensats per part de l'Estat quan la infraestructura reverteix a l'Estat. Els apartats d'aquest capítol recullen el moment on neix l'RPA, tot comparant-ho amb la legislació anterior, com aquesta RPA s'ha anat perfeccionant amb el temps i com ha arribat a l'ordenament jurídic present.

Naixement de l'RPA legal

L'RPA pot prendre dues grans formes, depenent de si té empara en la llei o de si la té en els contractes. En cas que estigui en la llei, rebrà el nom d'*RPA legal*, mentre que si les garanties es donen en els contractes, rebrà el nom d'*RPA contractual*. En aquest apartat ens centrarem en l'RPA legal com a garantia.

La primera pregunta que cal contestar és quan neix la responsabilitat patrimonial de l'Administració a l'Estat espanyol. Una de les primeres lleis de concessions a l'Estat espanyol és la Llei de ferrocarrils del 6 de juny de 1855, just després de l'entrada en funcionament de les primeres línies de ferrocarril. Aquesta llei permetia començar a desenvolupar el sector del ferrocarril amb les primeres infraestructures i deixar que companyies privades es fessin càrrec de la seva explotació. Els articles referents a la resolució dels contractes esmenten que, en cas que l'empresa concessionària incomplís les seves obligacions de servei, la concessió es donava per caducada. Això provocava una subhasta de la concessió, en què el valor de sortida d'aquesta eren les inversions efectuades pel concessionari, tot deduïnt-ne les subvencions. En cas que en aquesta subhasta no s'aconeguís adjudicar la concessió, es feien una segona i una tercera subhasta, amb una reducció a la meitat i dues tercers parts del valor, respectivament. En cas que no sorgís cap adjudicatari en les tres rondes, la interpretació que es donava era que la infraestructura revertia de forma gratuïta a l'Estat. No és fins més tard, a la llei de 23 de novembre de 1877 d'obres públiques, on aquesta gratuïtat serà explícita en el redactat. La Llei general d'obres públiques de 1877 tampoc incorpora l'RPA, ja que amb prou feines està pensada perquè les empreses gestionin determinades concessions. El 4 de juliol de 1911 apareix la Llei de la hisenda pública, que en el seu capítol V fa referència a la contractació de serveis i obres públiques. En aquesta llei

tampoc es troba cap referència a l'RPA; la responsabilitat patrimonial de l'Administració no era present fins a aquella data.

El Decret 923/1965, de 8 d'abril, d'articulat de la Llei de contractes de l'Estat, és el punt d'inflexió i naixement de l'RPA, no només en un sector d'infraestructures, sinó en tots aquells que queden a l'empara de la Llei de contractació pública. A l'article 75 s'enumeren les causes d'extinció del contracte de gestió de serveis públics:

Art. 75.

1. *Resolución por incumplimiento del empresario o de la Administración.*
2. *Reversión del servicio a la Administración por incumplimiento del plazo establecido en el contrato.*
3. *Rescate del Servicio por la Administración.*
4. *Supresión del Servicio por razones de interés público.*
5. *Quiebra o muerte del empresario individual. No obstante, en el caso de muerte de dicho empresario, podrá continuar el contrato si así lo dispusiera la legislación específica del Servicio.*
6. *Fallida o extinción de la persona jurídica gestora.*
7. *Mutuo acuerdo de la Administración y el empresario.*
8. *Aquellas que se establezcan expresamente en el contrato.*

Aquestes s'acabaran mantenint al llarg del temps. És especialment interessant la fallida de la persona jurídica. Però és en el següent article del Decret 923/1965, de 8 d'abril, on es dona cabuda a l'RPA, amb el redactat següent:

Art. 76.

En los supuestos de resolución, la Administración abonará al empresario el precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por éste, hayan de pasar a propiedad de aquella, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión. La Administración decretará la pérdida de la fianza siempre que el contrato se declare resuelto por culpa del empresario.

Les concessions mantenen el nom de «contractes de gestió de serveis públics» en aquesta llei com una subcategoria de «gestió de serveis públics».

Apareix un perfeccionament de l'articulat del Decret 923/1965 amb la Llei 5/1973, de 17 de març, sobre modificació parcial de la Llei de contractes de l'Estat. Aquesta modifica dos apartats de l'article 75:

(Apartados 5 y 6): «5. Declaración de quiebra o de suspensión de pagos o muerte del empresario individual. No obstante, en el caso de muerte de dicho empresario, podrá continuar el contrato si así lo dispusiera la legislación específica del servicio».
«8. Declaración de quiebra o de suspensión de pagos o extinción de la persona jurídica gestora.»

Aquestes modificacions impliquen, més que una modificació de l'interès del legislador, un perfeccionament on la situació de fallida del concessionari implica una responsabilitat patrimonial de l'Administració.

Finalment, el Decret 3410/1975, de 25 de novembre, pel qual s'aprova el Reglament general de contractació de l'Estat, simplement manté l'aprovat al 1965 i modificat al 1973.

Desenvolupament de l'RPA legal

Amb el pas dels anys l'RPA s'ha anat consolidant en l'ordenament jurídic de l'Estat espanyol. Cal fer notar que la capacitat de legislar sobre el règim de contractació de l'Administració és una competència exclusiva de l'Administració de l'Estat recollida a l'article 149 de la Constitució espanyola de 1978.

La Llei 13/1995, de 18 de maig, de contractes de les administracions públiques, és la que consolida definitivament l'RPA en democràcia.

Les concessions mantenen el nom de «contractes de gestió de serveis públics» en aquesta llei com una subcategoria de «gestió de serveis públics». En les causes de resolució d'aquests contractes, la Llei 13/1995 combina les causes de resolució dels contractes (art. 112) i les causes de resolució dels contractes de concessions (art. 168), i l'RPA la trobem en l'article 170.

Artículo 112. Causas de resolución.

Son causas de resolución del contrato: [...]

- b) La declaración de quiebra, de suspensión de pagos, de concurso de acreedores o de insolvente fallido en cualquier procedimiento o el acuerdo de quita y espera. [...]*

Artículo 168. Causas de resolución.

Son causas de resolución del contrato de gestión de servicios públicos, además de las señaladas en el artículo 112, con la excepción de sus letras e) y f), las siguientes: [...]

- b) El rescate del servicio por la Administración.*
- c) La supresión del servicio por razones de interés público.*
- d) La imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato.*

Artículo 170. Efectos de la resolución.

- 1. En los supuestos de resolución, la Administración abonará, en todo caso, al contratista el precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por éste, hayan de pasar a propiedad de aquélla, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión.*

La Llei 13/1995 és la consolidació de l'RPA dins de l'ordenament jurídic de l'Estat en un text de la democràcia. Les diferències entre el Decret 923/1965 i la present llei són inexistents pel que fa a l'obligació d'indemnitzar el concessionari. Pel que fa a les causes de resolució, no només es mantenen, sinó que s'amplien.

El Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques, no implica cap canvi en l'articulat anterior de la Llei de contractes de les administracions públiques de 1995. La Llei 13/2003, de 23 de maig, reguladora del contracte de concessió d'obra pública, no deixa de ser una transposició de l'RDL 2/2000 al que s'anomenarà a partir d'ara «contracte de concessió d'obra pública als contractes de servei públic». Pel que fa a les causes i efectes de la resolució, aquestes es mantindran.

La Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic, modifica l'RDL 2/2000, de 16 de juny. Les causes de la resolució es mantenen respecte de la Llei 13/1995, i s'articulen de la forma següent:

Artículo 245. Causas de resolución.

Son causas de resolución del contrato de concesión de obras públicas las siguientes:

- a) La muerte o incapacidad sobrevenida del concesionario individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad concesionaria.*
- b) La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.*
- [...]*
- c) La imposibilidad de la explotación de la obra pública como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración concedente con posterioridad al contrato.*

Artículo 247. Efectos de la resolución.

- 1. En los supuestos de resolución, la Administración abonará al concesionario el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la obra objeto de la concesión. Al efecto, se tendrá en cuenta su grado de amortización en función del tiempo que restara para el término de la concesión y lo establecido en el plan económico-financiero. La cantidad resultante se fijará dentro del plazo de seis meses, salvo que se estableciera otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares.*

El Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes del sector públic, manté en el seu article 269 les causes de la resolució de contractes de la Llei 30/2007, de contractes del sector públic.

Canvis recents de l'RPA legal

A l'any 2014 la Unió Europea decideix homogeneïtzar els criteris de les concessions en els països membres. La Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrer, relativa a l'adjudicació de contractes de concessió, pretén igualar i facilitar l'accés d'empreses a concessions garantint la lliure concurrència i la reducció de barreres d'entrada.

Tot i que no es fan esments directes a l'extinció dels contractes, en l'article 5 sí que apareixen referències als riscos i la distribució d'aquests. En aquest article s'explica que el contracte de concessió de serveis és el contracte on un o més poders o entitats adjudicatàries confien la prestació i la gestió de serveis, on la contrapartida és o el dret a explotar els serveis objecte del contracte únicament, o bé aquest mateix dret conjuntament amb un pagament. L'adjudicació de les concessions d'obres o serveis implicarà la transferència al concessionari d'un risc operacional en l'explotació d'aquestes obres o serveis agafant el risc de demanda i/o el de subministrament. Es considerarà que el concessionari assumeix el risc operacional quan no està garantit que, en condicions normals de funcionament, hagi de recuperar les inversions realitzades ni cobrir els costos que contragui per explotar les obres o serveis que siguin objecte de la concessió. La part de riscos transferits al concessionari suposarà una exposició real a les incerteses del mercat que impliquin que qualsevol pèrdua potencial estimada que tingui el concessionari no sigui merament nominal o desdenyable.

Tot això es veu reflectit en els *considerandum* del preàmbul de la directiva, on es diu que la característica principal d'una concessió és el dret a explotar obres o serveis, i que això implica sempre la transferència al concessionari del risc operacional de caràcter econòmic, que suposa la possibilitat que no es recuperin les inversions ni els costos per explotar les obres o serveis adjudicats en condicions normals de funcionament. I s'hi descriu com la reglamentació d'adjudicació de concessions no estaria justificada si l'adjudicador alleuja l'operador de qualsevol possible pèrdua garantint uns ingressos mínims que siguin iguals o superiors a les inversions i als costos econòmics que ha d'assumir.

La directiva va més enllà i descriu el risc operacional com aquell risc d'exposició a les incerteses del mercat, que poden consistir en riscos de demanda o en riscos de subministrament, o bé en ambdós. El risc de demanda és el que es deu a la demanda d'obres i serveis objecte del contracte, i el risc d'oferta és el relatiu a les obres o serveis on hi ha el risc que la prestació dels serveis no s'ajusti a la demanda.

La Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrer, relativa a l'adjudicació de contractes de concessió, ha de ser transposada a l'ordenament intern. La Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic, afegix modificacions en l'extinció dels contractes de concessions, tot modificant l'RPA sense caràcter retroactiu. Tot i això, la direcció de la directiva de concessions i la de la Llei 40/2015 no sembla que sigui la mateixa.

La Llei 40/2015 modifica parcialment el règim d'RPA pel que fa a la resolució dels contractes de concessió, ja que es limita dràsticament l'import màxim d'aquesta RPA, de manera que el concessionari no té garantida la recuperació de la inversió en els termes de l'anterior re-

gulació. El règim de l'RPA difereix, com no ho ha fet fins ara, segons si la causa de resolució és imputable o no a l'Administració.

La nova llei modula el lucre cessant i el dany emergent per a la determinació de la indemnització quan la causa és imputable a l'Administració. Es manté l'obligació de l'Administració d'abonar al concessionari la inversió realitzada per l'expropiació de terrenys, per l'execució d'obres de construcció i instal·lacions que han de revertir a l'Administració, tenint en compte l'amortització lineal dels béns. Si el concessionari opta per resoldre el contracte, l'Administració l'haurà d'indemnitzar pel lucre cessant i el dany emergent. En cas que el concessionari opti per la resolució del contracte de concessió, l'Administració, addicionalment, indemnitzarà el concessionari pel lucre cessant i el dany emergent. El lucre cessant es quantificarà sobre la base de la mitjana aritmètica dels beneficis abans d'impostos obtinguts durant el període de temps equivalent als anys que resten fins a la finalització de la concessió. En canvi, el dany emergent es defineix com la pèrdua del valor de les obres i instal·lacions que no hagin de ser lliurades a l'Administració, considerant el seu grau d'amortització.

Quan la resolució és deguda a causes no imputables a l'Administració, entre les quals la declaració d'insolvència o la declaració de concurs del concessionari, es manté el criteri de retornar la inversió per expropiació de terrenys, execució d'obres i adquisició de béns que han de revertir a l'Administració. Ara bé, el criteri per quantificar canvia radicalment, ja que es fa a través d'una valoració de mercat de la concessió. Una subhasta efectuada per l'Administració on el preu serà l'únic criteri determinant permetrà retornar pel període restant aquesta concessió al nou adjudicatari a un preu de licitació marcat per l'articulat. En cas que quedi deserta, es convocarà una nova licitació amb la meitat del valor de sortida anterior.

Les diferències entre la Llei 40/2015 i la directiva són evidents. Tot i que la Llei 40/2015 vol donar una valoració de mercat a les concessions, cal destacar que només ho fa per causes no imputables a l'Administració. La directiva de concessions parla de l'assumpció del risc operacional per part del concessionari, així com de no garantir el valor de les inversions dels concessionaris. Cal destacar que el concepte de risc operacional apareix en el seu articulat i no pas en la part descriptiva de la directiva. La no menció del risc operacional en la Llei 40/2015 suposa ometre, en l'ordenament jurídic espanyol, un dels motius per activar la responsabilitat patrimonial de l'Administració. La data límit per transposar la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrer, relativa a l'adjudicació de contractes de concessió, va acabar el 18 d'abril de 2016. Així, la Llei 40/2015 no suposa en cap cas assumir les recomanacions de la directiva de concessions.

Si la Llei 40/2015 fes servir el mètode de valoració de les concessions per causes imputables a l'Administració, com ho fa amb la dels concessionaris, en aquest cas sí que no s'estarien garantint les inversions dels concessionaris en cas que els projectes fossin elefants blancs. Els criteris de valoració de concessions per mecanismes de mercat faria que projectes amb cooperació publicoprivada d'escassa rendibilitat tinguessin menys atractiu per a la iniciativa privada.

Catalunya

El marge de maniobra que ha tingut l'Administració catalana en matèria de contractació ha sigut molt reduït, per no dir inexistent. L'Estat es reserva la legislació bàsica sobre els contractes, les concessions administratives i el sistema de responsabilitat de totes les administracions, segons l'article 149.1 de la Constitució (1978) en la seva disposició divuitena.

Tot i això, recentment el Govern de la Generalitat va fer públic el Decret Llei 3/2016, de 31 de maig, de mesures urgents en matèria de contractació pública. Aquest decret llei pretén, entre d'altres qüestions, donar seguretat jurídica als articles no transposats per l'Estat espanyol de la Directiva 2014/23/UE, de concessions.

El risc operacional ha sigut exposat en l'anterior subapartat de canvis recents de l'RPA legal, on l'Estat va decidir no explicitar-lo en la Llei 40/2015. Per això, l'article 2 del Decret Llei 3/2016 diu:

Article 2. Contractes de gestió de serveis públics i de concessió d'obra pública

2.1. Els contractes de concessió d'obra pública i de gestió de serveis públics en la modalitat de concessió es defineixen per la transferència a l'empresa concessionària del risc operacional en l'explotació de les obres o dels serveis. S'entén que s'ha transferit el risc operacional quan no es garanteixi a l'empresa concessionària, en condicions normals de funcionament, la recuperació de les inversions o les despeses que hagi efectuat en el marc de la concessió.

Queda clar que els contractes de concessió d'obra pública, a partir d'aquest moment, es veuran afectats per aquest article, on el risc operacional es veurà transferit al concessionari. Hi pot haver certs problemes d'interpretació del present article pel que fa a condicions normals de funcionament, on en determinades situacions s'hagi de buscar jurisprudència sobre aquest fet. Tot i això, l'esperit de la directiva és prou clar quant a transferir el risc operacional al concessionari. L'empara d'aquest article es troba en la directiva de concessions, i no en la Llei 40/2015, fet que pot ser vulnerable en contradir la Llei espanyola de contractació. Tot i això, la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea diu que les directives que no han estat transposades a l'ordenament intern són d'aplicació directa si les seves disposicions tenen un contingut incondicional i són prou clares i precises, com és el cas. Si, a més a més, hi sumem el fet que el Govern de la Generalitat referma l'article 5 i el preàmbul de la directiva en l'article 2 del Decret Llei 3/2016, es dona una major seguretat jurídica que les futures concessions d'obra pública es regiran, entre d'altres, pel Decret Llei 3/2016 per manca de transposició de la Directiva 2014/23/UE.

La definició de risc operacional en la directiva és incondicional, ja que no deixa marge als estats membres per a la seva transposició als drets interns. Per aquest fet, no es necessari cap tipus de desenvolupament o complement per determinar-ne l'abast plenament. A més, tenint en compte que la definició de risc operacional és dins de l'articulat definitori, implica no només una clara comprensió sinó que es considera directament aplicable.

Conclusions del capítol

La responsabilitat patrimonial de l'Administració (RPA) és la compensació que ha de retornar l'Administració al concessionari en cas d'una resolució anticipada del contracte. L'RPA neix a l'Estat espanyol, en el seu sistema jurídic, l'any 1965, tot i que anteriorment aquesta podia existir en les clàusules dels contractes. La Llei de contractes de l'Estat de 1965 estableix les garanties al concessionari de poder recuperar les inversions en cas de resolució anticipada de la concessió. Tot i les seves modificacions al llarg del temps, l'esperit des d'aquell moment fins als temps actuals és pràcticament el mateix. Un perfeccionament de les causes en la Llei de contractes de 1973, i una adequació en democràcia amb la Llei 13/1995, de 18 de maig, de contractes de les administracions públiques, donen estabilitat a l'RPA i la consoliden en l'ordenament jurídic de l'Estat espanyol.

En els últims dos anys, aquesta RPA ha començat a tenir canvis rellevants. L'Estat, a l'any 2015, va decidir variar el règim de compensació al concessionari. Fins aleshores, la inversió en la infraestructura estava garantida, mentre que amb l'entrada en vigor de la Llei 40/2015, l'Administració diferencia entre resolucions per causes imputables a l'Administració i al concessionari. Si les causes són imputables a l'Administració, el règim és el mateix que l'anterior. En canvi, si la resolució és deguda a una causa imputable al concessionari, s'estableix un sistema de valoració de la concessió per la via de la subhasta. La quantitat subhastada serà la que percebrà el concessionari, i donarà una valoració de mercat a la concessió. Aquesta modificació, sense efectes retroactius, permet posar en dubte la viabilitat de futurs elefants blancs.

El segon gran canvi és la Directiva 2014/23/UE, relativa a l'adjudicació de contractes de concessió. Després de la Directiva 2004/18/UE, de coordinació de procediments d'adjudicació de contractes públics, la Unió Europea entra amb més força en l'harmonització de principis i pràctiques en les concessions. L'assumpció que el concessionari assumeix el risc operacional (sense garantia que en condicions normals de funcionament es recuperin les inversions fetes, ni es cobreixin els costos derivats de l'explotació de l'obra o el servei objecte de la concessió) és un dels canvis més substancials que rep l'RPA a l'Estat espanyol. En tractar-se de contingut incondicional, clar i precís, a més de trobar-se en l'article de definicions, és d'aplicació directa encara que no s'hagi transposat.

El passat 18 d'abril de 2016 acabava el termini per incorporar a l'ordenament jurídic la directiva. L'Estat espanyol no ho va fer no només a la Llei 40/2015, sinó en cap altra llei. Això implica que són d'aplicació directa als contractes de concessió d'obra pública a l'Estat els principis de la directiva de concessions, entre els quals la transferència del risc operacional al concessionari. Aquest fet provoca que, cinquanta anys més tard de l'aparició de l'RPA en l'ordenament jurídic de l'Estat, aquesta estigui més en entredit que mai. S'haurà de veure si l'Estat espanyol abandona definitivament aquesta pràctica o contradiu la Directiva 2014/23/UE, relativa a l'adjudicació de contractes de concessió.

Pel que fa a Catalunya, l'RPA ha estat present en el seu ordenament jurídic també des del seu naixement a l'Estat. Aquest es reserva la legislació bàsica sobre els contractes, les concessions administratives i el sistema de responsabilitat de totes les administracions, segons la Constitució espanyola (1978), fent que a Catalunya sigui d'aplicació aquest principi. Tot i això, en els últims dies s'ha obert una via a l'Administració catalana per tal d'evitar l'RPA de la legislació espanyola. La no transposició de la directiva d'aplicació a la contractació pública ha fet que la Generalitat hagi aprovat el Decret Llei 3/2016, de 31 de maig, on en el seu articulat fa referència al fet que el risc operacional serà suportat pel concessionari. Aquest decret llei dona solidesa i claredat jurídica a la directiva a Catalunya, i permet que l'Administració catalana, per primera vegada i havent-ho decidit, pugui evitar l'RPA en el risc operacional en el seu ordenament jurídic intern.

Segon bloc: Casos d'estudi

Capítol 4. L'RPA en les concessions d'autopistes de peatge estatals

El primer gran intent per dotar Espanya d'una xarxa de carreteres de gran capacitat mitjançant finançament privat i peatge directe a l'usuari es produeix a final dels anys 20, sota la dictadura del general Primo de Rivera. El 1928, a l'empara de la *Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877* i la *Ley general de Carreteras de 4 de mayo de 1877*, l'Estat autoritza al Ministeri d'Obres Públiques l'atorgament de la concessió per a la construcció i l'operació de les autopistes de peatge Madrid-Irún, Madrid-València i Oviedo-Gijón. No obstant això, tot i que el model proposat per executar aquest ambiciós projecte preveia un finançament mixt amb subsidis estatals, el projecte no es va portar a terme, ja que la xarxa de carreteres nacionals estava poc desenvolupada i la demanda de trànsit encara era insuficient per incentivar l'entrada del sector privat. A més a més, amb l'arribada de la Segona República l'any 1932 i posteriorment l'entrada en la Guerra Civil, l'economia espanyola queda submergida en un període de depressió profunda que porta a postergar el desenvolupament de les vies de gran capacitat.

A partir dels anys 50, les penúries provocades per la guerra sembla que comencen a superar-se i Espanya intenta sortir de l'autarquia dels anys de la postguerra. El primer pas per millorar les infraestructures viàries es dona al 1950 amb l'aprovació del *Plan de Modernización de las Carreteras*. No obstant això, la insuficiència de recursos econòmics per part de l'Estat fa que el 1953 s'aprovi la primera llei de construcció de carreteres per particulars, la *Ley 26/1953 de Construcción de Carreteras de Peaje de 26 de febrero de 1953*. A l'empara d'aquesta llei únicament es va aconseguir adjudicar al sector privat la construcció del *Túnel de Guadarrama bajo el Alto del Puerto de los Leones de Castilla*. Ràpidament es va observar que aquesta llei presentava una sèrie de deficiències relacionades amb l'absència de normes referents al règim fiscal i economicofinancer de les concessions, i que no preveia cap tipus d'ajuda o subvenció per part de l'Estat.

A final dels anys 50, l'economia espanyola comença a créixer intensament i aquest notable creixement eleva considerablement el nombre de desplaçaments per carretera i la necessitat de vies de gran capacitat. Per fer front a la creixent demanda, i donades les restriccions pressupostàries del moment, l'any 1960 s'aprova una nova llei de carreteres, la *Ley 55/1960 de Carreteras en régimen de concesión, de 22 de diciembre*, que fa més atractiva la participació privada mitjançant les subvencions per part de l'Estat en forma de primes a la construcció o abonaments diaris en funció de la intensitat mitjana diària, i tot un conjunt de bonificacions i exempcions fiscals.

En el context d'aquest nou però poc evolucionat marc regulador de carreteres amb règim de concessió, l'any 1965 el Ministeri d'Obres Públiques posa en marxa el primer gran programa d'autopistes de peatge, el *Programa de Autopistas Nacionales Españolas (PANE)*, en el qual es preveia la construcció de 3.160 quilòmetres de vies de gran capacitat. Aquest programa va generar grans expectatives socials i, per tant, una considerable pressió políti-

ca i institucional. No obstant això, les carències legislatives van provocar que l'adjudicació de les primeres autopistes de peatge es fes mitjançant decrets llei específics per a cada un dels concursos que a l'efecte es van convocar. Així doncs, entre el 1967 i el 1972 les concessions es regulen mitjançant decrets llei específics i plecs de clàusules particulars d'explotació, en els quals es mantienien les subvencions estatals i tota la bateria de bonificacions i exempcions fiscals que garantia la *Ley 55/1960 de Carreteras en régimen de concesión, de 22 de diciembre*. A més de la incorporació de l'aval de l'Estat i l'assegurança de canvi, i en última instància la figura de la responsabilitat patrimonial de l'Administració, es van adjudicar al sector privat nou concessions d'autopistes de peatge estatals: Barcelona-La Jonquera i Montgat-Mataró, Bilbao-Behobia, Villalba-Villacastín i Villacastín-Adanero, Barcelona-Tarragona, Sevilla-Cadis, Tarragona-València i València-Alacant.

Per tant, la figura de la responsabilitat patrimonial de l'Administració apareix per primer cop en l'adjudicació de les primeres autopistes de peatge de final dels 60, per tal d'estimular veritablement la participació privada i dins un marc regulador arbitrat amb caràcter d'urgència mitjançant la promulgació de decrets llei específics per a cada un dels concursos que a aquest efecte es van convocar. A mode il·lustratiu, a continuació es mostra la redacció del títol VI del plec de clàusules particulars que va regir en el concurs per a la construcció, conservació i explotació de l'autopista de peatge Tarragona-València, el qual fa referència a les causes d'extinció de la concessió i la contraprestació que ha d'aportar l'Administració en el cas d'activació de la responsabilitat patrimonial de l'Administració:

Título VI. De la extinción, suspensión y cesión de la concesión. – La concesión terminará: 1) Llegando al término natural de expiración por agotamiento del plazo por el que se otorgó. La caducidad de la concesión principal arrastrará a la de las subconcesiones hechas en las áreas de servicio de la autopista, 2) Por incumplimiento de la Concesionaria, 3) Por quiebra o extinción de la Sociedad concesionaria, 4) Por mutuo acuerdo entre la Concesionaria y la Administración, 5) Por rescate del servicio, hecho por la Administración, 6) Por destrucción total de la autopista, o por la parcial, cuando supere el 25 por 100 de su trazado, 7) Por abandono, renuncia o expropiación forzosa.

2) Por incumplimiento de la Concesionaria: e) La Administración devolverá a la Concesionaria, cuyo contrato hubiese sido declarado resuelto por incumplimiento, la totalidad de las inversiones hechas en la autopista por razón de expropiación de terrenos, realización de obras de construcción y actos de incorporación de bienes que sean necesarios para la explotación. 1) Las expropiaciones se indemnizarán por lo realmente pagado a los expropiados, en su momento, deducida la cuota de amortización que en función del número de años corresponda. 2) Las obras de construcción se satisfarán por el importe de lo figurado en los respectivos presupuestos de obra, deduciendo la cuota de amortización que en función del número de años corresponda. 3) Los bienes inmuebles incorporados a la explotación que no figuren en los presupuestos de obra se evaluarán en atención a su estado de uso.

3) Por quiebra o extinción de la Sociedad concesionaria: a) La quiebra de la Sociedad concesionaria determinará la extinción de la concesión y la pérdida de la fianza. b) La extinción de la personalidad jurídica de la Concesionaria determinará la resolución de la concesión y la pérdida de la fianza constituida por aquélla. c) La Administración se

hará cargo de la autopista liquidando las inversiones hechas en ella por la Concesionaria en terrenos, obras e instalaciones, con arreglo a lo dispuesto para el caso de resolución por incumplimiento.

A partir de 1972, i adjudicats un total de 700 quilòmetres d'autopistes de peatge estatals, no era possible continuar avançant amb el PANE (*Programa de Autopistas Nacionales Españolas*) mitjançant l'aprovació de decrets llei específics sense un marc regulador ben establert. Així doncs, a mitjan 1972 s'aprova la *Ley 8/1972 sobre construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, de 10 de mayo*, i posteriorment, el 1973, el decret que en regula les clàusules generals: *Decreto 215/1973 por el que se aprueba el pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, de 25 de enero*.

La redacció d'aquest marc regulador sobre les concessions d'autopistes de peatge –actualment vigent, amb les successives modificacions i derogacions que s'han anat introduint al llarg dels anys– va generar l'assentament definitiu de la responsabilitat patrimonial de l'Administració en el sector, i va garantir legislativament tot un conjunt de garanties financeres addicionals, com ara les subvencions a fons perdut en els casos en què, per motius d'urgent interès nacional, fos aconsellable la promoció d'una autopista abans que aquesta arribés al llindar mínim de rendibilitat; excepcionalment, avançaments reintegrables durant els primers anys d'explotació, en els supòsits en què la recaptació fos insuficient per atendre els compromisos financers adquirits; i la modificació de les característiques dels serveis contractats i les tarifes quan, per motius d'interès públic, aquestes afectessin el règim econòmic-financer de la concessió.

A mode il·lustratiu, a continuació es mostra la redacció de l'article 32 de la *Ley 8/1972 sobre construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, de 10 de mayo*, el qual fa referència a les causes d'extinció de la concessió, i les clàusules 107 i 109 del *Decreto 215/1973 por el que se aprueba el pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, de 25 de enero*, les quals fan referència a la contraprestació que ha d'aportar l'Administració en el cas d'activació de la responsabilitat patrimonial de l'Administració:

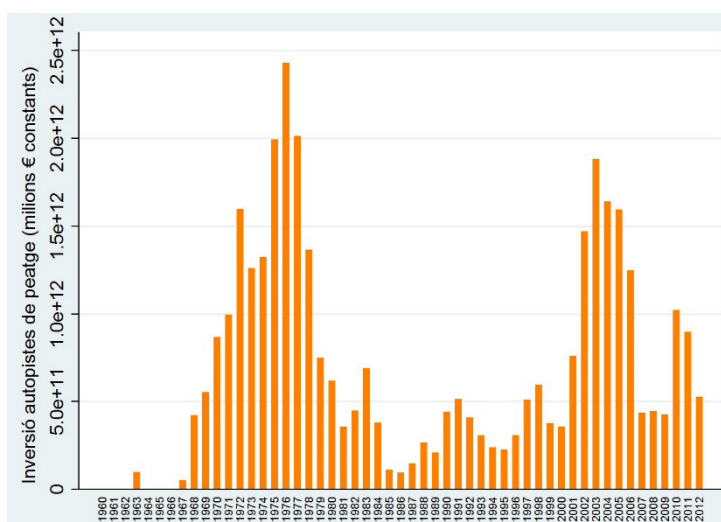
Artículo 32. La concesión se extinguirá por las causas siguientes: Uno. Cumplimiento del plazo por el que se otorgó. Dos. Incumplimiento de las obligaciones impuestas al concesionario. Tres. Extinción de la personalidad jurídica del concesionario. Cuarto. Quiebra del concesionario. Cinco. Mutuo acuerdo entre la Administración y el concesionario. Seis. Rescate del servicio por la Administración. Siete. Cualquier otra que se establezca en los pliegos de la concesión.

Cláusula 109. Quiebra del concesionario: La quiebra de la Sociedad concesionaria, a tenor de lo dispuesto en el artículo 32, 4, de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, determinará la extinción de la concesión y la pérdida de la fianza. Análogamente al caso anterior, la Administración se hará cargo del servicio, liquidando las inversiones hechas por el concesionario en terrenos, obras e instalaciones, con arreglo a lo dispuesto para el caso de resolución por incumplimiento.

Cláusula 107. Incumplimiento de las obligaciones impuestas al concesionario. e) La Administración devolverá al concesionario cuyo contrato hubiese sido declarado resuelto por incumplimiento la totalidad de las inversiones hechas en la autopista por razón de expropiación de terrenos, realización de obras de construcción y actos de incorporación de bienes que sean necesarios para la explotación. La liquidación se verificará de acuerdo con los principios que a continuación se señalan, siempre sin superar los límites máximos a que, en cuanto a responsabilidad patrimonial, se refieren los preceptos correspondientes de este pliego: 1. Las expropiaciones se indemnizarán por lo realmente pagado a los expropiados en su momento, deducida la cuota de amortización que en función del número de años corresponda. 2. Las obras de construcción se satisfarán en base a lo realmente ejecutado y definido en los proyectos aprobados por el Ministerio de Obras Públicas y a los precios que en ellos figuren, deduciendo la cuota de amortización que en función del número de años corresponda. 3. Los bienes inmuebles incorporados a la concesión que no figuren en los presupuestos de obra se evaluarán en atención a su estado de uso.

L'aprovació legislativa d'aquest elaborat marc regulador sobre les concessions d'autopistes de peatge on la responsabilitat patrimonial de l'Administració actuava com a garantia estatal en última instància, va provocar que ràpidament s'adjudiqués el segon paquet d'autopistes de peatge programat en el PANE, amb la qual cosa es va generar un dels períodes més intensos de participació privada en el sector (vegeu la figura 1). Així doncs, entre el 1973 i el 1976 es van adjudicar sis noves autopistes de peatge estatals al sector privat: Saragossa-Mediterrani, El Ferrol-Frontera Portuguesa, Bilbao-Saragossa, Montmeló-El Papiol, Burgos-Armiñon i Lleó-Campomanes.

Figura 1. Evolució temporal de la inversió d'autopistes de peatge a Espanya.



A partir de 1976 l'economia espanyola va entrar en una etapa de desacceleració econòmica i incertesa política, la qual cosa va provocar que el finançament privat d'autopistes de peatge quedés paralitzat. La crisi econòmica va canviar les expectatives sobre la rendibilitat derivada de la construcció i explotació de les autopistes de peatge i el creixement de la demanda va minvar, degut al fet que els corredors de major trànsit ja havien estat adjudicats en el període de dictadura. L'increment en els costos de construcció, les restriccions en el finançament, la reducció de la demanda i la conseqüent impossibilitat de generar ingressos van provocar que les concessionàries de les autopistes Lleó-Campomanes, El Ferrol-Frontera Portuguesa, Irurzun-Tudela, Sevilla-Cadis i Saragossa-Mediterrani no poguessin fer front a les seves obligacions financeres.

Davant la situació de perill de fallida total d'aquestes concessionàries en les quals l'Estat tenia molt present que es podria activar la responsabilitat patrimonial de l'Administració, el Govern va optar per la nacionalització i la reestructuració del sector. El 1984 es va crear l'Empresa Nacional de Autopistas i es van nacionalitzar dues autopistes estatals (Lleó-Campomanes i El Ferrol-Frontera Portuguesa, mitjançant la compra del 100% de les seves accions) i una d'autonòmica (l'autopista Irurzun-Tudela, amb una compra d'accions del 50%). Addicionalment, l'Estat va promoure que les dues empreses més grans del sector, AUMAR i ACESA, absorbissin les concessionàries de les autopistes Sevilla-Cadis i Saragossa-Mediterrani a canvi d'una prolongació en els terminis de la concessió i un augment en les tarifes de peatge com a compensació.

El 1985, i a partir de la situació financera que havia provocat la crisi econòmica en el sector d'autopistes de peatge, l'Estat va aprovar un nou pla de carreteres, el *Plan General de Carreteras*, en el qual va quedar paralitzada l'adjudicació de noves autopistes de peatge al sector privat i es va prioritzar la construcció d'autovies gratuïtes i el desdoblament de carreteres nacionals mitjançant el finançament públic. Amb l'entrada a la Comunitat Econòmica Europea el 1986, el pla va obtenir una significativa injecció econòmica, la qual va permetre complir amb els nous reptes de l'economia espanyola. A més a més, el 1988 la *Ley 25/1988, de 29 de julio, de carreteras* va derogar l'assegurança de canvi i l'aval de l'Estat. Entre el 1984 i el 1993, la longitud de la xarxa d'autopistes de peatge va augmentar en només 110 quilòmetres; per contra, la xarxa d'autovies gratuïtes va créixer en 3.445 quilòmetres durant el mateix període.

A principi dels 90, el govern socialista es va veure obligat a ajustar el dèficit de l'Estat com a conseqüència dels acords adoptats en el Tractat de Maastricht, la qual cosa va limitar al Ministeri d'Obres Públiques les possibilitats d'obtenir finançament mitjançant el pressupost públic. El 1993 es va presentar un nou pla, el *Plan Director de Infraestructuras 1993-2007*, que preveia la realització de 4.900 quilòmetres de noves autopistes i autovies gratuïtes. No obstant això, les eleccions i el canvi de partit en el poder van impedir el desenvolupament complet d'aquest pla.

A partir de 1996, amb l'entrada al govern del Partit Popular, la política d'inversions en infraestructures de transport va adquirir una nova orientació basada en la participació privada. Les autovies gratuïtes van passar a un segon pla i van ser de nou les autopistes amb finançament privat les que van prendre el protagonisme. El sistema alemany de finançament, el peatge

a l'ombra i les renegociacions de concessions a canvi de noves inversions i reduccions en el peatge van ser algunes de les eines utilitzades que van marcar la política d'inversions de l'última etapa.

El desembre de 1996 es va aprovar, amb caràcter urgent, la *Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales y de orden social*, la qual atorgava la possibilitat que l'Estat pogués fer préstecs subordinats o d'una altra naturalesa a les empreses concessionàries d'infraestructures per garantir la seva viabilitat econòmica i financera, així com la possibilitat de modificar els terminis de la concessió si l'Administració introduïa canvis tant en els serveis contractats com en les tarifes de peatge. El 1997 es va presentar la primera fase del nou programa d'autopistes de peatge, i ràpidament, entre el 1998 i el 1999, el govern va adjudicar 10 noves concessions d'autopistes de peatge estatals al sector privat: Alacant-Cartagena, Santiago-A. S. Domingo, Estepona-Guadiano, R-3 Madrid-Arganda, R-5 Madrid-Navalcarnero, Àvila-Villacastín, Segòvia-San Rafael i Lleó-Astorga.

Posteriorment, i ja dintre de l'ambició *Plan de Infraestructuras 2000-2007* i a cavall entre el text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques (*Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*) i la *Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas*, s'adjudiquen 6 noves concessions: R-2 Madrid-Guadalajara, R-4 Madrid-Ocaña, Eje Aeropuerto, Cartagena-Vera, Ocaña-La Roda, Madrid-Toledo, Circumval·lació d'Alacant i Alto de las Pedrizas-Màlaga.

En tots els decrets d'adjudicació de les autopistes concedides en aquesta última etapa –excepte en l'autopista Alto de las Pedrizas-Màlaga– queda explícitament quantificat l'import que hauria d'abonar l'Estat a la concessionària en cas d'activació de la responsabilitat patrimonial de l'Administració, i s'observa una segona etapa d'intensa participació privada en el sector (vegeu el gràfic 1). A mode il·lustratiu, a continuació es mostra la redacció dels articles 11 i 12 del *Real Decreto 1515/1999, de 24 de septiembre, por el que se adjudica la concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de los tramos: M-40-Arganda del Rey, de la autopista de peaje R-3, de Madrid a Arganda del Rey; M-40-Navalcarnero, de la autopista de peaje R-5, de Madrid a Navalcarnero, y de la M-50 entre la autopista A-6 y la carretera M-409*, els quals fan referència a la quantitat que ha d'abonar l'Administració en cas d'activació de la responsabilitat patrimonial de l'Administració en concepte de construcció i expropiació:

Artículo 11.

La responsabilidad patrimonial de la Administración por construcción a la que alude la cláusula 35 del pliego de cláusulas administrativas particulares aprobado por Orden del Ministerio de Fomento de 25 de mayo de 1999, quedará limitada a la cifra de 106.149.000.000 de pesetas (637,97 millones de euros).

Artículo 12.

La responsabilidad patrimonial por expropiaciones a que alude la cláusula 35 del pliego de cláusulas administrativas particulares aprobado por Orden del Ministerio de Fomento de 25 de mayo de 1999, quedará limitada a 6.496.000.000 de pesetas (39,04 millones de euros).

La taula 1 mostra el valor màxim establert de responsabilitat patrimonial de l'Administració en els decrets d'adjudicació de les autopistes estatals atorgades en el període 1998-2006.

Taula 1. Responsabilitat patrimonial de l'Administració màxima establerta en els decrets d'adjudicació.

Trams autopista	Any adjudicació	RPA construcció	RPA expropiació
Alacant-Cartagena	1998	195.889.835,60 €	24.855.994,24 €
Estepona-Guadiaro	1999	185.604.558,08 €	9.964.780,69 €
R-3 Madrid-Arganda	1999	637.970.000,00 €	39.040.000,00 €
R-5 Madrid-Navalcarnero			
Santiago-A. S. Domingo	1999	233.072.494,08 €	12.020.242,09 €
Àvila-Villacastín	1999	255.194.547,62 €	11.208.875,75 €
Segòvia-San Rafael			
Lleó-Astorga	2000	45.075.907,83 €	
R-2 Madrid-Guadalajara	2000	40.724.580,19 €	
R-4 Madrid-Ocaña	2000	559.656.461,48 €	
Eje Aeropuerto	2002	268.498.917,00 €	36.972.339,00 €
Cartagena-Vera	2004	496.000.000,00 €	30.819.000,00 €
Ocaña-La Roda	2004	462.704.717,00 €	24.536.532,00 €
Madrid-Toledo	2004	294.731.000,00 €	54.155.000,00 €
Circumval·lació d'Alacant	2004	309.826.000,00 €	88.839.000,00 €

L'explosió de la crisi econòmica actual va provocar que, el 2009, nou de les setze autopistes adjudicades durant el període 1998-2006 entressin en fallida (R-2 Madrid-Guadalajara, R-3 Madrid-Arganda, R-5 Madrid-Navalcarnero, R-4 Madrid-Ocaña, Eje Aeropuerto, Madrid-Toledo, Ocaña-La Roda, Cartagena-Vera i Circumval·lació d'Alacant), que dues concessionàries més, Aulesa (Lleó-Astorga) i Ausur (Alacant-Cartagena), presentessin seriosos problemes de viabilitat financera, i que una tercera, Alto de las Pedrizas-Màlaga, necessités una renegociació per tal de restablir el seu equilibri economicofinancer.

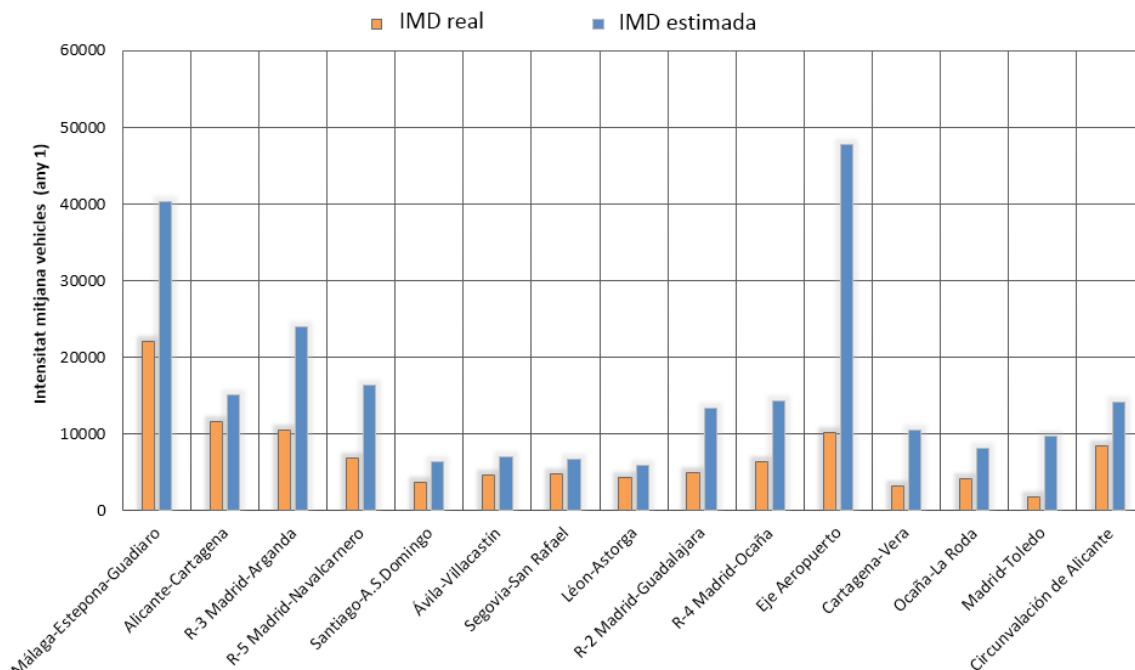
Els motius que han portat al col·lapse de les concessionàries són principalment cinc: la desviació de costos derivats de les expropiacions, els sobre costos en la construcció, les desviacions del trànsit previst, les mateixes actuacions del sector públic i l'explosió de la bombolla immobiliària.

El problema de les expropiacions es deu principalment a l'inesperat increment del preu dels terrenys. La *Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones* va incorporar que el valor de mercat del sòl urbà hauria de servir de referència per a la valoració dels terrenys expropiats, donada la proximitat a la capital, ja que les expectatives de creixement urbà per a la construcció de les autopistes incrementarien la valoració dels terrenys. Per exemple, en el cas de l'R-2 Madrid-Guadalajara, el cost previst per expropiacions era de 40

milions d'euros. En canvi, la concessionària en va acabar pagant 430. Un altre problema que ha generat el col·lapse de les concessionàries han estat els sobrecostos en la construcció. En el cas de les radials de Madrid, els sobrecostos en la construcció s'estima que han oscil·lat entre el 15% (R-3 Madrid-Arganda) i el 31% (R-2 Madrid-Guadalajara).

D'altra banda, un altre element crucial per explicar el col·lapse de les concessionàries ha estat el de les desviacions en la demanda de trànsit estimat (vegeu la figura 2), no sols per l'explosió de la crisi econòmica, que de ben segur n'ha explicat una part, sinó també per unes estimacions de trànsit poc realistes. De fet, l'any 1997 el govern va estudiar la rendibilitat de diverses de les autopistes de peatge que finalment van ser adjudicades uns anys més tard, i va determinar que autopistes com la Madrid-Guadalajara, la Lleó-Astorga, l'Àvila-Villacastín, la Segòvia-San Rafael, l'Estepona-Guadiaro i la Santiago-Alto de Santo Domingo requeririen subvencions molt significatives, entre el 40% i el 65% del total de les inversions. Tanmateix, aquestes van ser adjudicades al sector privat sense les mateixes subvencions, la qual cosa podia fer esperar, sense dubtes, que eren autopistes d'alt risc per als concessionaris. Les estimacions del Govern en relació amb la demanda real van desviar-se molt, però de fet també ho van fer, i en un grau inclús major, les estimacions dels inversors privats.

Figura 2. Demanda prevista i real en el primer any de funcionament de les autopistes.



Un altre fet que ha provocat la davallada del sector, deriven de les actuacions del sector públic. Per exemple, en el cas de les autopistes de peatge radials, Madrid ja disposava de sis vies d'accés gratuïtes. No obstant això, el motiu principal que va portar a adjudicar aquestes cinc autopistes de peatge radials va ser que en les hores punta els accessos lliures quedaven congestionats.

Un altre exemple és l'autovia de la circumval·lació d'Alacant, que competeix directament amb l'autopista de peatge de circumval·lació d'Alacant. O l'altre cas rellevant, que és el desdoblament (mitjançant peatge a l'ombra) de la carretera autonòmica M-407, que competeix directament amb l'autopista de peatge Madrid-Toledo. Finalment, l'explosió de la bombolla immobiliària també hi ha tingut un paper important, ja que les expectatives de rendibilitat de moltes d'aquestes autopistes adjudicades en l'última etapa es basaven en l'esperat augment de trànsit derivat de la urbanització de la perifèria de les grans ciutats i el desenvolupament urbanístic de zones turístiques. Per exemple, l'autopista Cartagena-Vera es va construir per les expectatives d'una gran projecció urbanística per a la indústria turística del llevant espanyol.

Així doncs, tot aquest conjunt de factors han provocat el col·lapse del sector, i davant la possible activació de la responsabilitat patrimonial de l'Administració, l'Estat ha intentat tota una sèrie de mesures per tal d'evitar-ho. Per exemple, la *Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010* donava la possibilitat de concedir préstecs participatius a les concessionàries per sobre costos d'expropiació i baix trànsit. Posteriorment, la *Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal* va establir la possibilitat de crear un compte de compensació mitjançant el qual l'Estat contribuiria amb una diferència d'entre el 80% dels ingressos previstos i els ingressos reals durant els següents tres exercicis pressupostaris.

No obstant això, tot aquest conjunt d'actuacions per part de l'Estat encara no ha aconseguit donar una resposta definitiva al col·lapse del sector, la qual cosa està provocant una forta tensió jurídica entre les concessionàries i l'Administració pública. Per la seva banda, tampoc hi ha acord entre els finançadors (bancs i antigues caixes d'estalvis) per tal de reestructurar el deute o trobar una via alternativa a l'RPA, que es veu, per part dels creditors, com una opció més segura de recuperació del finançament prestat.

Conclusions del capítol

Com hem pogut observar al llarg d'aquest capítol, la figura de la responsabilitat patrimonial de l'Administració sempre ha estat present en el sector de les autopistes de peatge. Així doncs, tot i que el naixement de la responsabilitat patrimonial de l'Administració es produeix en un marc legislatiu de carreteres poc elaborat, és un dels principals motius que afavoreixen la participació del sector privat en el desenvolupament de les primeres grans autopistes de peatge de final dels anys 60, en un moment en què no es podia fer front a la necessitat de vies de gran capacitat amb el sistema fiscal de la dictadura.

Posteriorment hem vist com a mitjan anys 80, tenir aquesta garantia implícita en una etapa de crisi i baixa demanda de trànsit va portar l'Estat, per tal de no activar la responsabilitat patrimonial de l'Administració, a fer front als problemes financers de les concessionàries mitjançant la nacionalització d'algunes i una reestructuració del sector per mitjà d'absorcions i renegociacions.

A partir de final dels 90, en plena expansió econòmica i amb una xarxa de carreteres de gran capacitat que havia augmentat significativament amb el finançament públic i la construcció d'autovies lliures, la política d'inversions en infraestructures de transport va adquirir una nova orientació basada en la participació privada. Tals eren les ambicions del govern per atraure el finançament privat que en l'adjudicació de les últimes autopistes de peatge, la responsabilitat patrimonial de l'Administració queda quantificada en els mateixos decrets d'adjudicació. Aquesta major concreció suposa un reconeixement explícit de l'RPA inclús en els contractes, per bé que és cert que intenta limitar el valor total de la responsabilitat de l'Estat.

L'abús de la responsabilitat patrimonial de l'Administració ha provocat una sobreoferta d'infraestructures en el sector de les autopistes de peatge que suposa un risc per a l'equilibri dels comptes públics de la hisenda espanyola.

Capítol 5. L'RPA en els magatzems de gas

La forta dependència d'aprovisionament de gas natural de l'exterior, i les variacions estacionals en la demanda de gas natural, fan que l'emmagatzematge d'aquest sigui una fase clau en la cadena de valor del gas natural. Els països amb forta dependència de l'exterior intenten assegurar-ne un mínim de reserves per garantir-ne el subministrament en cas d'interrupció. La situació de dependència energètica de l'exterior a Espanya és elevada. El gas natural consumit a Espanya s'importa des de més d'onze països diferents i amb quotes de participació molt diferents. Tot i això, hi ha tres principals països proveïdors: Algèria (42,4%), Nigèria (15,4%) i Qatar (11,6%). Tot i la forta dependència de l'exterior, Espanya té un dels nivells més alts de diversificació de proveïdors de gas a Europa.

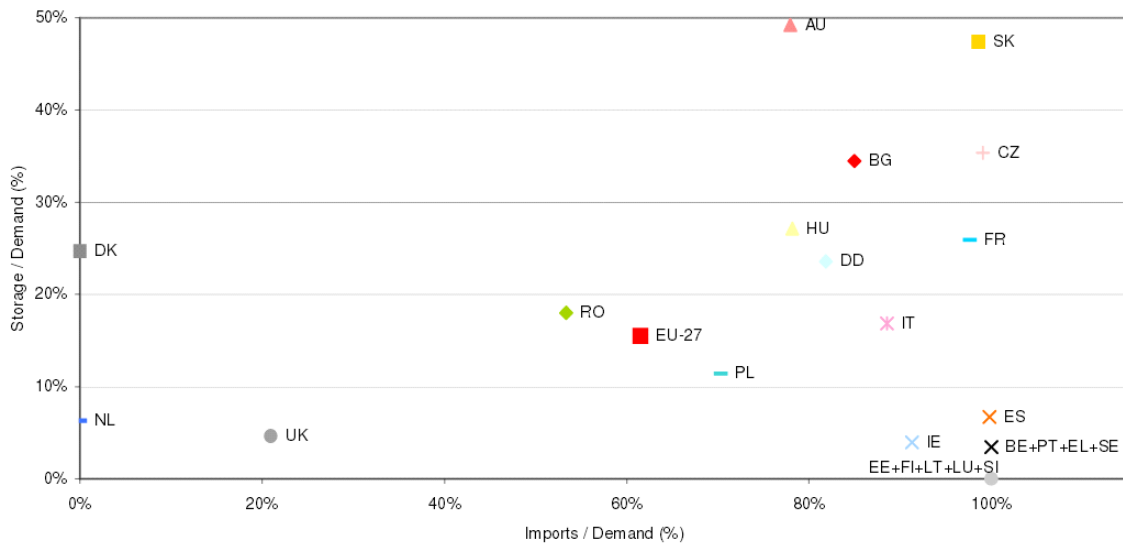
Amb el pas dels anys, aquesta ha sigut una qüestió comunitària per als països membres de la Unió Europea que s'ha materialitzat en l'aparició de normativa comunitària que obliga els estats membres a disposar de reserves de gas natural. La Directiva 2003/55/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de juny, sobre normes comunes per al mercat interior de gas natural, obliga a tenir unes reserves mínimes d'aproximadament 30 dies de consum. El tipus d'emmagatzematge més habitual i avantatjós des del punt de vista econòmic i tècnic és l'emmagatzematge subterrani en formacions geològiques adequades. Aquest emmagatzematge aprofita la compressió del gas a baixes profunditats i la poca porositat d'aquestes formacions, en comparació de la construcció de dipòsits en superfície, que aporten una baixa capacitat.

Els magatzems subterranis de gas natural es localitzen en jaciments de gas o petroli ja esgotats, en aqüífers o en caverne salines que compleixin les condicions de porositat i permeabilitat requerides per emmagatzemar aquest gas. Des del punt de vista operatiu, les diferents instal·lacions d'emmagatzematge de gas natural es diferencien entre elles per la capacitat d'emmagatzematge, el volum de «gas matalàs» (gas necessari per assegurar una pressió i una capacitat d'extracció constant) i el tipus de cavitat geològica.

L'Estat espanyol és qui té la competència d'assegurar-ne el subministrament. La via per la qual ha optat per a la construcció i explotació d'aquests magatzems és buscar empreses amb coneixement del sector que construeixin i/o gestionin l'emplaçament. A canvi d'una retribució per la quantitat emmagatzemada de gas, el concessionari és compensat per la construcció, el manteniment i el benefici industrial de la instal·lació. Amb la finalització de la concessió, aquesta retorna a l'Estat.

Hi ha quatre sistemes d'emmagatzematge subterrani que cobreixen el 9,1% de la demanda espanyola. Amb l'entrada en vigor del cinquè emmagatzematge subterrani, anomenat *Castor*, la capacitat d'emmagatzematge subterrani hauria cobert prop del 14% de la demanda. Espanya tenia una situació de desavantatge respecte als socis comunitaris a principi d'aquest segle (vegeu la figura 3).

Figura 3. Relació entre la dependència exterior de gas i la capacitat d'emmagatzematge als països de la Unió Europea.



Desenvolupament del sector

L'entrada en vigor de la Llei 34/1998, de 7 d'octubre, del sector d'hidrocarburs, i el Reial decret 1716/2004, de 23 de juliol, concreten l'obligació de manteniment d'existències mínimes de seguretat de productes petrolífers. Aquest increment d'existències mínimes prové de la Directiva 98/93/CEE, de 14 de desembre, per la qual s'obliga els estats membres a un nivell mínim de reserves de petroli cru i/o d'altres productes derivats. Així, el desenvolupament de nova capacitat d'emmagatzematge subterrani és necessari per tal d'adequar la capacitat d'emmagatzematge total del sistema de gas a les necessitats existents motivades per la pràctica total de dependència d'aprovisionament de gas natural amb l'exterior, així com per l'obligació legalment establerta de manteniment d'existències mínimes de seguretat.

Posteriorment, a l'any 2002, la Direcció General de Política Energètica i Mines, depenent del Ministeri d'Economia, fa públic el document sobre la planificació dels sectors de l'electricitat i el gas: desenvolupament de les xarxes de transport 2002-2011. En aquest document es detallen els magatzems subterranis existents, així com la necessitat d'ampliar-los.

Els emmagatzematges subterranis constitueixen l'únic grup d'infraestructures de gas en el qual no és possible assegurar la viabilitat tècnica de cada instal·lació sense haver fet prèviament una part molt rellevant de la inversió necessària per al seu desenvolupament. D'altra banda, el territori espanyol no disposa d'un nombre prou ampli d'estructures geològiques potencialment adequades per al desenvolupament d'emmagatzematges subterranis perquè sigui possible l'elecció dels emplaçaments més idonis, que, òbviament, són els que es troben a prop de les àrees de major demanda. En conseqüència, la planificació de magatzems subterranis de gas portarà a promoure el desenvolupament d'aquells que resultin ser viables, independentment de la seva ubicació geogràfica. A més, els costos mitjans de

la inversió necessària per unitat de volum que poden resultar en cada projecte són prou dispars per impedir la possibilitat d'aplicar estàndards, motiu pel qual la retribució de cada projecte d'emmagatzematge s'acabarà establint d'acord amb les seves característiques tècniques particulars.

És en el document del Ministeri d'Indústria, Turisme i Comerç de març de 2006 titulat *Revisión 2005-2011 de la planificación de los sectores de electricidad y gas 2002-2011*, on el ministeri fa un punt d'inflexió en els magatzems subterranis. Tal com diu a la justificació d'aquesta modificació: «No obstant això, el temps transcorregut des de l'aprovació de la planificació ha mostrat diferències amb les previsions de creixement de la demanda i de l'oferta que estableix en el document.» Així, en la mateixa justificació es diu que «es plantegen noves instal·lacions que resulta urgent incloure en la planificació com a conseqüència dels increments de la demanda». L'Administració central posa de manifest la urgència d'incrementar la capacitat d'emmagatzematge de gas degut a una demanda superior, i això porta al fet que, per tal d'assegurar el mínim de dies de garantia de subministrament que estableix la Llei 34/1998, del sector d'hidrocarburs, se n'hagi d'incrementar el nombre d'instal·lacions.

Taula 2. Inversió inicial i modificada en magatzems de gas.

		2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	Total
Andalusia	Inicial										
	Modif.			1	11	34	48	32	12		139
Aragó	Inicial	58		39	190	26	26	13			351
	Modif.										
Comunitat Valenciana	Inicial										
	Modif.					150	250	100			500
Castella-la Manxa	Inicial		65	210	13	13					301
	Modif.			1	30	57	38	53	18	11	207
Catalunya	Inicial			39	190	26	26	13			293
	Modif.							15	40	72	127
Euskadi	Inicial										
	Modif.					92	84	24			200
Total	Inicial	58	65	288	392	65	52	26			945
	Modif.			2	41	332	419	224	70	83	1171

Font: Elaboració pròpia a partir dels dos plans.

A la taula 2 es pot veure com les inversions pateixen grans canvis d'un pla a un altre, no en la seva quantitat global, però sí en la seva ubicació. Això implica canviar els emplaçaments d'emmagatzematge subterrani de gas. S'afegeixen projectes a la Comunitat Valenciana i a Euskadi, i en disminueix la quantitat invertida a Castella-la Manxa i a Catalunya, mentre que a l'Aragó es desestimen i a Andalusia se'n pressuposta un de nou.

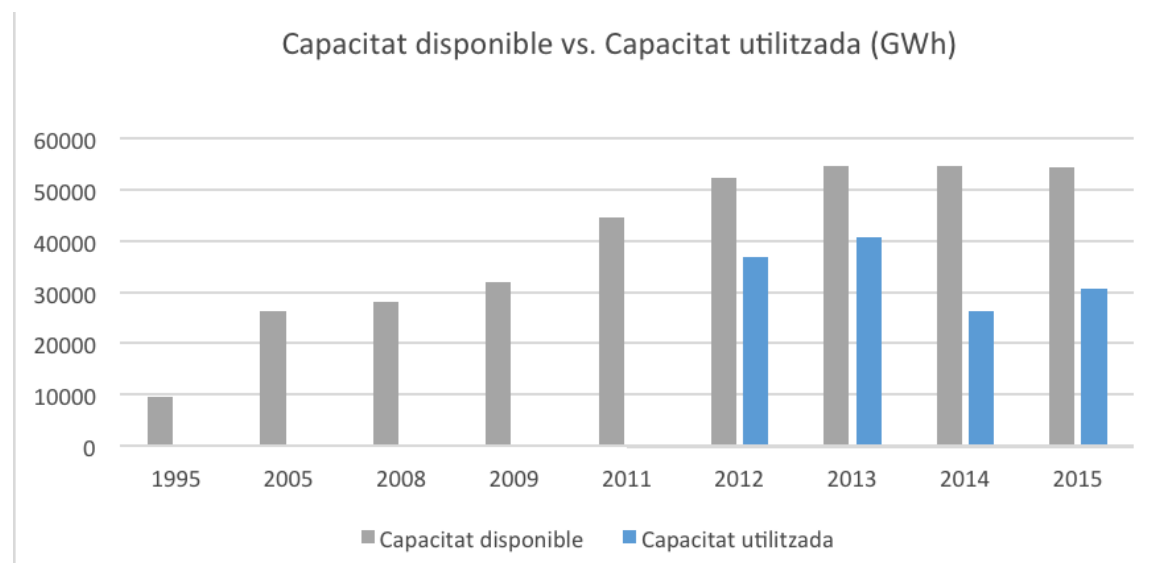
A continuació (vegeu la taula 3) es presenten les infraestructures associades a magatzems subterranis incloses en la revisió 2005-2011 de la planificació 2002-2011. En aquestes taules s'indica la informació referent a cada infraestructura segons apareixia en el citat document de revisió: nom de la instal·lació, data prevista de posada en marxa, capacitat d'injecció, capacitat d'extracció, volum operatiu, gas matalàs, categoria i si tenien o no caràcter d'urgència. La posada en marxa de tots els projectes considerats en aquest capítol suposava un increment de capacitat, respecte a l'existent en aquell moment, del 238% en volum operatiu, del 354% la capacitat d'injecció i del 431% la capacitat d'extracció. Això vol dir que la capacitat operativa tindrà valors d'entre 2.600 i 4.600 Mm³(n) en el període 2009-2011.

Taula 3. Evolució temporal dels magatzems subterranis de gas.

Magatzem subterrani	Revisió de posada en funcionament	Volum operatiu (Mm ³ (n))	Estat del projecte
Marismas (Fase I)	2005	300	En proves
Marismas (Fase II)	2009	600	Pendent d'autorització
Poseidón	2009	250	n. d.
Yela	2009	1.050	Pendent obtenció declaració impacte
Gaviota	2009	1.558	Pendent sol·licitud autorització directa
Castor	2009	1.300	Pendent concessió d'exploració
Reus	2011	En estudi	Pendent treballs d'investigació

Font: Document *Revisión 2005-2011* de la planificació de los sectores de electricidad y gas 2002-2011.

Figura 4. Evolució temporal de la capacitat disponible i utilitzada d'emmagatzematge subterrani de gas.



Font: Elaboració pròpia.

La falta d'ubicacions i la rapidesa serien trets característics d'aquesta etapa de desenvolupament de magatzems subterranis de gas per tal de complir la normativa. Tot i això, no és fins a partir de 2011 que apareix una clara separació entre una menor demanda de gas i la capacitat disponible. A la figura 4 es veu l'increment de la capacitat disponible en els últims vint anys, que s'arriba a multiplicar per cinc entre el 1995 i el 2015. Tanmateix, la capacitat utilitzada queda molt lluny de la capacitat disponible en els últims anys, degut principalment a la disminució de la demanda de gas de les famílies i de les empreses elèctriques durant la crisi econòmica, fet que comporta una situació de sobre capacitat que encara desconeixem si serà estructural o conjuntural, i que es pot revertir amb una eventual recuperació econòmica. La falta de dades de capacitat utilitzada amb anterioritat al 2012 no permet saber la proporció de capacitat utilitzada sobre el total de disponible. Tanmateix, tot fa pensar que, com a màxim, als anys 2008-2009 es feia servir una capacitat igual o inferior a la de 2012.

Causas d'extinció de les concessions

En aquest apartat analitzem les causes d'extinció dels contractes de concessió de magatzems subterranis a l'Estat espanyol. Per a tots els magatzems de gas que han estat i estan operatius, s'exposaran les clàusules d'extinció dels contractes de concessió. Les causes d'extinció de les concessions recullen els motius pels quals l'Administració pot decidir indemnitzar el concessionari pels motius pactats entre ambdues parts. Explicitar les causes de resolució degudes al concessionari o a l'Administració, així com els conceptes que s'abonaran en cas de rescissió del contracte, són l'objecte d'anàlisi. L'existència de responsabilitat patrimonial de l'Administració en el sector dels magatzems subterranis de gas estarà determinada per les diferents clàusules. La menció al text refós de la Llei de contractes de l'Administració pública serà un primer indicador de la presència de l'RPA, o en aquest cas la menció a la Llei d'hidrocarburs de 1998. Fer mencions més específiques al magatzem de gas permet saber l'abast de la responsabilitat patrimonial de l'Administració.

Serralabo

És un dels primers magatzems de gas que entren en funcionament. A continuació es detallen els articles de l'Ordre de 6 de setembre de 1995 sobre la concessió administrativa del magatzem de gas:

Duodécima.-Serán causa de extinción de la presente concesión, además de las señaladas en el artículo séptimo, apartado e), de la Ley 10/1987, de 15 de junio, de disposiciones básicas para un desarrollo coordinado de actuaciones en materia de combustibles gaseosos, las siguientes:

- a) El incumplimiento de lo establecido en el artículo séptimo, apartado b), de la Ley 10/1987, de 15 de junio, de disposiciones básicas para un desarrollo coordinado de actuaciones en materia de combustibles gaseosos.*

b) *Si no se llevase a cabo la realización de las instalaciones de acuerdo con las condiciones impuestas en esta Orden y en las autorizaciones para la construcción y el montaje de las mismas.*

No obstante, si por evolución de la técnica de producción y tratamiento de gas, o por otras causas, no fuese adecuado el mantenimiento de alguna o algunas de las instalaciones objeto de la presente concesión, el concesionario podrá solicitar:

1. *Autorización para la modificación o sustitución de las instalaciones, sin alterar las restantes condiciones de la concesión, o bien,*
2. *La adaptación de las cláusulas de la concesión a las nuevas condiciones existentes con el fin de mantener el equilibrio económico financiero, dentro del plazo establecido en la condición octava.*

Asimismo, tanto por el motivo anterior como por razones de interés público, la Administración podrá variar, mediante Orden, las cláusulas de la presente concesión, de acuerdo con lo establecido en el artículo 15 del Reglamento General del Servicio Público de Gases Combustibles, aprobado por Decreto 2913/1973, de 26 de octubre.

A partir de les causes d'extinció de la concessió, no es detecta la presència d'una responsabilitat patrimonial de l'Administració clara. Tot i això, en l'últim paràgraf de l'ordre de concessió de Serralabo es menciona l'article 15 del Decret 2193/1973. Aquest diu:

Art. 15. Por razones de interés público; se podrán variar mediante Orden ministerial las cláusulas de la concesión otorgada; si la modificación afectase al régimen financiero de la misma, la Administración deberá compensar al concesionario de manera que se mantengan en equilibrio los supuestos económicos que presidieron la perfección de aquél.

Si el concesionario no acepta las modificaciones, se resolverá la concesión otorgada, abriéndose un plazo para la presentación de nuevas peticiones ajustadas a las condiciones indicadas anteriormente. En el caso previsto en este artículo se aplicarán los preceptos de aplicación del capítulo VI del Reglamento General de Contratación del Estado.

En el cas de la concessió del magatzem de Serralabo, en cas d'extinció del contracte l'RPA convencional no és del tot explícita. La *Ley de Contratos del Estado 923/1965, de 8 d'abril*, en el seu article 79 diu:

Si la Administración, antes de la conclusión del contrato, estimase conveniente para el interés general gestionar el servicio por sí o por medio de un ente público, podrá ordenar su rescate indemnizando al empresario el valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquélla, habida cuenta de su grado de amortización y los daños y perjuicios que se le irroguen, así como los beneficios futuros que deje aquél de percibir, atendiendo a los resultados de la explotación en el último quinquenio.

En aquesta instal·lació seria una reversió de la instal·lació per interès públic que permetria al concessionari rebre una compensació per la part no amortitzada de la instal·lació, així com pel lucre cessant. La garantia de l'equilibri economicofinancer per garantir la viabilitat de la instal·lació només queda afectada per modificacions de les clàusules per interès públic.

Yela

És el primer cas de magatzem de gas en què la responsabilitat patrimonial de l'Administració apareix d'una forma directa en el contracte (RPA contractual). Segons el Reial decret 1061/2007, de 20 de juliol, s'atorga la concessió d'explotació del magatzem de Yela a la província de Guadalajara. A l'article 14 del reial decret de concessió es diu:

Artículo 14. Extinción.

Sin perjuicio de lo establecido con carácter general en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y disposiciones que la desarrollan, son causas de nulidad las señaladas en el artículo 33 de la Ley 34/1998. Son causas de extinción de la presente concesión las señaladas en el artículo 34 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, y las demás previstas en la legislación vigente. La extinción de la concesión por la causa prevista en el artículo 34.1 apartado c) habrá de ser expresamente autorizada por resolución administrativa. En caso de caducidad o extinción de la concesión se compensará a la empresa concesionaria por el valor neto contable de su inmovilizado siempre que las instalaciones de almacenamiento continúen operativas y que no se realice el desmantelamiento de las mismas. Lo anterior no será de aplicación en caso de dolo o negligencia imputable a la empresa concesionaria.

En aquest es fa referència a l'article 34 de la Llei d'hidrocarburs de 1998, que diu:

Artículo 34. Extinción.

1. *Las autorizaciones, permisos y concesiones regulados en el presente Título se extinguirán:*
 - a) *Por incumplimiento de las condiciones de su otorgamiento.*
 - b) *Por caducidad al vencimiento de sus plazos.*
 - c) *Por renuncia total o parcialmente del titular, una vez cumplidas las condiciones en que fueron otorgados.*
 - d) *Por la disolución o la liquidación de la empresa titular.*
 - e) *Por cualesquiera otras causas establecidas por las leyes.*

La inversió que el concessionari no hagi amortitzat en el moment de la reversió serà motiu d'indemnització per part de l'Administració. Si la concessió presenta problemes de manteniment de l'equilibri economicofinancer al concessionari, aquest podrà liquidar la societat.

Gaviotas

El Reial decret 1804/2007, de 28 de desembre, converteix les concessions d'exploració d'hidrocarburs davant de la costa de Biscaia –que van començar a operar al 1986 i es van esgotar al 1994– en magatzem subterrani de gas. Aquesta concessió va entrar en vigor sis mesos després que Yela. El reial decret estableix:

Artículo 15. Extinción.

Sin perjuicio de lo establecido con carácter general en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y disposiciones que la desarrollan, son causas de nulidad las señaladas en el artículo 33 de la Ley 34/1998. Son causas de extinción de la presente concesión las señaladas en el artículo 34 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos y las demás previstas en la legislación vigente, y en particular el apartado a) del citado artículo. La extinción de la concesión se producirá sin perjuicio de las sanciones a que dieran lugar las causas que la provocan, y revirtiendo inmediatamente las instalaciones al Estado, según lo previsto en el artículo 29 de la Ley 34/1998. La extinción de la concesión por la causa prevista en el artículo 34.1 apartado c) habrá de ser expresamente autorizada por resolución administrativa. En caso de caducidad o extinción de la concesión se compensará a la empresa concesionaria por el valor neto contable de las instalaciones afectas al almacenamiento subterráneo siempre que éstas continúen operativas y que no se realice el desmantelamiento de las mismas. Lo anterior no será de aplicación en caso de dolo o negligencia imputable a la empresa concesionaria.

Tot i les lleugeres diferències de redactat, els articles d'extinció de la concessió a Yela i Gaviotas són molt semblants. Cal recordar que tant en el cas de Castor com en el de Yela i Gaviotas, les concessions es donen en menys d'un any.

Castor

El Reial decret 855/2008, de 16 maig, atorga a Escal UGS, SL la concessió d'exploració del magatzem subterrani de gas natural Castor, al nord de la Comunitat Valenciana. Segons l'articulat del reial decret referent a l'extinció de la concessió:

Artículo 14. Extinción.

Sin perjuicio de lo establecido con carácter general en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y disposiciones que la desarrollan, son causas de nulidad las señaladas en el artículo 33 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos. Son causas de extinción de la presente concesión las señaladas en el artículo 34 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, y las demás previstas en la legislación vigente, en particular el apartado a) del citado ar-

título. La extinción de la concesión por la causa prevista en el artículo 34.1 apartado c) habrá de ser expresamente autorizada por resolución administrativa. La extinción de la concesión se producirá sin perjuicio de las sanciones a que dieran lugar las causas que la provocan. En caso de caducidad o extinción de la concesión, las instalaciones revertirán al Estado. En tal caso, y para asegurar la recuperación de la inversión realizada por los titulares, en coherencia con lo establecido en el artículo 92.1.a) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, se compensará a la empresa concesionaria por el valor neto contable de las instalaciones afectas al almacenamiento subterráneo siempre que estas continúen operativas. Lo anterior no será de aplicación en caso de dolo o negligencia imputable a la empresa concesionaria, en cuyo caso la compensación se limitará al valor residual de las instalaciones, sin perjuicio de otras responsabilidades de la empresa concesionaria.

L'articulat de la concessió del Castor és molt semblant a les dues anteriors, amb dues particularitats. En la primera, es remarca la importància de l'article 92.1 de la Llei d'hidrocarburs 34/1998 per recuperar la inversió realitzada:

Artículo 92. Criterios para determinación de tarifas, peajes y cánones.

- 1. Las tarifas, los peajes y cánones deberán establecerse de forma que su determinación responda en su conjunto a los siguientes criterios:*
 - a) Asegurar la recuperación de las inversiones realizadas por los titulares en el período de vida útil de las mismas.*
 - b) Permitir una razonable rentabilidad de los recursos financieros invertidos.*
 - c) Determinar el sistema de retribución de los costes de explotación de forma que se incentive una gestión eficaz y una mejora de la productividad que deberá repercutirse en parte a los usuarios y consumidores.*
 - d) No producir distorsiones entre el sistema de suministros en régimen de tarifas y el excluido del mismo.*

La referència als apartats 92.1.a i b no només remarca que el concessionari ha de poder recuperar la inversió, sinó que també posa sobre la taula el lucre cessant del concessionari.

La segona particularitat fa referència al supòsit de negligència del concessionari, on es retribuirà pel valor residual de la concessió, mentre que en els altres casos no apareix.

El Castor és l'únic magatzem que no està en funcionament en l'actualitat per causes imputables a l'Administració. La indemnització va ser publicada en el Reial decret 13/2014, de 3 d'octubre, pel qual s'adopten mesures urgents en relació amb el sistema gasista. Es reconeix, en la part dispositiva, que el total de la inversió ascendeix a 1.461 milions d'euros. Al cap de 35 dies hàbils, l'Estat va abonar aquesta quantitat a Escal UGS, SL.

Marismas

Les concessions d'exploració d'hidrocarburs dels anys 1988, 1989 i 1995 van revertir en concessions d'emmagatzematge de gas subterrani amb el Reial decret 1088/2011, de 15 de juliol. L'article del present reial decret referent a l'extinció de la concessió diu:

Artículo 18. Extinción.

1. *Sin perjuicio de lo establecido con carácter general en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y disposiciones que la desarrollan, son causas de nulidad las señaladas en el artículo 33 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre.*

Asimismo, serán causas de extinción las señaladas en el artículo 34 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, y especialmente el incumplimiento del artículo 6.1.a) del presente real decreto.

La extinción de la concesión se producirá sin perjuicio de las sanciones a que dieran lugar las causas que la provocan, según lo previsto en el artículo 29 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre.

La extinción de la concesión por la causa prevista en el artículo 34.1 apartado c) habrá de ser expresamente autorizada, con carácter previo, por resolución administrativa.

2. *En caso de caducidad o extinción de las concesiones de explotación de almacenamiento, se compensará a la empresa concesionaria por el mínimo del valor neto contable o valor neto retributivo de las instalaciones afectas al almacenamiento subterráneo siempre que estas continúen operativas y que no se realice el desmantelamiento de las mismas. **Lo anterior no será de aplicación en caso de dolo o negligencia imputable a la empresa concesionaria**, en cuyo caso la compensación se limitará al valor residual de las instalaciones, sin perjuicio de otras responsabilidades de la empresa concesionaria.*

El redactat per a Marismas és molt similar al del Castor, tot i que s'hi afegeix que en cas d'extinció de la concessió, per tal de retornar el valor net comptable, les instal·lacions no només hauran d'estar operatives sinó que no se n'haurà d'haver fet el desmantellament. El dubte apareix en la no menció de l'article 92 de la Llei 34/1998. A l'efecte de la responsabilitat patrimonial de l'Administració, estem davant d'un cas similar al del Castor, amb menor intensitat. La referència sobre la negligència del concessionari, on es retribuirà pel valor residual de la concessió, es manté com en el Castor.

Evolució de causes d'extinció de les concessions

Els decrets de concessió dels magatzems subterranis de gas han experimentat una evolució temporal cap a una major concreció de la responsabilitat patrimonial de l'Administració. Mentre que en el primer decret de concessió (Serralabo) es feia referència a la legislació genèrica sobre la responsabilitat patrimonial de l'Administració, cada vegada més aquesta

responsabilitat s'ha fet més específica en l'articulat. Així, el legislador ha volgut deixar explícita en el decret de concessió, i no en la legislació sectorial d'hidrocarburs o la de concessions, la interpretació sobre la possible responsabilitat patrimonial de l'Administració.

En el cas dels magatzems de Yela i Gaviota, tenim una responsabilitat patrimonial de l'Administració clara en cas d'extinció de la concessió. Però és en els magatzems Castor i Marismas on el legislador dona, en el seu articulat, majors garanties. Els motius per a aquesta major especificitat són difícils de saber, tot i que la urgència per satisfer la normativa europea hi podria tenir un paper important. El compliment del grau de reserves mínimes de gas hauria accelerat la seva concessió per part del Govern espanyol, i el concessionari hauria pogut tenir un paper rellevant en la demanda de majors garanties a l'Administració. Sigui per demanda dels inversors o per una actitud activa de l'Administració per tal d'atraure amb major urgència i facilitat els inversors, el cas és que el disseny dels contractes de concessió ha estat caracteritzat en els darrers anys per un increment notable de la concreció sobre la responsabilitat patrimonial de l'Administració, fet que s'ha traduït en un nivell d'inversions elevat que ha situat un grau de sobreoferta d'acord amb la demanda de gas actual. Tanmateix, cal tenir en compte que aquesta demanda podria augmentar en els propers anys si l'economia aconsegueix sortir de les taxes de creixement limitades dels darrers anys.

Concessions extingides

L'única concessió actualment extingida és la del Castor. L'interès durant els anys 90 i principi de segle, Eurogas Corporation pretenia seguir explotant els pous de petroli que havia deixat Shell, degut a la inviabilitat econòmica de treure'n el cru restant. A principi de l'any 2000, l'empresa Eurogas Corporation canvia els seus plans arran de l'interès del Govern per buscar magatzems subterranis de gas. En el sistema espanyol de concessió de magatzems de gas, i de mineria en general, l'Estat no exerceix un control ferri com a regulador de l'activitat. A Espanya s'aplica el conegut procediment d'«el primer que arriba, es queda la peça». La revisió, a l'any 2005, de la planificació del sector del gas dona a aquest la categoria d'urgent. L'empresa va modificar la seva composició accionarial amb l'entrada d'ACS, que passaria a convertir-se en accionista majoritari de la nova Escal UGS, SL. En el permís de concessió d'aquell any apareix la primera xifra oficial del cost del magatzem subterrani, que es pressuposta en 533 milions d'euros.

El Consell de Ministres de l'11 de maig de 2012 inicia un procediment contra el paràgraf 14 del Reial decret 855/2008, de 16 de maig, pel qual s'atorga a Escal UGS, SL, la concessió per a l'explotació del magatzem subterrani Castor. El contenciós administratiu iniciat per la mateixa Abogacía del Estado entén que el contingut del decret de concessió del Castor és il·legal perquè és contrari a l'article 29.1 de la Llei d'hidrocarburs (Llei 34/1998, de 7 d'octubre), ja que en cas d'anul·lació o extinció de la concessió d'una explotació, aquesta revertirà gratuïtament a l'Estat, sempre que no sigui requerit el seu desmantellament. El decret de concessió seria contrari a la Llei d'hidrocarburs, pel fet de preveure una compensació a Escal UGS, SL equivalent al valor residual de les instal·lacions en cas de dol o negligència de la mateixa empresa. La sentència del Tribunal Suprem del 14 d'octubre de 2013 dona la

raó a l'empresa concessionària, per tal com la previsió genèrica de gratuïtat en la reversió de les instal·lacions de què fa esment la Llei d'hidrocarburs de 1998 no és aplicable, ja que al RD 855/2008, de 16 maig, hi ha un redactat on s'expliciten les causes de resolució i la no-reversió gratuïta de les instal·lacions sempre que es donin les condicions anteriors: absència de dol i funcionament de les instal·lacions.

Els riscos que havien d'assumir els operadors privats cedeixen davant les garanties de l'Administració en el moment de la concessió. En el cas del Castor, el risc que activa la responsabilitat patrimonial de l'Administració és el risc geològic. Els responsables de l'Institut Geològic i Miner van declarar que desconeixen l'existència de riscos de sismicitat en el projecte de magatzem, i en cap moment es van requerir informes de sismicitat. Sembla que en els procediments administratius de la concessió de magatzem es podria haver obviat l'avaluació dels riscos sísmics derivats de l'activitat. Aquest fet estaria situant la responsabilitat de negligència en l'Administració, pel fet que havia donat la concessió d'un magatzem de gas sense avaluar-ne els riscos. Així, en el moment d'activar la responsabilitat patrimonial de l'Administració, és l'Administració la responsable del desconeixement del risc de sismicitat a la zona. La relació entre sismicitat a la zona i la injecció del gas una vegada va entrar en funcionament va ser més que evident per totes les parts. Això va fer que en tot moment el motiu de l'extinció fos imputable a l'Administració. Per contra, sí que va haver-hi polèmica si es considerava que la instal·lació estava en funcionament, ja que només havia entrat en fase de proves.

L'empresa Escal UGS, SL va demanar l'extinció de la concessió a principi de l'estiu de 2014. La indemnització va ser publicada en el Reial decret 13/2014, de 3 d'octubre, pel qual s'adopten mesures urgents en relació amb el sistema de gas. S'hi reconeix, en la part dispositiva, que el total de la inversió ascendeix a 1.461 milions d'euros. Al cap de 35 dies hàbils, l'Estat va abonar aquesta quantitat a Escal UGS, SL.

Conclusions del capítol

En aquest apartat s'ha analitzat l'evolució de la responsabilitat patrimonial de l'Administració en el sector de l'emmagatzematge subterrani de gas. Aquest sector presenta unes cobertes legals i contractuals de garanties en cas de revocació de la concessió. En el present capítol hem desglossat cadascun dels contractes de totes les concessions de magatzem de gas subterrani a l'Estat espanyol, i hem donat un caràcter sistemàtic d'anàlisi a tots els casos sobre les clàusules d'extinció dels contractes. La legislació de contractes del sector públic és vigent per igual a tots els magatzems subterranis, i per tant la responsabilitat patrimonial de l'Administració és de caràcter legal. Tot i això, s'observa una evolució de la responsabilitat patrimonial de l'Administració a nivell contractual; un major nivell de garanties i de concreció d'aquesta amb el pas del temps.

Dels magatzems subterranis de gas a Espanya, els quatre últims van entrar en funcionament entre el 2007 i el 2011 (Yela, Gaviotas, Castor i Marismas), amb la Planificació 2002-2011 i la seva revisió de 2005. Aquests quatre tenen clàusules en l'extinció del contracte de con-

cessió amb responsabilitat patrimonial de l'Administració, que s'accentua amb unes majors garanties en les més recents. El concessionari tindrà el dret a rebre el valor net comptable de la concessió en el moment de la devolució de la concessió. En cas de negligència del concessionari, es retribuirà pel valor residual de la concessió només en les dues més recents.

Així, de la construcció i entrada en funcionament d'aquests quatre magatzems es desprenen dues característiques importants: la urgència per la seva entrada en funcionament i l'etapa expansiva del cicle econòmic. Pel que fa a la necessitat d'entrada en funcionament, la necessitat de complir la Directiva 98/93/CEE, de 14 de desembre, de reserves mínimes, fa que els diferents governs hagin tingut urgència en la construcció d'aquests magatzems. La falta de temps per a l'estudi, la planificació i la construcció implicaria que els privats demanessin majors garanties a l'Estat per causes degudes a l'Administració, i no pas per negligència dels concessionaris. Cal remarcar que molts dels magatzems subterranis de gas són concessions d'hidrocarburs esgotades o en camí d'esgotar-se, i que el concessionari té la potestat, segons la Llei d'hidrocarburs de 1998, de canviar la concessió d'explotació d'hidrocarburs a emmagatzematge de gas. Així, l'empresa té la capacitat d'allargar la concessió canviant el model de negoci d'extracció d'hidrocarburs a emmagatzematge de gas per buscar-ne una major rendibilitat. Per a les concessions que no eren explotacions, la legislació espanyola permet que sigui la iniciativa privada la que ofereixi possibles ubicacions com a magatzem subterrani.

Pel que fa a l'adjudicació de concessions en etapes expansives del cicle econòmic i la pertinent necessitat d'entrada en funcionament, això hauria provocat que el concessionari demanés més garanties a l'Administració per a la seva posada en marxa. La pressa per part del Govern espanyol de disposar d'una capacitat en un sector amb dificultats tècniques podria haver sigut un factor clar per fer més explícita l'RPA en els contractes de concessió.

La renúncia a la concessió del Castor per part d'Escal UGS, SL i les sentències del Tribunal Suprem sobre la responsabilitat patrimonial de l'Administració existent en els contractes il·lustren com el sistema jurídic dona cobertura al sistema legal i contractual de la responsabilitat patrimonial de l'Administració. El pas del temps ha portat a una major RPA en aquest sector i a la necessitat d'adaptar-la a les necessitats específiques de cada projecte.

Capítol 6. L'RPA en infraestructures ferroviàries

6.1. Tramvies urbans

La tornada dels tramvies

Els projectes de tramvia es van instaurar a Espanya a final del segle XIX. A principi del segle XX es van expandir, però als anys 60 i 70 es van començar a desmantellar en aparèixer un problema amb el trànsit urbà. La majoria de tramvies operaven segons un règim de concessió, amb conflictes entre concessionaris, autoritats municipals i Administració central. Al final, moltes d'aquestes concessions van ser municipalitzades o abandonades. A principi dels 90 va començar una nova onada d'instauració de xarxes de tramvies en diferents capitals de província. Aquesta onada va arribar amb un cert retard respecte a d'altres països més capdavanters, però es va establir de forma prou extensa al llarg del territori, seguint la dinàmica d'una implantació en aquelles ciutats de més habitants primer.

Taules 4 i 5. Projectes de tramvies en funcionament i tramvies finalitzats.

	Entrada en funcionament
Alacant	2004
Barcelona	2004
Bilbao	2002
Madrid	2007
Màlaga	2014
Múrcia	2011
Saragossa	2011
Sevilla	2007
Tenerife	2007
València	2007
Vitòria	2008
Cadis	2017
Granada	2016

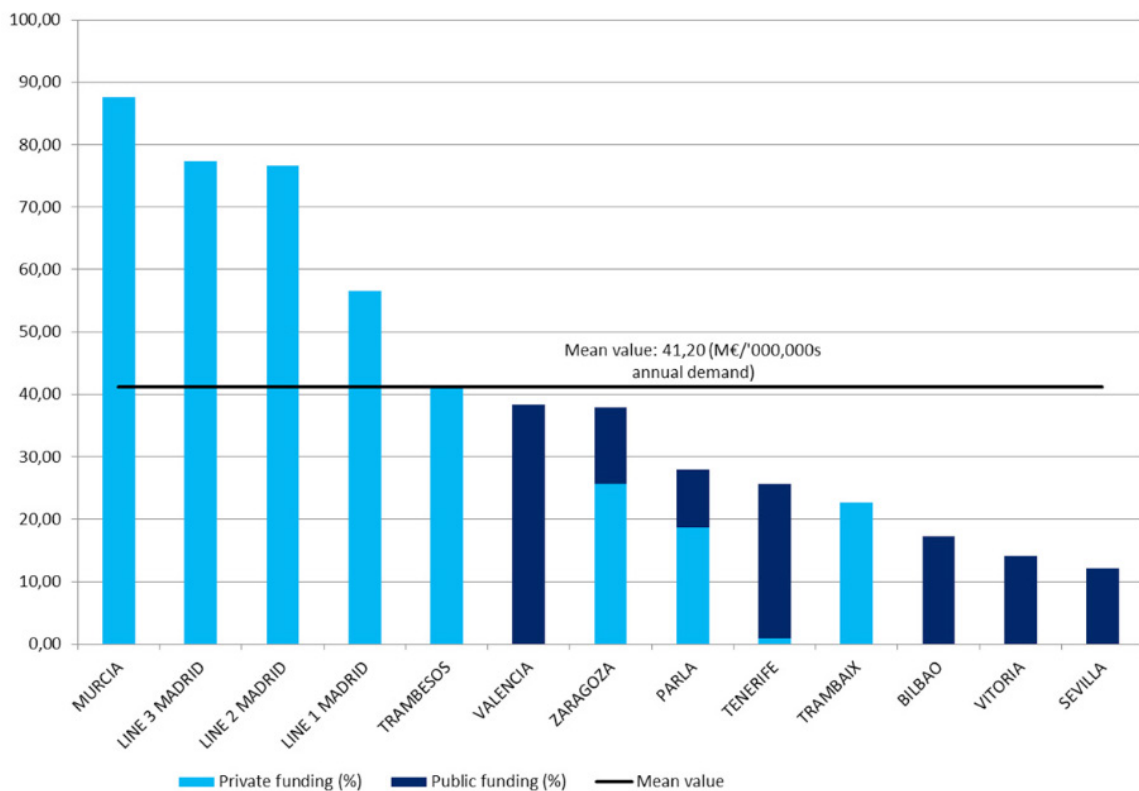
	Estat
Almeria	Abandonat avantprojecte
Còrdova	Abandonat avantprojecte
Gijón	Estudi de viabilitat i aturat
Huelva	Construït i sense funcionar
Jaén	Construït i sense funcionar
Jerez de la Frontera	Abandonat avantprojecte
Santander	Ni posat en marxa projecte
Segòvia	Abandonat
Toledo	Abandonat
Vélez-Málaga	Operat i tancat

Els estudis entre col·laboracions publicoprivades i operadors públics de tramvies no troben diferències a simple vista entre ambdós tipus de projectes (Carpintero i Barcham, 2012). Per contra, en la majoria de projectes de tramvia, quan el cost per quilòmetre construït és major, el finançament és majoritàriament privat, mentre que, en cas contrari, és finançat directament per l'Administració pública (Martín *et al.*, 2014). Això es pot interpretar de dues maneres: o que els governs recorren al finançament dels projectes més cars amb col·laboracions amb els privats, o bé que el cost per quilòmetre del tramvia té una tendència

a augmentar amb la participació d'empreses privades en el seu finançament. De les dues hipòtesis, la primera sembla la més plausible. També troben que els costos d'operació són majors en projectes finançats privadament.

És interessant veure a la figura 5 com a més inversió per cada passatger transportat, el sector privat hi té una major participació. L'Administració decideix que aquells projectes on aquesta ràtio surt més alta siguin finançats pel sector privat. Segurament, aquest hauria de tenir menors incentius per agafar aquests projectes, a menys que la taxa de retorn fos superior als projectes on la inversió respecte als passatgers transportats fos menor. Per tal de mitigar aquesta situació, ens podem trobar casos on l'RPA és més alta, ja que per operar contractes on el risc és més alt, el concessionari demanarà unes majors garanties.

Figura 5. Inversió per passatgers anuals transportats (€/passatger).



Font: Martín *et al.* (2014).

En els següents apartats analitzarem tots els contractes de concessió de tramvies i metros lleugers disponibles per veure si hi ha alguna relació entre possible risc del sector privat i RPA.

Tramvia Vélez-Màlaga

Va entrar en servei al 2009. A final d'abril de 2012, l'Ajuntament va aprovar-ne la suspensió i la substitució per una nova línia d'autobús, amb la qual cosa el servei va finalitzar el 4 de juny de 2012. Els motius són els alts costos d'operació i l'elevat dèficit anual que provocava en les hisendes públiques. L'any de tancament, la demanda era d'uns 1.800 viatgers al dia, la meitat del que era necessari per mantenir l'equilibri economicofinancer. El total de la inversió ascendeix a 40 milions d'euros. Es desconeix quin paper ha tingut l'RPA en aquest projecte.

Tramvia-metro Màlaga

Tot i que es tracta d'un tramvia, rep el sobrenom de «metro». Aquest tramvia és totalment diferent del fallit tramvia Màlaga-Vélez, on els primers trams es troben en funcionament des de 2014. L'explotació és a càrrec d'una empresa mixta majoritàriament privada, mentre que el sector públic hi és representat a través de la Junta d'Andalusia amb el 25% de l'accionariat. En aquest contracte és característica també l'aparició de sobre costos, que van anar dels 403 milions d'euros inicials als 870 milions d'euros que finalment va costar el projecte.

Si analitzem el plec de clàusules administratives, hi trobem:

33. RIESGO Y VENTURA

La totalidad del contrato de concesión, en sus aspectos de construcción, explotación, conservación y financiación, se desarrolla a riesgo y ventura del concesionario. [...]

El concesionario asume el riesgo y ventura de la evolución de tráfico, sin que pueda reclamarse de la Administración compensación alguna por el hecho de que la evolución real de tráfico se separe de lo previsto en las prognosis de tráfico aportadas por el concesionario. [...]

En particular y con carácter meramente enunciativo, no se derivarán en ningún caso responsabilidades para la Administración respecto a:

- *Los resultados de la explotación de las líneas.*
- *La evolución del número de viajeros en la línea objeto de la concesión.*
- *La evolución de los residentes en el entorno de las estaciones.*
- *El aumento, supresión, reducción o modificación de las líneas de transporte colectivo que sirvan actualmente a la zona, o las que se prevean en un futuro para prestar servicio, por parte de otras administraciones públicas competentes distintas a la contratante.*
- *La evolución y rendimiento de las actividades complementarias que conforme a la cláusula 29.g) PCAP pudieran autorizarse.*

Por lo tanto, la ejecución del contrato, tanto en la fase de construcción y explotación como en lo relativo a la financiación, se realiza a riesgo y ventura del concesionario, quien no tendrá derecho a indemnización alguna salvo en los casos de fuerza mayor. [...]

Es tracta d'un contracte on l'Administració deixa molt clar que hi ha un risc i ventura del concessionari. Respecte a d'altres tramvies, o a d'altres obres com magatzems de gas o autopistes de peatges, aquest és un contracte on l'Administració situa el risc d'operació i demanda a la part del concessionari. Tot i això, en cas de resolució durant el període d'explotació, el plec diu:

44.2.2. Resolución durante el periodo de explotación

1. Por Incumplimiento del concesionario.

En dicho caso el concesionario tendría derecho a una compensación por el Valor Patrimonial de la Inversión equivalente al valor de:

- *obras realizadas (conforme al precio final reconocido por la Administración deducida la cuota de amortización y dotación al fondo de reversión acumuladas contabilizadas en función del número de años que corresponda)*
- *adquisición de bienes necesarios para la explotación de la concesión deducida la cuota de amortización acumulada contabilizada en función del número de años que corresponda*
- *de lo anterior se deducirían las aportaciones (subvenciones) de las Administraciones a fondo perdido [...]*

En aquest cas, si el concessionari no és capaç d'arribar a l'equilibri economicofinancer del seu pla, es trobarà que només recuperarà la inversió no amortitzada d'obra descomptant-ne les subvencions. Les despeses que tindrà seran les de constitució de la societat, d'estudis i projectes i despeses financeres. Si fos per culpa de l'Administració, aquestes despeses quedarien cobertes, això com una compensació parcial pel lucre cessant.

Quan el motiu és per culpa de l'Administració, el plec recull que s'abonarà al concessionari el lucre cessant. Això vol dir actualitzar tots els fluxos futurs de beneficis a la taxa interna de retorn (TIR) continguda en el pla economicofinancer. Així, la diferència entre causa deguda al concessionari o no és si a aquest se l'indemnitza pel lucre cessant o no.

Tramvia Madrid 3 (Parla)

El tramvia de Parla és operat des de 2007. L'adjudicació inicial del projecte va ser per 96 milions d'euros, mentre que al cap d'uns anys es va descobrir que aquesta xifra augmentava fins als 256 milions, i, més recentment, s'ha reconegut un deute de 42 milions d'euros. Això fa que la xifra final arribi a 298 milions d'euros, quasi tres vegades més que l'adjudicació inicial.

El tramvia és operat per una empresa mixta, amb un 85% de l'empresa privada Globalvia Infraestructuras i l'altre 15% de l'extingida Caixa de Castella-la Manxa, participació que avui és en mans del Fons de Garantia de Dipòsits de l'Estat espanyol. Aquesta empresa opera amb un contracte de concessió de disseny del projecte, construcció i explotació del servei durant 40 anys.

L'articulat de les causes de resolució del contracte de concessió al tramvia de Parla és molt semblant al de Màlaga. Diferència entre fase de construcció i d'exploració, i en ambdós casos es diu si és per culpa de l'Administració o del concessionari. Tan sols l'apartat d'assumpció de riscos hi fa una referència diferent, en no repetir-se en diversos apartats els riscos del concessionari però quedant prou clars els riscos que assumeix el concessionari:

La compañía concesionaria asume asimismo los riesgos derivados de la disponibilidad, de la fiabilidad y de la demanda del sistema en las condiciones exigidas en los Pliegos del concurso.

A més, recull el mateix posicionament respecte al lucre cessant: en cas de resolució del contracte per causa de l'Administració, s'abonaran els beneficis restants descomptats de la TIR pactada.

Tramvia de Saragossa

La característica principal del tramvia de Saragossa és que es tracta d'una empresa mixta, on l'Ajuntament en té el 20% i el restant es reparteix entre diferents socis privats. Va entrar en funcionament l'any 2011. El cost final del projecte ha estat de 388 milions d'euros, amb un sobrecost de 33 milions d'euros.

En cas de resolució del contracte, es fa esment a l'article 264 de la Llei de contractes del sector públic de 2007, on en els supòsits de resolució, l'Administració abonarà al contractista el preu de les obres i instal·lacions executades, tot tenint en compte el temps fins al final de la reversió. El redactat és semblant al cas analitzat de Màlaga, on una de les poques diferències és que en cas que l'Administració modifiqui per raons d'interès públic les condicions d'exploració de l'obra, o faci qualsevol actuació que trenqui l'equilibri de la concessió, la societat tindrà el dret al reequilibri de la concessió. A més, en cas d'una resolució per causa de l'Administració, el concessionari tindrà dret a ser compensat pel lucre cessant, tal com passa en els altres projectes.

Per tant, pel fet de tractar-se d'una empresa mixta s'hi observen les mateixes garanties que en una empresa totalment en mans privades, en referència tant als articles de la Llei de contractes del sector públic que donen cobertura a l'RPA com al seu desenvolupament en el contracte.

Conclusions del capítol

Els tramvies han experimentat una expansió en els últims vint anys a Espanya. Aquesta expansió va començar a les zones més poblades i va continuar en zones amb una menor densitat d'habitants. Una de les característiques d'aquests partenariats publicoprivats és que els responsables públics d'aquests projectes són els ajuntaments. Els partenariats publicoprivats en forma d'empreses mixtes han estat presents en ciutats com Saragossa o Parla, mentre que en d'altres ciutats s'ha optat per gestors totalment privats o públics. La

principal dificultat d'aquest capítol ha recaigut a obtenir els contractes de concessió, per tal d'analitzar els riscos entre les diferents parts. Tot i això, el que sí que es veu és que en els contractes analitzats hi ha una clara existència de l'RPA, sigui per la via contractual o bé per la legal. Les empreses analitzades tenen, totes, la característica de ser mixtes.

Les primeres dades entre inversió en el projecte i accionariat del partenariat porten a pensar que en els projectes que requereixen un major esforç inversor relatiu a la demanda de viatgers hi trobem una major presència d'operadors privats en l'accionariat. Quan aquesta relació disminueix, apareixen els partenariats amb accionariat públic i privat, mentre que els exclusivament públics els trobaríem en projectes més segurs. L'interès de les administracions públiques a evitar comptabilitzar aquestes inversions com a deute porten a la creació d'aquests partenariats, entre d'altres raons. Així, l'RPA estaria actuant en aquest sector com una garantia per a projectes on els riscos d'explotació són majors.

Tot i això, a diferència d'altres sectors, s'observa com l'Administració transfereix el risc de demanda i explotació al concessionari, on s'expressa que l'explotació de la concessió és pel seu risc i ventura. Les garanties de retorn de la inversió efectuada en l'obra són sempre presents, tant si la demanda evoluciona de la forma prevista com si no ho fa. La garantia de la totalitat del benefici en cas de resolució per causa de l'Administració en tot el sector és un fet característic del sector, tot i tractar-se d'empreses mixtes.

Una segona característica d'aquest sector és l'aparició de sobre costos en l'etapa de construcció. Aquests sobre costos s'acaben traslladant al preu final de l'obra, que no deixa de ser el valor total de la inversió. Si l'Administració certifica aquests sobre costos, està reconeixent que el concessionari tindrà el dret de devolució d'aquesta inversió. Això vol dir un increment del valor total de la responsabilitat patrimonial de l'Administració en cas de resolució del contracte.

6.2. El túnel del Pertús

El projecte

La construcció i explotació de la línia ferroviària d'alta velocitat entre Figueres i Perpinyà va convertir-se en la primera –i encara única– connexió ferroviària internacional en ample europeu per a Espanya. Fins aleshores, els combois provinents del corredor mediterrani creuaven la frontera per Portbou en línia d'ample ibèric, fet que obligava a llargs i costosos procediments d'interconnexió de xarxes (transbordament), amb la qual cosa es debilitava la competitivitat d'aquest mode de transport respecte de la carretera, tant per al moviment de persones com per al de les mercaderies. Amb aquesta connexió en secció internacional d'una línia ferroviària de doble via i d'ús mixt (passatgers i mercaderies), Espanya trencava l'aïllament ferroviari històric, que era conseqüència d'una decisió sobre l'ample ferroviari presa per afavorir una major estabilitat aportada per vies més amples en un país amb orografia accidentada i per motivacions militars de caire defensiu, davant eventuais invasions estrangeres provinents de França, on la via era més estreta (ample internacional UIC).

L'interès dels dos estats implicats, França i Espanya, a facilitar la interconnexió de les dues xarxes ferroviàries es va manifestar des de l'any 1992, en la cimera hispano-francesa d'Albi, però no es va confirmar fins a la mateixa cimera organitzada a Toledo un any després. Aquesta darrera cimera es va convertir en l'origen de l'Acord de Madrid de 1995, en el qual els dos estats es comprometien a promoure l'enllaç ferroviari internacional en el marc de la política de transport i d'infraestructures europea. Aquesta prenia una direcció inequívoca i determinada en prioritzar el transport ferroviari –tal com promovia el Tractat constitutiu de la Comunitat Europea–, fins al punt d'identificar un llistat de projectes transeuropeus prioritaris en les cimeres de Corfú i Essen de l'any 1994.

Un dels aspectes més rellevants de l'acord entre els dos estats era la voluntat expressa, ja inclosa en els acords de Madrid de 1995, d'optar pel model concessional com a única via possible, atorgant a la iniciativa privada tant la construcció com l'explotació de la infraestructura sobre la base d'una única concessió, malgrat que la infraestructura ocupava territori de dos estats sobirans diferents. Cal tenir en compte que aquesta decisió es prenia en el context dels criteris de convergència de Maastricht, que posava límits al dèficit i el deute dels estats i fixava els objectius necessaris per garantir l'adopció de la moneda comuna.

L'enllaç internacional pel Pertús implicava la construcció d'un nou túnel de dos tubs i 8,3 quilòmetres, conjuntament amb la construcció de vies d'accés entre Figueres i Perpinyà i la construcció de les instal·lacions i equipaments necessaris. En conjunt, el projecte suposava la construcció de 44,4 quilòmetres de via d'alta velocitat mixta. D'aquests, 24,6 quilòmetres recorren per territori espanyol i 19,8 quilòmetres, per territori francès. En total, el pressupost inicial del projecte va ser de 952 milions d'euros de l'any 2003, però els sobre costos van situar el cost final en 1.184 milions. D'aquests, 636 milions serien sufragats per administracions públiques (estats i Unió Europea) com a subvencions directes, i 44 milions més com subvencions addicionals per garantir la viabilitat de la concessió. Per tant, el túnel del Pertús es va finançar ja d'entrada en una part molt important pels impostos dels contribuents d'Espanya, França i el conjunt de la Unió Europea. L'altra partida més important era el deute sènior, que pujava a 389 milions, mentre que el capital propi era de 51 milions d'euros, als quals se sumen 51,4 milions i 11,6 milions de préstecs i interessos de préstecs participatius, respectivament, per constituir els fons propis de la societat.

La licitació de la concessió va ser aprovada a Espanya pel Consell de Ministres del 23 de febrer de 2001. Tanmateix, diversos problemes de procediment van obligar a iniciar un nou procés de licitació l'any 2003. Els plecs de bases per a l'adjudicació de la concessió i el projecte de contracte s'aprovaven l'11 de juny de 2003. Quatre grups empresarials hi van mostrar interès i van participar com a candidats en un procediment que va ser escollit com a procediment negociat amb publicitat:

- Grup FERROMED, format per RFF, GIF, SETEC i INECO.
- Grup FERROVIAL-VINCI, format per Ferrovial-Infraestructuras, Vinci, Vinci-Concesioneres i Vinci-Infraestructuras.

- Grup TP FERRO, format per Eiffage, ACS-Actividades de Construcción y Servicios, ACS-Proyectos, Obras y Construcciones, Cobra-Instalaciones y Servicios, Dragados-Concesiones de Infraestructuras i Dragados-Obras y Proyectos.
- Grup TRANSPYRINEOS, format per FCC-Construcción, Itinere-Infraestructuras, Acciona, Necso, Bouygues Travaux Publics, DTP Terrassement i DV-Construction.

Com es pot comprovar, en totes les ofertes hi participaven empreses dels dos estats, i el paper de les empreses constructores és d'una rellevància evident. El dia 14 de novembre de 2003 es van seleccionar com a finalistes les ofertes dels grups FERROMED i TP FERRO, i aquesta darrera va ser la que va obtenir el contracte de concessió després del procediment negociat. Aquesta decisió va ser compartida pels dos estats. El dia 30 de gener de 2004 es va confirmar en el cas d'Espanya, mentre que França va confirmar-ho unes setmanes més tard, el 17 de febrer. En conseqüència, els dos estats actuen com un únic concedent d'un contracte que permetria explotar la infraestructura per un període de 50 anys (que inclou 5 anys de fase constructiva). Per tant, actuen de forma solidària quant a drets i obligacions, fet que serà d'importància quan citem la responsabilitat patrimonial de l'Administració en la fase de liquidació de la societat. La selecció del guanyador es va basar en els següents criteris, que convé mencionar en aquest moment:

- Menor quantitat d'ajuts públics sol·licitats.
- Adequació a les característiques tècniques proposades.
- Solidesa del finançament i coherència de la política tarifària.

El marc normatiu i la regulació de la concessió

La font primària de regulació de la concessió és el mateix contracte. Tanmateix, el caràcter internacional de la concessió fa que les normatives aplicables tant al procediment com al contracte de concessió siguin les pròpies del dret internacional, així com el respecte als compromisos internacionals. Tal com argumenta Sanz (2005) en el seu repàs del marc normatiu de la concessió, tot allò que no estigués estipulat en aquest marc normatiu requeria l'aplicació de marcs suplementaris, que en aquest cas es deriven de les legislacions nacionals dels estats implicats. En concret, s'estableix que el dret aplicable a la concessió serien els principis comuns a les normes aplicables, a Espanya i a França, a les concessions d'obres i serveis públics. En cas de no trobar-se un principi comú, la qüestió es podria resoldre per un tribunal arbitral, que aplicaria la norma que semblés més ajustada a l'interès de la concessió, escollida entre les aplicables a Espanya o a França.

El dret espanyol o francès serà aplicable, segons els casos, pel criteri de territorialitat quan aquest representi degudament la matèria que s'ha de regular. Per exemple, serà així en el cas d'expropiacions forçoses o en relació amb els requisits per a l'execució d'obres, com les declaracions d'impacte ambiental o les autoritzacions i llicències necessàries. Un altre aspecte de territorialitat fonamental per al que en aquest treball es considera és el del dret mercantil. La ubicació del domicili social de l'empresa a Espanya fa que el dret mercantil

aplicable a l'empresa sigui l'espanyol, i amb ell el procediment de liquidació de la societat concessionària que d'acord amb la Llei de contractes del sector públic hi incorpora la responsabilitat patrimonial de l'Administració. És impossible determinar per part d'aquest equip investigador si l'empresa va considerar aquesta qüestió a l'hora d'instal·lar la seu social a Espanya i no a França, on manté un establiment permanent.

La transferència de risc en el contracte de concessió

L'article 6 de l'Acord de Madrid de 1995 preveia la possibilitat que els estats poguessin atorgar subvencions i contribucions procedents de les administracions públiques i de la Unió Europea. Aquest fet és habitual quan s'espera que una infraestructura tingui una contribució socioeconòmica però no assoleixi, per si mateixa, la viabilitat financera. Tanmateix, la legislació internacional sembla deixar clar que la concessió d'obra ha de portar associada una clara transferència de risc.

Tot i que les normatives internacionals no inclouen ni regulen el conjunt de drets i obligacions de les parts, la Comissió Europea va emetre una comunicació interpretativa sobre les concessions en el dret comunitari (2000/C 121/02) que tindria un impacte en la concessió que centra el nostre interès. En aquesta nota, la Comissió descriu la concessió d'obra pública i la distingeix d'altres modalitats similars com els contractes d'obra, tot deixant clar que la modalitat concessional implica la transferència del risc i ventura en la fase d'explotació del contracte. És el concessionari qui finança l'obra amb ajut o sense, i qui n'ha de recuperar la inversió amb el pagament per ús dels usuaris. Per això, el dret a l'explotació transfereix al concessionari la responsabilitat tècnica i financera i la gestió de l'obra, i fa que n'assumeixi els riscos vinculats a l'explotació, com per exemple la gestió i l'ús de la infraestructura o el risc associat a la inversió o als capitals invertits. El fet que s'hi inclogués el risc associat a la inversió, malgrat que aquesta inversió es va finançar amb crèdits de garantia pignorada, suposava que calia interpretar que la transferència de risc havia de cobrir també les inversions en actius realitzades per la societat concessionària, i no només el capital aportat pels seus socis. Aquesta comunicació no era d'aplicació vinculant.

El dret espanyol ja incloïa transferència de risc en la Llei de contractes de l'Administració pública, que indicava que l'execució dels contractes de concessió d'obra es feia a risc i ventura del contractista, amb l'excepció de motius de força major. Tanmateix, no quedava prou clar si aquest risc traslladat es limitava o no al capital aportat pels socis (*equity*) o si, a més, afectava les inversions dutes a terme, que són centrals en l'execució de la responsabilitat patrimonial de l'Administració.

La transferència de risc quedava manifestada en el contracte de concessió per tal que no se'l considerés un contracte encobert d'obra pública, d'acord amb les distincions fetes per la Comissió. I això en diferents apartats. S'hi indica clarament que la concessió s'atorga a risc i ventura del concessionari, siguin quines siguin les eventualitats que es produeixin durant la vida de la concessió. Inclús s'hi indica que el concessionari no podrà emparar-se en el caràcter inexacte, incomplet o contradictori dels estudis que se li hagin fet a mans per

part de l'Administració, ja que correspon al concessionari validar-los, verificar-los, comprovar-los o completar-los. Inclús s'hi manifesta que el concessionari n'assumeix tots els riscos, tant de costos com de demanda: d'una banda, assumeix els riscos derivats dels costos de construcció, manteniment i explotació, que inclouen fins i tot l'obtenció d'autoritzacions administratives; de l'altra, durant la fase d'explotació assumeix els riscos derivats del major o menor ús de la infraestructura, sense que els estats aportin cap garantia d'ingrés mínim ni d'un trànsit mínim a partir del qual seria oportuna una compensació. L'Administració, a canvi, s'obligava a facilitar les connexions necessàries en aquesta infraestructura amb característiques de xarxa i a prioritzar el trànsit internacional. Per tant, els estats no fan res més que garantir el normal funcionament de les xarxes que alimenten la secció internacional, sense cap altre compromís ni garantia.

L'única via de mitigació de riscos es preveia en la política tarifària. Si bé el contracte de concessió establia els preus per als primers tres anys, l'actualització posterior dependria d'uns coeficients que adaptarien els cànon a la baixa o a l'alça d'acord amb el trànsit real. Aquest mecanisme d'ajust tarifari permet una certa flexibilitat per tal d'adaptar-se a les contingències pròpies dels cicles econòmics i d'eventuals canvis en els patrons de mobilitat que puguin afectar la demanda, sense necessitat de costoses renegociacions.

Tot i això, i essent el contracte la font primària de regulació de la concessió, hi ha una clàusula que tindrà un efecte determinant en la distribució de riscos, en particular davant de la fallida de la concessió. Si bé el contracte estableix compensacions en el cas de modificacions requerides pels estats (canvis en les característiques de les obres de construcció) que afectessin l'equilibri economicofinancer del concessionari, o quan hi ha una nova regulació o mesura que també l'afecta, hi ha una clàusula concreta addicional que estableix el següent:

Art. 24.3. En el caso de que un hecho distinto de los previstos por las Cláusulas 24.1 y 24.2, imprevisible en la fecha de la concesión y ajeno a las partes, dé lugar a una ruptura sustancial de la economía de la Concesión, el Concesionario, al objeto de continuar el cumplimiento de sus obligaciones, podrá proponer a los Concedentes las medidas, en particular tarifarias o referidas a la modificación del plazo de la Concesión estrictamente necesarias para asegurar dicho cumplimiento. Los concedentes habrán de notificar su decisión al respecto en un plazo de 2 (dos) meses.

Aquest article posa de manifest la possibilitat d'esdeveniments sobrevinguts no previsibles que podrien donar lloc a compensacions per part dels estats. Tanmateix, aquesta és una possibilitat que podria ser rebutjada per l'estat, i sembla orientar-se més a la modificació de tarifes i terminis, no a compensacions econòmiques específiques davant de la liquidació de l'empresa. En canvi, s'entén que si aquests requeriments a proposta del concessionari no són atesos, l'empresa es dirigirà cap a la seva liquidació. És en aquest cas quan cal observar l'articulat següent sobre la resolució de la concessió en la clàusula 25 del contracte de concessió:

Art. 25.2. En el caso de que, una vez producido uno de los supuestos previstos por la Cláusula 24.3, la ruptura sustancial de la economía de la Concesión sea o haya de resultar definitiva, la resolución de la Concesión podrá ser acordada por los Con-

cedentes o, a solicitud del concesionario, por el tribunal arbitral al que se refiere la Cláusula 30.

És davant d'aquesta liquidació definitiva de la societat concessionària quan cal observar, en la mateixa clàusula, l'article 25.5, que completa el procediment de liquidació indicant compensacions equiparables al que popularment coneixem com a «responsabilitat patrimonial de l'Administració»:

Art. 25.5. En los supuestos de resolución previstos por esta Cláusula 25, con excepción de la Cláusula 25.3, los concedentes pagarán al Concesionario el porcentaje del valor neto contable – excluidos los gastos financieros de cualquier naturaleza distintos de los gastos financieros intercalares durante el periodo de construcción- de los bienes de reversión obligatoria, conforme a las letras B-1 y D-1 de las Cláusulas 26.6 y 26.7, respectivamente, y del valor neto contable de los bienes de reversión potestativa que hayan sido objeto del ejercicio por los Concedentes de su derecho de adquisición, resultante de la realización de la operación 100-X, siendo X el porcentaje definido en la Cláusula 26.8.

El muntant que correspon a «X», la quantitat que cal sostroure de les compensacions, és el que determina la clàusula 26.8. Aquesta preveu bàsicament els ajuts públics aportats per tal de finançar l'adquisició i construcció d'actius. Per tant, la responsabilitat patrimonial de l'Administració no s'aplica sobre el total del valor net comptable dels actius, sinó sobre aquest mateix, una vegada descomptats els ajuts i subsidis públics que han permès la seva adquisició o construcció. El redactat és el següent:

Art. 26.8. «X» corresponde al porcentaje que representa el importe total de las ayudas públicas percibidas por el concesionario en la fecha de declaración de resolución, en relación con el valor contable – excluidos los gastos financieros de cualquier naturaleza – de los bienes de reversión obligatoria, adquiridos, construidos o en curso de construcción, conforme a las letras B-1 y D-1 de las Cláusulas 26.6 y 26.7 respectivamente, y el valor neto contable de los bienes de reversión potestativa que hayan sido objeto del ejercicio por los Concedentes de su derecho de adquisición, tal y como figuran en el balance del Concesionario en la fecha de puesta en servicio, o en la de la declaración de la resolución si ésta es anterior, actualizándose tales importes al tipo del 7(siete)% con referencia a la fecha de puesta en servicio o a la de la declaración de la resolución si ésta es anterior.

Aquesta quantitat és la que cal descomptar de la compensació pel valor comptable net dels actius que seran revertits a l'Estat, de forma que la compensació «neta» es determinarà per la fórmula 100-X, citada en l'article 25.5. Per tal de quantificar aquesta compensació, l'anterior al descompte d'ajuts i subvencions, els apartats B-1 i D1 indiquen el següent i ho fan de manera quasi idèntica. Per tal d'estalviar al lector una doble lectura, a continuació indiquem el que preveu l'apartat B-1:

Art. 26.6. (B-1) El valor neto contable – excluidos los gastos financieros de cualquier naturaleza distintos de los gastos financieros intercalares durante el período de construcción – de los bienes que reviertan obligatoriamente a los Concedentes, adquiridos,

construidos o en curso de construcción. Este valor no tendrá en cuenta las eventuales deducciones impuestas por las normas contables en vigor por razón de eventuales deficiencias que afecten a tales bienes, cuando éstas requieran la adecuación prevista por la letra A-2-d. El valor neto contable al que se refiere este apartado no comprende los bienes o elementos corporales o incorporales adquiridos por el Concesionario con posterioridad a la fecha de la declaración de la resolución. Asimismo, tampoco se incluirá el valor de los bienes o elementos corporales o incorporales adquiridos por el concesionario con posterioridad a la fecha de requerimiento de subsanación o de la notificación previstos por las cláusulas 26.3 y 26.4, respectivamente, en el caso de que los concedentes no hayan autorizado previamente tales adquisiciones, ni el de los adquiridos durante el período inmediatamente anterior a tales requerimiento o notificación en el supuesto de que los Concedentes puedan cuestionar legítimamente la adquisición

Per tant, aquestes clàusules permeten concloure que, tot i l'interès per incentivar una assumptió de riscos per part dels concedents, l'existència de clàusules que determinen una garantia de la mateixa naturalesa que la denominada «responsabilitat patrimonial de l'Administració» fa que una part molt important de la inversió es trobi del tot protegida pel contracte de concessió. En aquest sentit, s'observa com el valor comptable de la inversió realitzada pel concessionari, més enllà de l'aportada per l'Estat, li serà retornada en cas de liquidació per esdeveniments sobrevinguts no esperables que afectin de forma determinant l'economia de la concessió. La qüestió de fons, tal com es veurà a continuació, és si una demanda inferior a l'esperada pot considerar-se una eventualitat inesperada.

Comencen els problemes

La construcció de la infraestructura va consumir un període de 5 anys, i es va completar al mes de febrer de 2009. Tanmateix, no es va poder obrir al trànsit ferroviari fins al mes de desembre de 2010, amb solucions temporals. No va ser fins al 8 de gener de 2013 quan el servei es va completar en alta velocitat. El concessionari va rebre aleshores una compensació en forma d'extensió temporal del contracte de concessió de 3 anys i uns préstecs participatius i una aportació directa per valor de 128 milions d'euros. Aquesta compensació fou valorada en uns 150 milions d'euros en el seu conjunt, i s'explicava per l'incompliment de l'Administració de les seves responsabilitats per garantir el correcte funcionament de la concessió. Va afectar de forma directa els ingressos provinents de l'ús de la infraestructura.

Per una banda, TP FERRO va reclamar 93 milions d'euros com a compensació pels retards en l'entrada en funcionament de les connexions d'alta velocitat que alimenten la secció internacional, per la no-homologació dels trens i la no-interoperabilitat de la línia Barcelona-Figueres, que van derivar en un trànsit inferior a l'esperat. D'altra banda, va reclamar 350 milions d'euros per sobre costos imprevisibles, entre els quals 143 milions per motius geològics durant la construcció del túnel, 10 milions per la mateixa raó en la construcció del viaducte del Muga i 4 milions per problemes derivats de l'Agència Catalana de l'Aigua. També sol·licitaven 115 milions per l'increment extraordinari del preu dels productes derivats del

petroli, de productes siderúrgics i pel preu del coure. I 18,9 i 56,4 milions, respectivament, per la compra de terrenys necessaris per a la construcció de la infraestructura i per sobre-costos financers. El Tribunal de Ginebra, en ambdós casos, va decidir rebutjar aquestes reclamacions.

La manca de trànsit suficient per permetre el servei del deute de la companyia concessionària es va fer evident a la primavera de l'any 2015, quan TP FERRO va alertar que, si no hi havia solucions facilitades pels creditors i pels estats, es veia abocada al concurs de creditors. De fet, el concurs es va iniciar el dia 19 de març, i aleshores va començar un període per facilitar l'acord entre la banca, els fons creditors i l'empresa concessionària. Tanmateix, aquest acord no va arribar, entre d'altres coses perquè la banca i els fons, especialment els estrangers, trobaven més atractiva i segura la liquidació de l'empresa i l'execució de l'RPA que no pas reestructurar el deute de la concessionària en un entorn de clara insolvència, sense que els principals motius d'aquesta estiguessin resolts, ni en camí d'estar-ho.

El deute financer era de 389 milions d'euros, i es trobava repartit entre BBVA, CaixaBank, ING, Novo Banco, Bankia i els fons gestionats per Avenue Capital, Bluemountain Capital, Bank of America i Neuberger Berman. Tot i així, van proposar a l'Administració la injecció de capital públic suficient per donar continuïtat a l'empresa (entre 60 i 100 milions d'euros), proposta que va ser rebutjada pel Ministeri de Foment. Aquesta era la quantitat que vencia el mes de juny de 2015 i a la que TP FERRO ja no podia fer front. Alternativament, TP FERRO va proposar als creditors una ampliació de terminis de 19 anys, suggeriment que va ser molt mal rebut per la banca i pels fons propietaris d'aquest deute. Tampoc els socis tenen cap intenció d'aportar-hi més capital.

Darrera d'aquesta situació hi trobem un sector ferroviari incapaç de poder competir amb la carretera, amb uns ports desconnectats de la xarxa d'alta velocitat o amb solucions temporals com tercers fils, una infraestructura més pensada per a passatgers que per a mercaderies i una estimació de la demanda massa optimista d'acord amb el potencial de viatges que podia haver-hi entre Barcelona i França (20% del previst). En total, les circulacions es troben a una enorme distància de l'expectativa de 80 combois diaris entre passatgers i mercaderies que s'havia fixat com a quantitat que feia viable la concessió. La demanda actual només és suficient per generar menys de 10 milions d'euros anuals, fet que provoca a TP FERRO unes pèrdues anuals de més de 100 milions d'euros (112,8 l'any passat).

Finalment, el dia 17 de juliol l'empresa va presentar el concurs de creditors als jutjats de Girona, amb deutes d'uns 460 milions d'euros i després de mostrar un incompliment del seu pla de negocis, presentant només una quarta part dels ingressos esperats i sense capacitat per renegociar el seu deute. En tot moment, la companyia va anunciar que aquesta quantitat seria exigida als estats en virtut de la responsabilitat patrimonial de l'Administració. L'empresa es troba en concurs de creditors des del dia 3 de setembre de 2015 i suposa un maldecap per a l'Estat des d'aleshores per les conseqüències que la seva liquidació pugui tenir sobre l'execució de la responsabilitat patrimonial de l'Administració. Si no hi ha cap acord d'últim moment, la concessionària serà liquidada el 30 de juny de 2016. El Ministeri de Foment, en qui revertiria la infraestructura, ha anunciat que davant d'aquesta circumstància

es garantirà que els serveis ferroviaris segueixin operant, sense explicar amb precisió amb quina modalitat de gestió es faria això. Algunes alternatives podrien ser la constitució d'una nova societat de capital públic, propietat al 50% dels dos estats, o la divisió de la secció internacional segons criteri territorial, amb ADIF com a encarregada de la gestió a Espanya i RFF, a França. Tanmateix, sigui quina sigui la solució en la gestió, res sembla eximir els dos estats de fer front al deute de la companyia activant la responsabilitat patrimonial de l'Administració i havent-ho d'apuntar, per tant, en els seus respectius comptes públics. Els socis, per la seva banda, perdran el capital invertit, que es situa en 51 milions d'euros, una sisena part del total de fons públics aportats pels contribuents (636 milions).

La manca de competència en el transport ferroviari, encara avui en mans de Renfe amb quotes de mercat que li asseguren pràcticament el monopoli i l'ús quasi exclusiu de les locomotores necessàries per fer el recorregut, i un peatge massa alt pel Pertús, han fet que la majoria d'empreses encara optin pel pas de Portbou. Els problemes amb la MAT (interconnexió de la xarxa d'alta tensió) han fet que la línia no tingui l'alimentació elèctrica necessària per garantir el nivell de servei i fiabilitat desitjat. Aquests problemes, units als problemes inherents a una demanda massa allunyada de la realitat, així com els sobrecostos derivats, fan que la societat concessionària no només tingui un problema de liquiditat que podria superar-se guanyant temps amb aportacions de capital, sinó també que hi hagi un problema evident de solvència a mitjà termini.

Conclusions del capítol

El projecte del túnel del Pertús i la concessió en secció internacional és un projecte inusual pel fet de tractar-se d'un acord internacional entre dos estats sobirans per compartir una infraestructura ferroviària en règim de concessió privada. Tot i els esforços de la Comissió Europea per promoure que aquestes concessions es fessin segons criteris de risc i ventura per evitar contractes d'obra pública encoberts sota el format de concessions, el marc normatiu ha permès limitar enormement la responsabilitat dels socis privats. Tot i que el marc normatiu descrit incidia en la importància de traslladar els diversos riscos, la responsabilitat patrimonial de l'Administració funciona com a clau de volta que limita el risc en les mateixes aportacions de capital. En aquest cas concret, el contracte de concessió, que funciona com a font principal de regulació de la concessió, inclou clàusules de compensació pel valor comptable dels actius que reverteixen als estats en cas de liquidació de la societat. Una vegada més, aquest marc fomenta el recurs al crèdit com la principal font de finançament, amb la garantia que les inversions seran cobertes per l'RPA. Aquesta situació promou que els creditors tinguin més interès a executar l'RPA que no pas a renegociar i reestructurar el deute de les companyies que es troben en dificultats, ja que l'RPA els garanteix la recuperació dels diners prestats amb menor risc i en un termini més curt.

La conseqüència de ser una concessió atorgada simultàniament i solidàriament entre dos estats fa que la responsabilitat social de l'Administració present en l'ordenament espanyol afecti també l'Estat francès, que haurà de contribuir també en part de la compensació, tot i que encara no es coneix com es determinaria la part que ha de satisfer cada estat. El cas

del túnel del Pertús mostra com és d'inútil fer grans esforços per clarificar els riscos de les parts, particularment els riscos d'explotació, si segueix existint una clàusula com l'RPA que protegeix el capital propi i fomenta el finançament per la via del deute, consolidant models de negoci que exploten el seu potencial en la construcció d'infraestructures sense que l'evolució del cicle vital de la infraestructura sigui determinant per al risc assumit pels inversos privats.

Capítol 7. Conclusions

El model de concessió d'obres públiques que han adoptat les administracions públiques de l'Estat espanyol es basa en una elevada participació del sector privat que es troba molt per sobre del que és habitual en altres països. Aquesta col·laboració públicoprivada es dissenya a partir d'uns contractes de concessió que aparentment assignen tot el risc en l'explotació de l'obra, i en particular el risc de demanda, al concessionari. Tanmateix, aquest estudi ha mostrat que el marc legislatiu espanyol inclou una garantia pública que es fa extensiva a tots els contractes de col·laboració públicoprivada de concessió d'obra pública i que limita l'impacte d'escenaris adversos sobre els socis privats. Aquesta clàusula, denominada popularment «responsabilitat patrimonial de l'Administració» (RPA), suposa una protecció de les inversions de la iniciativa privada que es carrega sobre els pressupostos públics.

Els acords de col·laboració públicoprivada es caracteritzen per l'empaquetament de tasques i per la transferència de risc al sector privat. Tal com s'ha exposat en la revisió del marc analític i conceptual del capítol 2, la distribució de riscos promou comportaments eficients i dota d'incentius les diferents parts per tal d'assolir els objectius de la col·laboració.

L'RPA és la compensació que ha de retornar l'Administració al concessionari en cas d'una resolució anticipada del contracte, pel valor net comptable dels actius que revertiran a l'Administració. **L'RPA suposa una garantia sobre les inversions que té un impacte directe sobre la distribució de riscos i sobre els incentius de les parts que formen un acord de col·laboració públicoprivada. Una protecció massa elevada podria promoure comportaments estratègics, oportunistes i, en definitiva, ineficients.** Això no permetria obtenir un dels avantatges habituals d'aquest tipus de col·laboracions, que és el fet que el sector privat avalua millor els projectes i d'aquesta manera s'evita la construcció d'elefants blancs. En el cas de les infraestructures, aquesta elevada protecció de les inversions que suposa l'RPA pot promoure la construcció d'aquests projectes socialment no desitjables, i fomentar així la sobreinversió o sobrecapacitat d'aquelles. En aquest sentit, l'RPA pot ser utilitzada com un instrument per atraure inversors privats per part de governs amb voluntat de promoure obres públiques sense càrrec pressupostari directe.

Aquesta RPA neix a l'Estat espanyol, en el seu sistema jurídic, l'any 1965, tot i que anteriorment podia existir en les clàusules dels contractes. **Per tant, podem concloure que, tal com ha mostrat aquest estudi, l'RPA no és un instrument recent, sinó que gaudeix d'una clara i antiga tradició en l'ordenament jurídic espanyol.** Tot i les seves modificacions al llarg del temps, l'esperit de l'RPA dels anys seixanta s'ha mantingut fins a l'actualitat. El transcurs del temps només ha suposat un perfeccionament de les causes en què aquesta s'aplicava (Llei de contractes de 1973) i la seva adequació i actualització al marc democràtic (Llei 13/1995, de 18 de maig, de contractes de les administracions públiques). Aquestes actualitzacions o modificacions no han fet més que consolidar i estabilitzar la seva existència en l'ordenament jurídic de l'Estat.

Un dels aspectes més aclaridors de la revisió jurídica realitzada en el capítol 3 d'aquest estudi és la universalitat de l'RPA, en el sentit que aquesta és d'aplicació a qualsevol concessió d'obra pública, independentment del sector econòmic o l'administració pública que actua com a concedent. És per aquest motiu que l'RPA és d'aplicació fins i tot en aquells contractes de concessió que no incorporen explícitament una garantia sobre el valor dels actius del concessionari. També és per això que les concessions de la Generalitat de Catalunya, o de qualsevol administració d'àmbit local, es troben sotmeses també a l'aplicació d'aquesta garantia en el marc d'una liquidació de qualsevol societat concessionària d'obra pública, fins i tot per causa deguda al concessionari, en la majoria dels casos. Per aquest motiu, les administracions públiques han de ser conscients que en el moment de concedir un projecte d'obra pública en el marc d'una col·laboració publicoprivada estaran assumint de forma inherent el deure de compensar el concessionari pel valor de la inversió. Això és així fins i tot quan el contracte de concessió especifica clarament que aquest es regirà per la transferència del risc i ventura a la iniciativa privada. **Per tant, es pot concloure que les administracions garantiran el retorn de les inversions independentment del motiu de resolució del contracte, i que els esforços per especificar en els contractes clàusules sobre transferència de risc al sector privat podrien no evitar que aquest risc fos finalment assumit per l'administració concedent, atesa la resolució de responsabilitat patrimonial de l'Administració.**

Tot i això, en els últims dos anys l'RPA n'ha experimentat els canvis més rellevants. En primer lloc, una modificació de l'any 2015 en el règim de compensació al concessionari per la Llei 40/2015. A partir d'aquell moment, l'Administració diferencia entre resolucions per causes imputables a l'Administració o al concessionari. És en aquest darrer cas que l'RPA es modifica i aleshores s'estableix un sistema de valoració de la concessió per la via de la subhasta en lloc del valor net comptable dels actius. La quantitat subhastada serà la que percebrà el concessionari, i això donarà una valoració de mercat a la concessió. Aquesta modificació, sense efectes retroactius, permet posar en dubte la viabilitat de futurs elefants blancs, ja que la inversió no necessàriament quedarà protegida.

El segon gran canvi és la Directiva 2014/23/UE, relativa a l'adjudicació de contractes de concessió, la qual podria tancar l'etapa de l'RPA en les administracions espanyoles. La directiva estableix que el concessionari haurà d'assumir el risc d'explotació, sense tenir cap garantia de retorn de la inversió realitzada. És per aquest motiu que la directiva, que té un contingut incondicional, clar i precís, suposa un dels canvis més substancials que rep l'RPA a l'Estat espanyol, perquè a la pràctica podria suposar la seva eliminació. De fet, tot i que l'Estat espanyol no ha incorporat aquesta directiva en el seu ordenament jurídic intern un cop ja finalitzat el període de transposició, li és igualment d'aplicació.

Aquestes dues modificacions legals de l'RPA tenen una enorme transcendència en l'RPA a l'Estat espanyol. Aquesta voluntat legislativa per modificar l'RPA, especialment en el cas de la Llei 40/2015, podria ser el resultat de diverses forces que portarien a l'interès de l'Administració per mitigar la càrrega que aquesta RPA suposa. Així, **els últims canvis legislatius impliquen una menor protecció del risc dels inversors, ja que suposen**

disminuir la garantia sobre el retorn de la inversió que l'RPA ha assegurat en els darrers cinquanta anys.

Diversos motius podrien explicar les reformes recents. En primer lloc, els diversos casos de fallida d'infraestructures en diferents sectors econòmics han portat a la compensació milionària amb càrrec a uns pressupostos públics que experimenten fortes restriccions. Per això, l'Estat podria estar interessat a restringir l'abast econòmic d'aquestes compensacions, que només en el cas de les autopistes de peatge en procés de liquidació podrien suposar uns 4.000 milions d'euros. Aquests xocs de despesa suposen un problema addicional en la gestió d'uns comptes públics vigilats per les institucions comunitàries.

En segon lloc, l'execució de l'RPA ha posat de manifest l'escàs risc assumit pel sector privat en projectes d'infraestructures que en alguns casos s'han mostrat poc ajustats a les necessitats reals. Aquesta situació ha alertat la ciutadania sobre l'existència d'un marc de relacions entre el sector públic i el sector privat en què gran part del risc queda finalment assumit pels contribuents. L'RPA s'ha convertit, per tant, en una clàusula controvertida políticament entre la població, fet que pot haver motivat les reformes recents i la pressió exercida per aconseguir-les.

Pel que fa a Catalunya, tal com ja s'ha indicat, l'RPA ha estat present en el seu ordenament jurídic com a Administració de l'Estat espanyol. Tot i això, en els últims dies s'ha obert una via a l'Administració catalana per tal d'evitar l'RPA de la legislació espanyola, fins i tot davant de la manca de transposició de la directiva europea de concessions. La Generalitat ha aprovat el Decret llei 3/2016, de 31 de maig, en l'articulat del qual es fa referència al fet que el risc operacional serà suportat pel concessionari. Aquest decret llei dona solidesa i claredat jurídica a la directiva a Catalunya, i permet que l'Administració catalana, per primera vegada, eviti l'RPA en el risc operacional en el seu ordenament jurídic intern.

Aquest treball s'ha servit de tres casos d'estudi per il·lustrar com l'RPA ha estat utilitzada per tal de promoure infraestructures –sota règim de concessió d'obra pública– en projectes que han mostrat una forta sobrecapacitat o sobreoferta. Per tant, l'RPA impedeix que un avantatge dels models publicoprivats com és la millor avaluació dels projectes per part del sector privat s'hagi pogut aprofitar. Així, **es pot concloure que la col·laboració publicoprivada no necessàriament permet evitar la construcció d'elefants blancs, o de limitar la voluntat d'expansió de la inversió dels governs, perquè aquesta contribució esperada del sector privat només pot donar-se quan suporta els riscos derivats de l'exploració de la infraestructura.** L'RPA actua precisament protegint el risc de l'operador privat. A més, **l'RPA podria dotar d'incentius perversos per a la continuïtat de la concessió quan l'execució d'aquesta ofereixi una garantia de cobrament més atractiva per als creditors que no la continuïtat del servei o la reestructuració del deute de l'empresa concessionària. Així, l'RPA podria arribar a precipitar la liquidació de societats amb problemes de solvència a mitjà termini.**

Com hem explicat al llarg del capítol 4, el cas d'estudi de les autopistes de peatge a Espanya mostra com l'RPA ha estat sempre íntimament lligada al desenvolupament de la xarxa d'autopistes de concessió privada. Les autopistes de peatge són un sector que es desenvolupa a partir dels anys 60 a Espanya, paral·lelament amb la introducció de l'RPA legal a la Llei de contractes del sector públic de 1965. La voluntat de construcció d'autopistes de peatge per part de l'Estat, juntament amb les restriccions pressupostàries d'aquest, porta a l'aparició de l'RPA com a garantia.

Els períodes de màxima expansió de la xarxa d'autopistes de peatge privat, i per tant d'inversió privada, han estat lligats a períodes de restriccions pressupostàries. A final dels anys 60, un sistema fiscal massa dèbil per finançar la construcció d'una xarxa d'autopistes va fer orientar el model de provisió cap a la col·laboració publicoprivada. De la mateixa manera, durant la segona meitat dels anys 90 i principi dels 2000 els objectius de convergència en matèria de dèficit i deute públic feien inviable el finançament públic d'una nova xarxa d'autopistes. En ambdós períodes, els governs mantenien una forta voluntat de proveir de noves vies de gran capacitat i, en particular, en el segon dels períodes, de corredors que havien estat qüestionats anteriorment per manca de trànsit suficient per justificar-se o per finançar-los sense subvencions públiques. Per això, **l'RPA ha participat de forma decisiva en aquests períodes d'expansió de l'oferta. En primer lloc, l'RPA apareix i es consolida en l'ordenament jurídic espanyol al mateix temps que s'inicien els programes d'inversió en autopistes de peatge privat.**

En segon lloc, l'RPA s'actualitza quan el Govern torna a prioritzar aquesta modalitat de provisió d'infraestructures en règim de concessió. Entre d'altres coses, es fixa una quantitat màxima de responsabilitat patrimonial de l'Administració per cada concessió, i s'inclou de forma específica en els nous contractes. Aquest fet dona mostres que **l'RPA actua com a instrument per mitigar la incertesa**, en aquest darrer cas fixant compensacions econòmiques màximes però, d'altra banda, reconeixent aquesta assumpció de risc tàcit per part de l'Administració. Un resultat d'aquesta política ha estat la sobredotació d'autopistes i l'existència d'un enorme *gap* entre la capacitat de posada en servei i l'ús, fet que deriva en la fallida de diverses societats concessionàries que reclamen l'execució de l'RPA. Tot i que els projectes adjudicats al sector privat podien ser considerats d'alt risc d'acord amb les estimacions i els estudis fets a final dels 90, un optimisme exagerat i la protecció de l'RPA podrien haver fet que tots aquests projectes trobessin inversors privats interessats.

Un episodi semblant es va produir amb la crisi del sector als anys 80, que va requerir la nacionalització de diverses empreses concessionàries i la reestructuració de la indústria. Això va afavorir l'absorció, per part de les concessionàries més rendibles, de les autopistes en fallida a canvi de renegociar les seves concessions. Aquesta execució, de la mateixa manera que als anys 80, pot tenir enormes conseqüències pressupostàries, tal com ja hem esmentat.

Un cas similar és el dels magatzems subterranis de gas analitzats en el capítol 5. Aquest sector presenta unes cobertures legals i contractuals de garanties en cas de revocació de la concessió homologables a la responsabilitat patrimonial de l'Administració. Després de

repassar cadascun dels contractes de les concessions de magatzem de gas subterrani de l'Estat espanyol –la qual cosa ens ha permès dotar el capítol d'un caràcter sistemàtic d'anàlisi per a tots els casos–, hem identificat de nou una connexió entre voluntat de construcció de nova obra i RPA.

La legislació de contractes del sector públic també és vigent als magatzems subterranis i, per tant, també ho és la responsabilitat patrimonial de l'Administració de caràcter legal. Tot i això, s'observa una evolució de la responsabilitat patrimonial de l'Administració al nivell contractual que ens ha permès identificar una evolució, similar al cas de les autopistes anteriorment descrit, cap a un major nivell de detall quant a garanties i grau de concreció d'aquelles al llarg del temps.

La construcció de magatzems de gas es va accelerar a principi de la dècada dels 2000 per tal de donar compliment a la legislació comunitària. Per això, l'RPA participa com a instrument que reforça la garantia de retorn de la inversió amb la seva presència explícita en uns contractes de concessió que es derivaven de la urgència del compliment de la Directiva 98/93/CEE. Per aquest motiu, tots els contractes tenien clàusules sobre l'extinció del contracte de concessió amb responsabilitat patrimonial de l'Administració. Els contractes més recents eren els que més explicitaven aquesta garantia.

La falta de temps per a l'estudi, la planificació i la construcció podria explicar que els privats demanessin majors garanties a l'Estat per causes degudes a l'Administració, i no pas per negligència dels concessionaris. La pressa per part del Govern espanyol de disposar d'una capacitat en un sector amb dificultats tècniques podria haver sigut un factor clar per fer més explícita l'RPA en els contractes de concessió.

Cal remarcar que els magatzems subterranis de gas són concessions d'hidrocarburs esgotades o en camí d'esgotar-se, i el concessionari té la potestat, segons la Llei d'hidrocarburs de 1998, de canviar la concessió d'explotació d'hidrocarburs a emmagatzematge de gas. Així, l'empresa té la capacitat d'allargar la concessió canviant el model de negoci d'extracció d'hidrocarburs a emmagatzematge de gas per buscar-ne una major rendibilitat. Aquesta reconversió implicava una inversió per part del concessionari, i és l'RPA la garantia que permetia protegir-la.

La renúncia a la concessió del Castor per part d'Escal UGS, SL i les sentències del Tribunal Suprem sobre la responsabilitat patrimonial de l'Administració existent en els contractes il·lustren com el sistema jurídic dona cobertura al sistema legal i contractual de la responsabilitat patrimonial de l'Administració. El pas del temps ha portat a una major RPA en aquest sector i a la necessitat d'adaptar-la a les necessitats específiques de cada projecte.

També els tramvies han experimentat una expansió en els últims vint anys a Espanya. Per això el capítol 6, que aborda com a cas d'estudi les infraestructures ferroviàries, tracta tres casos concrets de tramvies urbans. Una de les característiques distintives d'aquests projectes és el paper dels ajuntaments com a concedents. Tanmateix, el més destacable és l'existència de l'RPA en empreses concessionàries mixtes (capital públic i privat).

Els partenariats publicoprivats en forma d'empreses mixtes han estat presents en ciutats com Saragossa o Parla, mentre que en altres ciutats s'ha optat per gestors totalment privats (Barcelona) o públics (València). L'RPA és present en tots els contractes de concessió estudiats, sigui per la via contractual o per la legal.

D'acord amb les dades obtingudes, sembla que hi ha una certa correlació entre inversió per passatger en el projecte i participació privada. Això ens podria indicar que els ajuntaments han cercat en la iniciativa privada una major implicació quan aquests projectes requerien més esforç inversor. Probablement perquè el risc assumit pels privats és més elevat, l'RPA funcionaria com a garantia davant d'aquesta elevada inversió. A més, com que la participació en l'accionariat dels privats acostuma a ser majoritària, el paper de qualsevol garantia relacionada amb els riscos de la concessió adquireix importància. De fet, com que un dels papers del sector privat en les empreses mixtes acostuma a ser el d'aportar el finançament necessari per dur a terme la inversió, aquesta RPA segueix present en els contractes de concessió fins i tot quan la societat concessionària és participada per l'Administració. De la mateixa manera que en altres sectors, l'interès de les administracions públiques a evitar comptabilitzar aquestes inversions com a deute porta a la creació d'aquests partenariats, també en forma d'empreses mixtes.

En canvi, tot i que els ajuntaments semblen mostrar una major propensió a establir en els contractes que el risc de demanda i explotació es transfereix al concessionari, les garanties de retorn de la inversió efectuada en l'obra són sempre presents, tant si la demanda evoluciona de la forma prevista com si no ho fa. La garantia de la totalitat del benefici en cas de resolució per causa de l'Administració en tot el sector és un fet característic del mateix sector, tot i tractar-se d'empreses mixtes.

Una segona característica d'aquest sector, però que també ha estat present tant en autopistes de peatge com en altres infraestructures ferroviàries, és l'aparició de sobre costos en l'etapa de construcció. Aquests sobre costos s'acaben traslladant al preu final de l'obra, que no deixa de ser el valor total de la inversió. Si l'Administració certifica aquests sobre costos, està reconeixent que el concessionari tindrà el dret de devolució d'aquesta inversió. Això vol dir un increment de la responsabilitat patrimonial de l'Administració en cas de resolució del contracte. **Per tant, es pot concloure que l'RPA, en garantir la inversió realitzada, pot induir a sobre costos en la construcció, o, en el millor dels casos, eliminar els incentius a l'eficiència constructiva del concessionari.**

El darrer cas d'estudi revisat en aquest treball, també en l'àmbit ferroviari, és la concessió de la secció internacional d'alta velocitat entre Espanya i França, que inclou el túnel del Pertús. També en aquest projecte inusual i de gran complexitat tècnica i jurídica trobem clàusules del contracte de concessió que funcionen a la pràctica com l'RPA de la legislació espanyola. En tractar-se d'un acord internacional, la font de regulació contractual primària és el mateix contracte de concessió. Probablement per això, l'RPA apareix en el contracte, aclarint la cobertura del risc d'inversió dels socis privats. Tot i els esforços de la Comissió Europea per promoure que les concessions d'obra pública es fessin segons criteris de risc i ventura per evitar contractes d'obra pública encoberts sota el format de concessions, el marc normatiu

ha permès limitar enormement la responsabilitat dels socis privats. Per tant, una extensiva cobertura dels riscos privats suposa, segons la Comissió, una estratègia comptable per fugir de les limitacions imposades en les ràtios de dèficit i deute públics. L'RPA, en el cas d'aquesta concessió, inclou clàusules de compensació pel valor comptable dels actius que reverteixen als estats en cas de liquidació de la societat.

L'enorme desviació de la demanda prevista respecte de la demanda existent i previsible en els propers anys s'ha fet evident, i també en el cas d'aquesta concessió, com en els casos estudiats anteriorment, ha portat a la resolució anticipada i posterior liquidació de la concessió. Les característiques de la connexió, el nivell d'ús de l'alta velocitat a Espanya, les alternatives existents per al pas de mercaderies per Portbou i la demanda de viatges de passatgers entre Espanya i França, feien difícil esperar un nivell de servei suficient per satisfer l'equilibri economicofinancer de la concessió. Tanmateix, l'RPA permet al concessionari recuperar la inversió feta i als creditors, els diners prestats amb càrrec als contribuents.

En conjunt, aquest treball ha posat de manifest que la responsabilitat patrimonial de l'Administració ha funcionat com un instrument que, per la via de protegir la inversió, ha permès fomentar la participació privada en la construcció d'infraestructures sense haver de recórrer al pressupost públic a curt termini. Amb ella s'han pogut accelerar processos d'inversió que en diversos casos s'han mostrat clarament sobredimensionats en relació amb l'ús potencial o la demanda de la capacitat posada a disposició. Aquesta desvinculació entre oferta i demanda ha produït diversos episodis controvertits d'execució de l'RPA que han acabat o van per la via d'acabar amb compensacions milionàries per part dels contribuents. L'RPA actua sobre els incentius de les parts, tal com fan totes les garanties, d'acord amb una distribució de riscos que no permet aprofitar els avantatges del sector privat a l'hora d'escollir els millors projectes. De fet, aquesta atorga incentius a comportaments estratègics que permeten que el sector privat pugui actuar en un marc en què els beneficis es troben poc limitats i les pèrdues, ben restringides. Aquesta asimetria fa que el nivell de risc assumit pels privats sigui petit i que les empreses segueixin comportaments arriscats acceptant participar en projectes dubtosos, ja que si els retorns són positius, poden ser elevats, i si l'escenari és l'advers, les pèrdues seran escasses. Per tant, l'RPA fa que el valor esperat d'una concessió d'obra arriscada sigui positiu i que, per tant, diverses empreses privades hi vulguin participar.

D'altra banda, l'RPA permet que el negoci principal de les concessions d'obra pugui ser la construcció de la mateixa obra, amb una certa independència del que pugui passar en l'etapa d'explotació. Tradicionalment, l'accionariat de les empreses concessionàries ha estat format per empreses constructores i empreses financeres. Aquests concessionaris han tendit a endeutar-se i pignorar els actius construïts i adquirits per tal de donar suport als crèdits obtinguts dels financers. Els socis financers habitualment han prestat aquests diners sabent que el valor d'aquests actius es trobava protegit per l'RPA. D'altra banda, els socis constructors s'adjudiquen a si mateixos les obres de construcció, fent que les seves empreses matrius o filials constructores obtinguin el benefici propi d'aquesta activitat, mentre que l'RPA permetia que la pèrdua màxima de l'empresa que participa en l'accionariat de la concessionària fos el capital propi invertit. Aquest es troba molt limitat, tal com hem

explicat, per l'enorme grau d'endeutament amb què es finança l'obra. Mentre el benefici en la construcció sigui més elevat que la pèrdua privada en la concessionària, el grup de l'empresa constructora no només no perdrà diners, sinó que a més obtindrà el marge que resulti de la diferència del benefici de la construcció i el capital aportat (i perdut) a l'empresa concessionària.

Aquesta circumstància mostra un cert conflicte d'interès de les parts, ja que l'RPA pot fomentar aquestes accions estratègiques. Com a mínim, l'RPA fa que el centre de l'activitat de la concessionària no sigui la mateixa explotació a llarg termini de la infraestructura, sinó que s'orienti a la construcció. Per tal d'evitar aquest tipus de conflictes, hi ha dues possibilitats. En primer lloc, es pot eliminar l'RPA, de forma que el finançament extern serà més exigent a l'hora de finançar inversions. Això podria fer que el capital privat arriscat fos més elevat i que, per tant, el risc assumit pels inversos fos també més elevat. D'altra banda, el manteniment de l'RPA, o altres garanties similars, podria ser-hi sempre que es prohibís que la contractació de l'obra es pugui fer amb alguna empresa del grup dels socis propietaris de la concessió. D'aquesta manera s'eliminarien molts dels conflictes comentats. Fins i tot, alternativament, es podrien mantenir les garanties i la identitat entre constructora i socis de la concessionària, sempre que s'obligués els inversors privats a aportar un capital privat elevat i, per tant, limitar el recurs al crèdit o finançament extern a la mateixa concessionària. Totes aquestes vies de regulació podrien millorar molt els resultats de la col·laboració entre sector públic i privat en infraestructures i, en particular, podrien evitar promoure la sobreoferta dels partenariats publicoprivats.

Referències

ALBALATE, Daniel. *The Privatisation and Nationalisation of European Roads. Success and Failure in Public-Private Partnerships*. Cheltenham: Edward Elgar, 2014.

ALBALATE, Daniel *et al.* «Risk mitigation and sharing in motorway PPPs: A comparative policy analysis of alternative approaches». *Journal of Comparative Policy Analysis* [Taylor and Francis], vol. 17, núm. 5 (2015), p. 481-501.

ALBALATE, Daniel; BEL, Germà; FAGEDA, Xavier. «When supply travels far beyond demand: Causes of oversupply in Spain's transport infrastructure». *Transport Policy* [Elsevier], núm. 41 (2015), p. 80-89.

CARPINTERO, Samuel; BARCHAM, Raphael. «PPP in Light Rail Transit Systems in Spain». *World Academy of Science, Engineering, and Technology*, vol. 6, núm. 5 (2012), p. 853-856.

Comisión Europea. *Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*. Brussel·les: Comisión Europea, 2004.

HODGE, Graeme A.; GREVE, Carsten; BOARDMAN, Anthony (ed.). *International Handbook On Public-Private Partnerships*. Cheltenham: Edward Elgar, 2010.

ENGEL, Eduardo; FISCHER, Ronald; GALETOVIC, Alexander. *The economics of public-private partnerships. A basic guide*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

GRIMSEY, Darrin; LEWIS, Mervyn K. *Public Private Partnerships, The Worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2004.

GRIMSEY, Darrin; LEWIS, Mervyn K. «Are Public Private Partnerships value for money? Evaluating alternative approaches and comparing academic and practitioner views». *Accounting Forum* [Elsevier], vol. 29, núm. 4 (2005), p. 345-378.

IOSSA, Elisabetta; SPAGNOLO, Giancarlo; VELLEZ, Mercedes. «Best Practices on Contract Design in Public-Private Partnerships». Washington: The World Bank Institute, 2007.

MARTIMORT, David; POUYET, Jérôme. «To build or not to build: Normative and positive theories of public-private partnerships». *International Journal of Industrial Organization* [Amsterdam: Elsevier], vol. 26, núm. 2 (2008), p. 393-411.

MARTÍN, Luis *et al.* «Analysis of Light Rail Systems in Spain According to Their Type of Funding». *Procedia-Social and Behavioral Sciences* [Elsevier], vol. 162 (2014), p. 419-428.

PHILLIPS, R. «Matrix of Risks Distribution – Roads». *PPP in infrastructure resource center for contracts, laws and Regulation*. Washington: The World Bank, 2008.

SANZ, Francisco. «Un ejemplo de concesión internacional de obras públicas: El contrato de concesión para la construcción y explotación de la línea ferroviaria a alta velocidad entre Figueras y Perpiñán». *Revista de Administración Pública* [Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales], núm. 168, (2005), p. 381-407.

STANDARD AND POOR'S. *Public Private Partnerships: Global Credit Survey 2005*. Nova York, 2005.

YESCOMBE, E. R. *Public-private partnerships. Principles of policy and finance*. Burlington: Butterworth-Heinemann, Elsevier Finance, 2007.