

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

FRANCISCO SANZ GANDÁSEGUI
Abogado del Estado

1. INTRODUCCIÓN.—2. ANTECEDENTES DEL CONTRATO DE CONCESIÓN: EL ACUERDO DE 10 DE OCTUBRE DE 1995 ENTRE FRANCIA Y ESPAÑA.—3. LA COMISIÓN INTERGUBERNAMENTAL HISPANO-FRAN-
CESA.—4. EL PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN Y LA ELABORACIÓN DEL PLIEGO DE BASES Y DEL CONTRATO CONCESIONAL.—5. EL DERECHO APLICABLE AL CONTRATO DE CONCESIÓN.—6. EL CONTENIDO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN: a) *Delimitación del objeto y partes contratantes*. b) *El reparto de riesgos; la asunción sustancial del riesgo y ventura del contrato por parte del concesionario*. c) *El riesgo concesional y las ayudas financieras de los Estados*. d) *Derechos y obligaciones de las partes: en particular, la fuerza mayor, el ejercicio de ius variandi, el hecho imprevisible, la cláusula de progreso y el factum principis*. e) *La resolución del contrato de concesión; consideración específica de las consecuencias de la resolución por incumplimiento del concesionario*.—7. LA RELACIÓN DEL CONCESIONARIO CON LOS USUARIOS Y EL MARCO TARIFARIO DE LA CONCESIÓN.—8. LA CLÁUSULA DE ARBITRAJE.

RESUMEN

El contrato de concesión para la construcción y explotación de la línea ferroviaria de alta velocidad entre Figueras y Perpiñán, firmado el 17 de febrero de 2004 en Madrid, con una duración de cincuenta años, constituye una novedad en la experiencia española de las obras públicas al ser el primer enlace transfronterizo ferroviario que se construye para una línea de alta velocidad y, además, a través del modelo concesional. En este artículo se analiza el antecedente del contrato de concesión constituido por el Acuerdo de 10 de octubre de 1995 entre Francia y España, en especial en lo que se refiere al Derecho aplicable y el papel de la Comisión Intergubernamental Hispano-Francesa encargada de negociar el contrato y controlar su ejecución. A continuación se describe el procedimiento seguido para la licitación y el contenido del pliego de bases y del contrato concesional. De este último se subrayan los aspectos que se consideran de más interés, entre ellos el reparto de riesgos entre el concedente y el concesionario, con especial mención a las ayudas financieras de los Estados; se abordan también los derechos y obligaciones de las partes y, en particular, el régimen aplicable a los casos de fuerza mayor, *ius variandi*, hecho imprevisible, cláusula de progreso y *factum principis*. Finalmente se describe el sistema de resolución del contrato de concesión y la relación del concesionario con los usuarios, con una breve referencia al marco tarifario de la concesión y a la cláusula de arbitraje.

Palabras clave: contrato de concesión; línea de alta velocidad Figueras-Perpiñán.

ABSTRACT

The public works concession contract to perform the construction and operation of the high speed train connection between Spain and France signed on february 17th, 2004 in Madrid is something new in the history of Spanish public works. This contribution deals with the background of this contract, i.e., the French-Spanish Treaty signed on october the

10th 1995, particularly as it establishes its legal regime and sources of Law and the role of the International Commission in charge of negotiating the contract and controlling its execution. Then, the contribution describes the procedure which was followed to award the contract and the content of the administrative specification sheets and the draft of the contract. There are some issues of the contract which are particularly underlined like how the risks are shared between the concessionaire and the Administration, and, particularly, public funding through monetary contributions; the rights and obligations of the concessionaire and the Administration, *force majeure*, *ius variandi* (i.e. the modification of the terms of the operation of the works due to public interest), *factum principis* (i.e. the actions adopted by the Administration leading directly to the rupture of the economy of the concession) and the obligation of the concessionaire to maintain public works at each moment according to the state of the art. Finally, particular attention is given to the causes of termination of the contract due to the concessionaire and the relation between the concessionaire and the user, rates to be paid and the arbitration clause.

Key words: concession contract; high speed train connection between France and Spain.

1. INTRODUCCIÓN

El enlace ferroviario a alta velocidad entre Figueras y Perpiñán constituye una novedad en la experiencia española de las obras públicas. En efecto, es el primer enlace transfronterizo ferroviario que se construye para una línea de alta velocidad y, además, a través del modelo concesional.

Este trabajo pretende describir las características fundamentales de este proyecto desde la perspectiva jurídica.

Para ello, comenzará por exponerse el contenido del conocido como Acuerdo de Madrid, suscrito el 10 de octubre de 1995 entre España y Francia, origen jurídico de esta iniciativa. A continuación se expondrán los momentos más significativos de su desarrollo, incluido el procedimiento seguido para su adjudicación y el contenido del contrato concesional, donde se abordará el régimen jurídico del contrato, con especial consideración al reparto de riesgos entre el concedente y el concesionario, las ayudas públicas y los derechos y obligaciones de las partes.

El interés de este proyecto reside en su singularidad, por su carácter internacional y transfronterizo, en que constituye un ejemplo de la aplicación del contrato de concesión de obras públicas entre dos Estados, con un régimen jurídico quizás único, todo lo cual puede servir como experiencia que puede aprovecharse en iniciativas futuras.

2. ANTECEDENTES DEL CONTRATO DE CONCESIÓN: EL ACUERDO DE 10 DE OCTUBRE DE 1995 ENTRE FRANCIA Y ESPAÑA

El contrato de concesión entre los Estados español y francés y la sociedad concesionaria TP Ferro para la construcción y explotación de la línea ferroviaria de alta velocidad entre Figueras y Perpiñán, firmado en Madrid el 17 de febrero de 2004, trae su causa del Acuerdo internacional suscrito

entre el Reino de España y la República Francesa el 10 de octubre de 1995. Dicho Acuerdo surge del interés de ambos países, manifestado desde 1992 en la Cumbre hispano-francesa de Albi, y confirmado posteriormente en la de Toledo, en noviembre de 1993, de realizar una línea ferroviaria de alta velocidad a ancho internacional entre Montpellier y Barcelona. La Cumbre hispano-francesa de Foix, en octubre de 1994, definió la voluntad de ambos Estados de llevar adelante el proyecto. El Acuerdo se firmó el 10 de octubre de 1995 en Madrid (de ahí que sea conocido como Acuerdo de Madrid) y, tras la correspondiente tramitación interna, entró en vigor el 11 de diciembre de 1997, fecha de la última notificación cruzada entre las partes comunicando el cumplimiento de los procedimientos constitucionales exigidos, según se establece en su artículo 11; fue objeto de publicación en el *BOE* el 29 de enero de 1998; en Francia entró en vigor por Decreto núm. 98/98, de 16 de febrero, publicado en el *Journal officiel* el 21 de febrero de 1998.

El enlace se integra dentro del proyecto de tren de alta velocidad sur-Europa que figura en la lista de proyectos transeuropeos prioritarios adoptados por el Consejo Europeo en las Cumbres de Corfú y Essen, el año 1994.

Tanto para la Unión Europea como para España y Francia, la nueva conexión ocupa un papel relevante. Lo es para la Unión Europea en la medida en que supone la construcción de una línea transfronteriza de ferrocarril incluida dentro de los proyectos de redes transeuropeas. Con ello, además de fomentar la integración europea, se atiende a la política europea de redes transeuropeas, recogida en los artículos 154 a 156 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que favorece la intermodalidad y la preferencia del transporte a través del ferrocarril como medio de mejorar las comunicaciones y aligerar el peso sobre las redes viarias¹. Desde la

¹ Así, la Decisión núm. 884/2004/CE, de 29 de abril de 2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, que modifica la Decisión núm. 1692/96/CE, de 23-7-1996, sobre las orientaciones comunitarias para el desarrollo de la red transeuropea de transporte, ha establecido orientaciones comunitarias en el ámbito de la red transeuropea de transporte, determinando los proyectos de interés común con los que contribuir al desarrollo de dicha red e incluyendo en su Anexo III los proyectos específicos a los que el Consejo Europeo, en sus reuniones de Essen en 1994 y de Dublín en 1996, asignó una importancia especial; en el citado Anexo se contempla la Sección internacional Perpiñán-Figueras como uno de los proyectos prioritarios para la Unión Europea.

En efecto, se razona en las citadas Decisiones que dado que el aumento del tráfico, sobre todo debido al porcentaje cada vez mayor de vehículos pesados de transporte de mercancías, ha provocado una congestión y puntos de estrangulamiento cada vez más importantes en corredores de transporte internacionales, para garantizar la movilidad internacional de las mercancías y los pasajeros, hacen falta medidas dirigidas a optimizar la capacidad de la red transeuropea. En el Consejo Europeo de Goteburgo de 2001 se pidió a las instituciones comunitarias que adoptaran unas nuevas orientaciones relativas a la red transeuropea de transporte al efecto de dar prioridad, en su caso, a inversiones en infraestructuras en el ámbito de los ferrocarriles, las vías navegables, el transporte marítimo de corta distancia, las operaciones intermodales y las interconexiones efectivas. El Consejo Europeo de Barcelona de 2002 destacó el objetivo de reducir los cuellos de botella en regiones como los Alpes, los Pirineos y el mar Báltico.

El Consejo Europeo de Bruselas de diciembre de 2003 subrayó que los proyectos prioritarios determinados son fundamentales para fortalecer la cohesión del mercado interior,

perspectiva española, es claro el interés por llevar a cabo la primera conexión a ancho europeo con Francia y el centro de Europa en una línea de alta velocidad destinada a pasajeros y mercancías. El mismo interés motiva a Francia, con el objetivo añadido de minorar la intensidad del tráfico de sus carreteras.

sobre todo con miras a la ampliación de la Unión Europea y dada la necesidad de eliminar cuellos de botella o completar los tramos que faltan para la circulación de mercancías a través de barreras naturales o de otro tipo, o a través de las fronteras.

La Segunda Conferencia Paneuropea de Transporte, celebrada en Creta en 1994, y la Tercera, celebrada en Helsinki en 1997, definieron diez corredores de transporte paneuropeos y cuatro áreas paneuropeas como prioritarios con miras a la cooperación entre la Comunidad Europea y los terceros países interesados.

En el informe remitido a la Comisión el 30 de junio de 2003, el Grupo de alto nivel sobre la red transeuropea de transporte seleccionó un número limitado de proyectos prioritarios con arreglo a un método cuyos criterios incluían, en particular, su viabilidad económica potencial, el grado de compromiso de los Estados miembros interesados respecto al cumplimiento de un calendario previamente acordado en la programación de proyectos, su repercusión sobre la movilidad de bienes y personas entre Estados miembros, y su impacto en la cohesión y el desarrollo sostenible.

El Libro Blanco de la Comisión sobre la política europea de transportes propugna un planteamiento integrado que combine, entre otras cosas, las medidas de revitalización del sector ferroviario, en especial de los servicios de transporte de mercancías, de promoción de la navegación interior y del transporte marítimo de corta distancia, de estímulo de una mayor complementariedad entre el tren de alta velocidad y el transporte aéreo, y de fomento del desarrollo de sistemas de transporte inteligentes interoperativos a fin de garantizar una mayor eficacia y seguridad de la red.

La eficacia de la política común de transportes depende, entre otras cosas, de la coherencia de las medidas encaminadas a revitalizar el sector ferroviario y desarrollar la infraestructura ferroviaria. La Directiva 2001/12/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2001, por la que se modifica la Directiva 91/440/CEE, del Consejo, sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios, contempla una red transeuropea de transporte de mercancías por ferrocarril abierta a los servicios internacionales de transporte de mercancías a partir de 2003. Las líneas de la red transeuropea de transporte de mercancías por ferrocarril deben considerarse líneas de la red ferroviaria, tal como se definen en las orientaciones de la Decisión núm. 1692/96/CE, para que puedan beneficiarse de las inversiones y atraer parte del tráfico de la carretera.

Las Decisiones citadas consideran que es preciso declarar de interés europeo proyectos prioritarios, concentrar en ellos la financiación comunitaria y establecer mecanismos que fomenten la coordinación entre Estados miembros a fin de facilitar la realización de tales proyectos en los plazos previstos.

La definición de qué proyecto es prioritario se realiza en el artículo 19 de la Decisión, donde se consideran como tales los que:

- a) pretenden suprimir un punto de congestión o completar un enlace que falte en un eje importante de la red transeuropea, en especial los proyectos que sean transfronterizos, superen barreras naturales o tengan tramos transfronterizos;
- b) habida cuenta de su dimensión, una planificación a largo plazo y a escala europea aportará un valor añadido importante;
- c) presentan, en su conjunto, ventajas socioeconómicas potenciales netas y otras ventajas socioeconómicas;
- d) mejoran de manera significativa la movilidad de bienes y personas entre Estados miembros, con lo que también contribuyen a la interoperabilidad de las redes nacionales;
- e) contribuyen a la cohesión territorial de la Unión Europea, al integrar las redes de los nuevos Estados miembros y mejorar las conexiones con las regiones periféricas e insulares;
- f) contribuyen al desarrollo sostenible de los transportes, mejorando su seguridad y reduciendo sus efectos perjudiciales en el medio ambiente, en particular mediante

Según su exposición de motivos, el Acuerdo de Madrid tiene como objetivo fundamental el de desarrollar una conexión ferroviaria a alta velocidad y ancho internacional entre España y Francia a través de Figueras y Perpiñán, aunque lo más característico de este objetivo es su clara opción porque este proyecto se construya y explote con la colaboración de la iniciativa privada a través del modelo concesional. Así, el artículo 2 se refiere expresamente a ello como única vía prevista en el Acuerdo para llevar a cabo el proyecto definido en el artículo anterior. Esta forma de llevar a cabo una obra pública transfronteriza es una novedad, como se exponía anteriormente, en el Derecho español. En efecto, el tramo, de unos 40 kilómetros, que enlaza con las redes francesa y española se contruye y llegará a explotarse a través de una única concesión, en la que el concedente es, como un solo sujeto, los dos Estados. Sin perjuicio de abundar posteriormente en las consecuencias jurídicas de este principio de la unidad de concesión, debe aquí subrayarse cómo el Acuerdo se refiere a la «sección internacional» (art. 1) en singular, lo que se complementa en el artículo 2 con la mención a «un contrato de concesión entre los dos Gobiernos y el concesionario»².

El contenido del Acuerdo de Madrid es en sí mismo muy escueto y se limita a proporcionar la orientación y los instrumentos imprescindibles para poder desarrollar la decisión de los Estados.

En efecto, tras la descripción técnica del objeto concesional como línea ferroviaria de ancho europeo equipada con doble vía y para tráfico mixto, el Acuerdo proporciona solamente los elementos esenciales que han de guiar la construcción y explotación del proyecto.

Buena parte del Acuerdo gira en torno a la modalidad elegida para la construcción y explotación del proyecto y las exigencias que ello conlleva.

Así, el artículo 2.2 establece la obligación de los dos Estados de facilitar las conexiones al tramo internacional. Con ser algo evidente, el Acuer-

el fomento de una transferencia modal hacia el ferrocarril, el transporte intermodal, las vías navegables y el transporte marítimo;

- g) muestran el compromiso de los Estados miembros interesados en cuanto a la realización de los estudios y procedimientos de evaluación a tiempo para terminar las obras en la fecha previamente acordada, tomando como base los planes nacionales o cualquier otro documento equivalente sobre el proyecto de que se trate.

Así, dentro del Anexo III figura como proyecto prioritario cuyo inicio está previsto antes del 2010, dentro del eje ferroviario de alta velocidad del sudoeste de Europa, los tramos Madrid-Barcelona (2005), Barcelona-Figueras-Perpiñán (2008), Perpiñán-Montpellier (2015) y Montpellier-Nîmes (2010).

² En efecto, como se desarrollará posteriormente, es característico de este proyecto su consideración como una unidad desde el punto de vista jurídico, más allá del ámbito territorial sobre el que se materializa. Constituyen, sin embargo, excepción a lo que se dice, en la medida en que presuponen que esta unidad vigente en el período concesional se ha roto, las disposiciones del Acuerdo sobre los derechos de los Estados al término de la vigencia del contrato concesional. Así, el artículo 8 establece que cuando la concesión llegue a su fin las obras e instalaciones inmobiliarias revertirán al Estado en que se encuentren, salvo que los Estados decidan seguir explotando conjuntamente la obra de acuerdo con otra modalidad de gestión, en cuyo caso habrá que estar al correspondiente protocolo donde se regulen estas circunstancias.

do ha querido plasmar esta obligación que los dos Estados asumen tanto para la propia viabilidad de la concesión como para garantía de los futuros licitadores y final concesionario, al que se le asegura de este modo una conexión de la concesión a la red estatal de los concedentes, aunque tampoco más, pues, como se comprobará más adelante, los Estados no se comprometen a asegurar al concesionario un determinado tráfico, ni tampoco la conexión a un determinado tipo de red, aunque este elemento haya sido objeto de consideración en el contrato, como se comprobará también más adelante.

Es especialmente interesante el diverso y complejo entramado de fuentes que han de regir las diferentes relaciones jurídicas que surgen del Acuerdo. El referido Acuerdo se constituye como primera fuente formal, cuestión ésta habitual en nuestro Derecho, donde, merced a los mecanismos constitucionales y legales (arts. 93 y ss. de la Constitución y art. 1.5 del Código Civil), los Tratados internacionales válidamente celebrados y publicados en el *Boletín Oficial del Estado* ocupan el lugar de la ley en nuestro sistema de fuentes.

El Acuerdo, tramitado por el procedimiento especial de previa autorización de las Cortes Generales previsto en el artículo 94.1 de la Constitución, proporciona la cobertura jurídica suficiente para la realización de los actos necesarios para el buen fin del proyecto. Nos referimos especialmente al hecho de que, al seguir el procedimiento especial de previa autorización, no se hace necesaria la intermediación de nuevas disposiciones de rango legal para su ejecución³ y, sobre todo, de que permite excepcionar, en cuanto norma con rango de ley, la aplicación de las normas de Derecho interno, aun de rango legal, que pudieran resultar de aplicación en cualquier otro caso⁴. La razón de todo ello es la necesidad, que late en el Acuerdo de Madrid, de encontrar un punto de encuentro para el correcto desarrollo de un proyecto singular que debe acometerse en unión entre el Estado francés y el Estado español, cada uno con su propio ordenamiento jurídico⁵. Este aspecto resulta de gran importancia para comprender el complejo sistema de fuentes formales que concurre en este proyecto.

Esta excepción de los Derechos internos no quiere decir que el Acuerdo habilite a los dos Estados a un desarrollo libérrimo, sin límites. El artículo

³ En el dictamen 756/1996 que el Consejo de Estado emitió en la elaboración de este Acuerdo se subraya expresamente la necesidad de que se tramite por el procedimiento de autorización previa de las Cortes, en la medida que consideraba que el Acuerdo dispone un derecho especial que invade la materia reservada a la ley.

⁴ Abunda en el apoyo a esta excepción de la aplicación del Derecho español el artículo 3.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que excluye de su ámbito los contratos y convenios derivados de acuerdos internacionales celebrados de conformidad con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea relativos a obras o suministros destinados a la realización o explotación en común de una obra, respecto de los cuales su apartado 2 dispone que se regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.

⁵ En Francia, la autorización para otorgar el consentimiento a este Acuerdo internacional se adoptó mediante la Ley 97-968, de 21 de octubre de 1997.

3.1 del Acuerdo claramente establece la sujeción del procedimiento de licitación y del contrato de concesión al Derecho comunitario y a los compromisos internacionales de los Estados.

Estas dos instancias se constituyen, por lo tanto, en límites a respetar y en fuentes de Derecho a contemplar a la hora de interpretar y ejecutar el contrato.

Ahora bien, al mismo tiempo, revelan que el Acuerdo deja un gran margen de libertad a los Estados, puesto que, aparte de estos límites, el artículo 2 dispone el compromiso de las partes de autorizar la construcción y explotación de la Sección internacional «en las condiciones previstas en el presente Acuerdo, sus acuerdos adicionales y en un contrato de concesión».

El Acuerdo se remite, por lo tanto, al documento contractual como fuente primaria de regulación de la concesión. Los Estados pueden configurar el contrato (y el previo procedimiento de licitación) como consideren más oportuno para el interés público que representa el proyecto.

No obstante lo anterior, el papel de los Derechos nacionales es también muy importante en este proyecto. En efecto, el entramado jurídico de esta concesión exige que deban distinguirse dos planos distintos y complementarios. Por una parte, el ya comentado régimen jurídico del contrato entendido en sentido amplio, es decir, el procedimiento de licitación, la adjudicación y el régimen jurídico de los derechos y obligaciones entre las partes, cuyo marco jurídico está regido por el único límite del respeto al Derecho internacional, y particularmente al Derecho comunitario; por otra, el conjunto de actuaciones internas necesarias para el desarrollo del proyecto, que comprenden decisiones de cada Estado (por ejemplo, la expropiación de bienes, la ejecución de la legislación medioambiental, las normas que disciplinan el gasto público, etc.), que se rigen por su Derecho interno. En estas materias, cada Estado es responsable frente al otro, y una vez firmado el contrato también frente al concesionario, de las actuaciones internas necesarias para llevar a buen fin el proyecto. En este contexto hay que entender el artículo 3 del Acuerdo, que obliga a los Estados a adoptar las disposiciones necesarias, legales, reglamentarias y ejecutivas para la construcción y explotación de la Sección internacional, en especial la aprobación de estudios y de los procedimientos administrativos y jurídicos pertinentes en cada Estado para el comienzo de las obras. Lo mismo puede decirse del Derecho aplicable al conjunto de autorizaciones, normativa sectorial aplicable, etc., que, en la medida en que no presenta una vinculación esencial con el contrato, se rige por el Derecho interno de cada Estado. Finalmente, y no menos importante, como se tendrá ocasión de comprobar, se ha fijado en el contrato que los principios comunes a ambos Derechos, y en caso de laguna el de uno de ellos, servirán para integrar el contrato en caso de conflicto, como Derecho supletorio.

Otro elemento importante, que será tratado con más atención a la hora de abordar la cuestión del riesgo concesional, es la previsión del artículo 6 del Acuerdo sobre la posibilidad de que los Estados puedan otorgar subvenciones y aportaciones procedentes de las Administraciones públicas y

de la Unión Europea, con el objeto de facilitar la viabilidad económica financiera del contrato.

El resto del Acuerdo se refiere a disposiciones sobre las consecuencias para los Estados del incumplimiento de las obligaciones estipuladas en el Acuerdo, o el destino de los bienes al finalizar la concesión.

Por último, existe una importante previsión sobre el modo de solucionar discrepancias, cual es que los conflictos que puedan plantearse se resolverán por un Tribunal arbitral (art. 10). La peculiaridad es que este Tribunal arbitral tiene competencia para solventar no sólo las diferencias entre los Estados, sino también entre los Gobiernos y el concesionario, desde el momento mismo en que entra en vigor el contrato de concesión.

Sin embargo, el Acuerdo no prevé nada en relación con los recursos de los licitadores antes de la conclusión del contrato y los eventuales recursos planteados por terceros frente a los Estados, en tanto que concedentes. La ausencia de previsión expresa debe ser interpretada de conformidad con el Derecho comunitario, y en concreto con la Directiva sobre recursos 89/665/CEE, del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, como se analizará con más detalle posteriormente.

3. LA COMISIÓN INTERGUBERNAMENTAL HISPANO-FRANCESA

El Acuerdo prevé expresamente —art. 5—, y por su trascendencia se trata aquí separadamente, la existencia de una Comisión Intergubernamental (en adelante, CIG), constituida efectivamente en 1998, a la que encomienda —art. 5.1— seguir en nombre de los Gobiernos y por delegación de éstos el conjunto de cuestiones ligadas a la construcción y explotación de la Sección internacional⁶. La CIG tiene una composición paritaria y está formada por representantes de las Administraciones de los dos países, con una presidencia alternativa anual, siendo necesario para la adopción de decisiones el común acuerdo de los jefes de ambas delegaciones. Dispone de su propio Reglamento interno, aprobado por los dos Estados el 11 de junio de 1999 (art. 5.5 del Acuerdo).

La CIG es un órgano de Derecho público creado por un Tratado internacional por el que está regido, y por su Reglamento interno, que carece de personalidad jurídica propia y que tiene por función la de auxiliar a los

⁶ Existen en el Derecho español otros precedentes de Comisiones técnicas constituidas por Acuerdos internacionales, como la creada para la construcción del túnel de Somport en 1991, para la variante Puigcerdá-Llivia en 1977 o para el túnel de Bielsa-Araugnet en 1962, todas ellas con Francia, o, con Portugal, para la construcción de un puente sobre el río Miño en 1997, por citar algunos ejemplos. En estos casos, probablemente por no optar por la figura concesional que exige unas previsiones muy especiales, los problemas del Derecho aplicable a la ejecución y mantenimiento de la obra se resolvían con soluciones más sencillas, como la convocatoria por uno de los Gobiernos de la totalidad de la obra, a la que contribuía económicamente el otro, o por la ejecución de las obras cada uno en su territorio hasta el límite fronterizo, o incluso con sometimiento parcial a la legislación interna del otro Estado.

Estados, dada la complejidad de los diferentes pasos necesarios, para la preparación del contrato, tanto desde la perspectiva técnica como económica y jurídica; para su adjudicación y, finalmente, para el control de la ejecución de la obra y su puesta en servicio y explotación. Es por ello un órgano de carácter técnico, pero con una serie de peculiaridades, desde el punto de vista jurídico, dignas de mención.

En efecto, el Acuerdo, como se acaba de apuntar, no le atribuye personalidad jurídica propia ni de Derecho interno ni de Derecho internacional, ni tampoco poder decisorio. Se trata de un instrumento de cooperación entre los dos países, cuyo resultado son informes, dictámenes y propuestas, dado que su función se limita a la preparación de las decisiones que deben adoptar los respectivos Gobiernos.

Sólo y en la medida en que los Estados asuman estas propuestas, se convierten en decisiones vinculantes para los propios Estados y, por ello, vinculan a los candidatos en el procedimiento de licitación y a la sociedad concesionaria una vez el contrato entra en vigor.

La CIG prepara decisiones, pero son los dos Estados de común acuerdo los que, de manera simultánea, adoptan las decisiones correspondientes, idénticas en su contenido. Así, y por lo que se refiere a la fase de licitación, las propuestas de la CIG fueron asumidas por los respectivos Gobiernos, quienes, a través de sus órganos competentes, resolvieron, impulsando el procedimiento y tomando las decisiones correspondientes. Posteriormente, una vez firmado el contrato de concesión, los Estados, con las mismas reglas de actuación y con el auxilio de la CIG, se convierten en único concedente en relación con la sociedad concesionaria.

Por todo ello, puede afirmarse que toda actuación de la CIG requiere para su eficacia de la confirmación, ratificación o recepción por parte de los Estados, en la medida en que actúa para ellos, puesto que la CIG en sí misma no ostenta competencia sustantiva alguna.

La asunción de las propuestas de la CIG por los Estados ha de hacerse formalmente, a través de los órganos competentes y los procedimientos formales de expresión propios de cada uno.

Ahora bien, cabe también hablar de una confirmación o ratificación tácita de las actuaciones de la CIG por parte de los Estados. En efecto, como órgano al que se encomienda la misión de ejecutar el proyecto, y dada la integración en ella de representantes de los Gobiernos respectivos, el Acuerdo permite entender que los Estados han atribuido a las decisiones instrumentales de la CIG carácter vinculante respecto de ellos, en la medida en que constituye la expresión de su voluntad. Esto determina que las actuaciones instrumentales que la CIG emprenda, por ejemplo en el ámbito de lo dispuesto en el artículo 5.7 del Acuerdo, de investigación, inspección y de instrucción necesarias para el cumplimiento de su cometido sean válidas y vinculantes en cuanto provenientes de los propios Estados. Cabe entender por ello que, en relación con el concesionario, la CIG y los comités que de ella dependen ostentan para el seguimiento de la ejecución del contrato, en nombre de los Gobiernos, facultades ejecutivas vinculantes para el concesionario.

Fácil es adivinar, en consecuencia, el importante papel de la CIG como órgano de encuentro entre los dos Estados para reflexionar y proponer las decisiones que en cada caso requiera la ejecución del proyecto, con la capacidad de impulsar los actos de trámite necesarios en cada caso.

La naturaleza jurídica de la CIG no es, sin embargo, una cuestión meramente teórica.

En efecto, el Consejo de Estado francés, con motivo de un recurso contencioso-administrativo tramitado por el cauce del denominado *référé pré-contractual*, creado en el Derecho francés por la Ley de 4 de enero de 1992 y cuyo procedimiento se regula por el Código de Justicia Administrativa, conoció de una impugnación, de uno de los licitadores, contra el acuerdo de iniciar la negociación con uno de los candidatos adoptado por la CIG. El Consejo de Estado, en el recurso 249904 y en su sentencia de 30 de diciembre de 2002, confirmó la decisión del Tribunal Administrativo de París en el sentido de que siendo la CIG una organización supranacional a la que se atribuían funciones ejecutivas, el Estado francés carecía de jurisdicción para revocar sus decisiones. El Consejo de Estado entendió que la CIG no estaba por ese hecho sometida a la jurisdicción del Estado francés.

En este sentido debe citarse expresamente la opinión del Comisionado del Gobierno (que ocupa un papel equivalente al Abogado General en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas) en este caso: pone de manifiesto —y esto es ciertamente una experiencia que podría aprovecharse en futuras iniciativas— la ausencia en el Acuerdo de Madrid de una solución concreta a los conflictos que se planteen, por terceros en general o de los licitadores en especial, en el procedimiento de adjudicación contra la actuación conjunta de los dos Estados y, en particular, respecto de las actuaciones de la CIG. Considera que, ante esta laguna, la jurisdicción francesa no puede pronunciarse ni sobre la actuación de la CIG ni, hipotéticamente, sobre una actuación del Gobierno francés adoptada conjuntamente con el Estado español. Fundamenta esta opinión en que, aun careciendo de personalidad jurídica, la CIG es una organización supranacional y, sobre todo, en que la aceptación de la jurisdicción implicaría el pronunciamiento sobre un acto de otro Estado soberano, lo que entiende es contrario al Derecho internacional. Ello aun a pesar de que esta conclusión podría considerarse como incumplimiento de la ya citada Directiva 89/665 sobre recursos, que exige, como se ha expuesto, la necesidad de que la preparación de todo contrato comunitario pueda ser revisada en tiempo útil.

Pues bien, es cierto que el Acuerdo de Madrid no ha previsto un modo de solución de los conflictos que aquí se están estudiando, como podría ser la atribución por Tratado internacional de la jurisdicción sobre estos casos a alguno de los Estados o la utilización de un sistema arbitral. Ahora bien, la conclusión a la que se llega, la declaración de falta de jurisdicción para revisar los actos de la CIG y eventualmente de los actos adoptados conjuntamente por los dos Estados, no parece tampoco muy convincente. En primer lugar, la caracterización de la CIG como organización internacional no resulta ajustada a los elementos con los que el Acuerdo de Madrid la define. Se trata de un órgano de encuentro de los servicios administrativos

de los dos Estados, que no es un ente decisor independiente, sino jerárquicamente vinculado a ellos. El hecho de que tenga que actuar por consenso se ha de ver como una regla de adopción de decisiones que garantiza la aceptación posterior por los dos Estados, para evitar la puesta en marcha de los mecanismos previstos en el Acuerdo, primero de consultas entre Gobiernos y, si no se llega a resultado satisfactorio, intervención del Tribunal arbitral.

La necesidad de que los Estados formalicen sus decisiones cada uno en su Derecho interno, conforme a los procedimientos establecidos y por los órganos competentes, determina que estos actos puedan ser sometidos al control de cada una de las jurisdicciones nacionales.

Es obvio que en el hipotético caso de que una de las dos jurisdicciones estimara que un acuerdo de la CIG o de los Gobiernos fuera contrario a Derecho y lo anulara, se pondría en entredicho la eficacia —que no forzosamente la validez— de la correspondiente decisión conjunta adoptada por el otro Estado en el seno de la CIG o, separadamente, a través de sus cauces internos respectivos⁷. Ello es así por la ya mencionada regla de la unanimidad, que exige que cada decisión que adopten los Estados lo sea por consenso.

Ahora bien, el hecho de que una de las dos jurisdicciones pueda conocer, e incluso pueda llegar a anular, la decisión de la Administración correspondiente, comprometiendo la eficacia de la decisión conjunta, no implica que con ello esté invadiendo decisiones soberanas emitidas por otro Estado, puesto que la unanimidad en la adopción de las decisiones parte de la base de la autonomía de la voluntad de cada Estado en adoptarlas a través de sus cauces internos. La jurisdicción de un Estado puede anular una determinada resolución por la vulneración, por ejemplo, de requisitos formales para su adopción previstos en el Derecho interno de ese Estado. Este tipo de pronunciamientos, más allá de la trascendencia que tengan, no implican exceso de jurisdicción.

La solución a este tipo de eventualidades debe buscarse a través de la adaptación mediante el consenso entre los dos Estados a la situación creada, acomodando la forma o el contenido de la decisión adoptada al pronunciamiento judicial

A todo ello hay que unir un elemento —el respeto a la Directiva 89/665 sobre recursos— que ni el Comisionado del Gobierno ni el Consejo de Estado francés parecen haber valorado adecuadamente. En efecto, el Acuerdo de Madrid ha de ser interpretado en su conjunto, y una parte fundamental, que el propio Acuerdo expresamente proclama, es el respeto al Derecho comunitario. No cabe, por consiguiente, una interpretación que conduzca a un incumplimiento del Derecho comunitario, como sería concluir que ningún Estado tiene por sí mismo jurisdicción para enjuiciar los

⁷ Distinto es el caso de la anulación por una de las dos jurisdiccionales nacionales de los actos que se han identificado anteriormente como regidos por el Derecho interno de cada uno de los Estados. En este supuesto, sin perjuicio de la responsabilidad de un Estado frente al otro, la competencia de cada jurisdicción sobre las decisiones de su Estado es clara.

actos de la CIG (y, por extensión, los actos que adopten los Estados como concedentes frente a terceros) y que, por lo tanto, no se puede satisfacer el derecho al recurso.

Por lo demás, el contrato de concesión desarrolla la intervención de la CIG en las diferentes fases de ejecución y explotación, de acuerdo con los principios expresados, como órgano de asesoramiento, consulta y medio instrumental de los concedentes. A su vez, el contrato prevé que la CIG pueda delegar en otras Comisiones materias específicas como el control de la ejecución de las obras, su seguridad o la adecuada explotación de la concesión, previendo que la Administración pueda servirse de otras instancias como empresas especializadas en sus funciones.

Resta añadir que, en la fase interna de estudios entre los Estados francés y español, la CIG contó con la ayuda de la Agrupación Europea de Interés Económico Sur-Europa-Mediterráneo, prevista en el artículo 5.2.b) del Acuerdo y constituida por las empresas ferroviarias SNCF y RENFE, para estudiar las características técnicas y económicas del proyecto.

4. EL PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN Y LA ELABORACIÓN DEL PLIEGO DE BASES Y DEL CONTRATO CONCESIONAL

En ejecución de las previsiones del Acuerdo y tras los trabajos preparatorios internos entre los dos Estados en el seno de la CIG, por Acuerdo del Consejo de Ministros de 23 de febrero de 2001 fue autorizado el inicio de la licitación de la concesión de obras públicas en el sentido del artículo 1.d) de la Directiva 93/37/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, aprobándose el texto del correspondiente anuncio, que fue publicado en español en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. S130, de 10 de julio de 2001. Asimismo, el Consejo de Ministros, por Acuerdo del 30 de noviembre de 2001, admitió los candidatos a la licitación y abrió el correspondiente procedimiento negociado de adjudicación de la concesión. Las adversas circunstancias de la negociación llevaron a que ésta se interrumpiera en abril de 2003 y a que los Estados decidieran comenzar un nuevo procedimiento.

El segundo procedimiento comenzó mediante la publicación de un nuevo anuncio de concesión de obras públicas en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* (núm. S89-079444, de 8 de mayo de 2003, en su versión española, y núm. S89-079443, de 8 de mayo de 2003, en su versión francesa), consecuencia en España del Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de abril de 2003. Tal anuncio se redactó con arreglo al modelo resultante del Anexo V de la citada Directiva 93/37/CEE, en la redacción introducida por la Directiva 2001/78/CE, de 13 de septiembre de 2001, que era aplicable a partir del día 1 de enero de 2003.

Con la información suministrada en el anuncio y documentos de consulta preparados al efecto se presentaron las candidaturas. Las dos Admi-

nistraciones, el 11 de junio de 2003 (en el caso español, de nuevo, por Acuerdo del Consejo de Ministros) acordaron aprobar el pliego de bases para la adjudicación de la concesión y el proyecto de contrato, así como los correspondientes anexos y las candidaturas admitidas para la formulación de ofertas, que fueron todas las presentadas⁸.

Por decisión de ambas Administraciones (en el caso español, del Secretario de Estado de Infraestructuras) de 14 de noviembre de 2003, y tras el correspondiente estudio de las ofertas, que incluyó una audiencia de cada una de ellas con representantes de las dos Administraciones para aclarar su contenido, fueron seleccionadas para iniciar la fase negociadora del procedimiento las agrupaciones TP FERRO y FERROMED.

La fase negociadora finalizó con la selección de TP FERRO, de modo que la concesión fue adjudicada a dicha agrupación en virtud de una decisión conjunta del Consejo de Ministros del Reino de España del día 30 de enero de 2004 y de los Ministros franceses *de l'équipement, des transports, du logement, du tourisme et de la mer y de l'économie, des finances et de l'industrie y des affaires étrangères*, firmándose el contrato el día 17 de febrero de 2004⁹. El grupo se constituyó para ello en sociedad concesionaria sometida al Derecho español, denominada TP Ferro.

El procedimiento seguido para la licitación, en el marco de la Directiva 93/37CEE y de acuerdo con lo previsto en la Comunicación de la Comisión 2000/C 121/02, de 29 de abril de 2000 (a la que se hará una referencia más extensa a la hora de analizar el Derecho aplicable al contrato), en su punto 3.2.1.2, fue el negociado con publicidad, dada la complejidad y el carácter excepcional de esta obra.

Estas mismas características, unidas a la necesidad, también en este punto, de integrar la costumbre administrativa de ambos Estados, determinaron una particular articulación del procedimiento de licitación.

⁸ Los candidatos admitidos a presentar ofertas fueron todos los que se presentaron inicialmente, tras decisión de cada uno de los concedentes, a propuesta de la CIG, después de un examen de sus capacidades económicas, financieras y técnicas. Las agrupaciones presentadas fueron las siguientes:

- Grupo FERROMED, compuesto por RFF, GIF, SETEC, S.A. e INECO, S.A.
- Grupo FERROVIAL-VINCI, compuesto por FERROVIAL INFRAESTRUCTURAS, S.A.; VINCI, S.A.; VINCI CONCESSIONS, S.A., y VINCI INFRAESTRUCTURES, S.A.
- Grupo TP FERRO, compuesto por EIFFAGE, S.A.; ACS ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS, S.A.; ACS PROYECTOS, OBRAS Y CONSTRUCCIONES, S.A.; COBRA INSTALACIONES Y SERVICIOS, S.A.; DRAGADOS CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURAS, S.A., y DRAGADOS OBRAS Y PROYECTOS, S.A.
- Grupo TRANSPYRINEOS, compuesto por FCC CONSTRUCCIÓN, S.A.; ITINERE INFRAESTRUCTURAS, S.A.; ACCIONA, S.A.; NECSO, S.A.; BOUYGUES TRAVAUX PUBLICS; DTP TERRASSEMENT, y DV CONSTRUCTION.

⁹ El texto del contrato de concesión ha sido publicado en versión francesa por el *Journal officiel de la République Française* (édition des), en el núm. 21, con fecha 1 de diciembre de 2004. Se puede acceder a su contenido a través de su página web: www.journal-officiel.gouv.fr, o a través de la página del Ministère de l'Équipement français en el sitio <http://www.transports.equipement.gouv.fr/dtdtdocs2/pub-tf-contrat-de-concession-perpignan-figueras-12-04.pdf>

En efecto, como ha podido deducirse de los datos que se acaban de suministrar sobre el procedimiento de licitación, ambas Administraciones elaboraron un pliego de condiciones y un proyecto de contrato.

En el pliego de condiciones se estableció el régimen formal (incluido el procedimiento) de la licitación, que incluía los trámites que debían seguirse tanto por los Estados como por los candidatos, los criterios de carácter técnico, económico-financiero y jurídico para la confección de las ofertas, y la manera de formular las ofertas, entre otros.

En especial, las Administraciones consideraron oportuno establecer públicamente unos criterios con arreglo a los cuales iban a valorarse las ofertas, no vinculantes en el sentido de que no se ordenaron por criterios de jerarquía, ni tampoco se atribuyó a cada uno de ellos un peso o puntuación a efectos de su valoración, de acuerdo con las características propias del procedimiento negociado.

Estos criterios fueron los siguientes:

- Cuantía de las ayudas públicas que se solicitan.
- Adecuación de las características técnicas propuestas en orden a asegurar el respeto al conjunto de las obligaciones del concesionario establecidas en la documentación de consulta, como: Seguridad. Calidad de explotación. Respeto a los plazos de construcción. Inserción medioambiental. Mantenimiento. Durabilidad.
- Solidez de la financiación y coherencia de la política tarifaria.

Por otra parte, se elaboró un proyecto del contrato que estaba destinado, tras la adjudicación, a regir los derechos y obligaciones del concedente y concesionario. En efecto, es en el contrato donde se contiene la fuente material primaria y directa que regula el contrato concesional.

En el pliego de condiciones se expresó que el contenido del contrato era susceptible de ser modificado a lo largo del procedimiento por el concedente (con el debido respeto al principio de igualdad), pero no por los licitadores, sin perjuicio de que pudieran sugerir las modificaciones que estimasen oportunas. Excepcionalmente, se previó la posibilidad de que los licitadores pudieran optar entre diversas alternativas, como, por ejemplo, en el modelo de cláusula de resolución por incumplimiento, o que pudieran proponer diversos plazos de duración de la concesión.

El resultado ha sido un procedimiento complejo, muy exigente tanto para las Administraciones como para los licitadores, pero que era necesario dadas las particularidades, ya comentadas, de este proyecto concesional y que exigían una perfecta definición de los aspectos técnicos, económico-financieros y jurídicos del contrato.

5. EL DERECHO APLICABLE AL CONTRATO DE CONCESIÓN

Las fuentes y referencias normativas aplicables tanto al procedimiento como al contrato concesional se han expuesto anteriormente: el Derecho comunitario y el respeto a los compromisos internacionales.

Por lo que se refiere al Derecho comunitario, no se puede decir que haya regulado el contrato de concesión de obra pública más allá de las previsiones de la Directiva 93/37/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, cuyo contenido ha sido incorporado al Derecho español por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP). La Directiva sólo contiene una definición del contrato de concesión de obras públicas y disposiciones relativas al procedimiento de adjudicación con el objeto de garantizar la igualdad y la concurrencia, que, como se acaba de exponer, fueron seguidas en el procedimiento de licitación.

Ahora bien, más allá de la definición del contrato de concesión, la Directiva no contiene normas que regulen el conjunto de derechos y obligaciones de las partes¹⁰.

Sin embargo, como se anticipó, la Comisión Europea emitió una importante Comunicación interpretativa sobre las concesiones en el Derecho comunitario con el núm. 2000/C 121/02, publicada en el *DOCE* el 29 de abril de 2000. La Comunicación tiene un contenido extenso y en ella se abordan: la razón de ser y actualidad de esta institución; el concepto mismo de contrato de concesión de obra pública, distinguiéndolo de conceptos afines como el contrato de gestión de servicios públicos y, sobre todo, del contrato de obras, caracterizando esta diferencia por el elemento del riesgo y ventura que asume el concesionario en la fase de explotación del contrato, elemento tradicional en el régimen jurídico que regula la concesión y al que la Comisión atribuye una importancia capital. Por otra parte, extrae de los Tratados y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia los principios aplicables al contrato, a falta de regulación detallada, entre los que cita los de igualdad de trato, transparencia, proporcionalidad, reconocimiento mutuo y protección de los derechos de los particulares. La Comisión interpreta, por último, el régimen ya previsto en la Directiva 93/37 para este contrato y el contenido de la Directiva 89/665/CEE en materia de recursos.

La ausencia de Derecho comunitario sobre este contrato queda compensada en parte con este texto, donde se contienen, en lo que aquí interesa, las claves conceptuales del contrato de concesión de una manera muy clara, con sus propios perfiles, diferentes nítidamente del contrato de obra, haciendo especial hincapié en la necesidad de que el contrato de concesión de obra sea tal, un contrato donde el concesionario asuma realmente el riesgo inherente a la explotación y uso de la obra, sentando así la condi-

¹⁰ La Directiva 2004/17/CE, de 31 de marzo, que sustituye a la citada, no ha introducido novedades sustanciales en esta materia.

ción fundamental para que esta figura pueda ser utilizada por las Administraciones como un instrumento muy útil para la construcción y financiación de las obras públicas. Estos criterios están muy presentes en el contenido del contrato de concesión.

La determinación del Derecho aplicable ha quedado resuelta en el contrato de concesión, donde se ha hecho uso de la amplia habilitación que, como se comentó anteriormente, atribuye el Acuerdo de Madrid a los Estados.

En efecto, en el contrato se expresa que el Derecho aplicable a la concesión será el siguiente:

- las prescripciones de la presente Concesión, y
- los principios comunes a las normas aplicables en España y en Francia a las concesiones de obras y servicios públicos, incluida la jurisprudencia establecida en la materia por los órganos supremos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo; si no se puede obtener un principio común para resolver una cuestión determinada, el Tribunal arbitral aplicará la norma que, teniendo en cuenta los intereses públicos afectados, le parezca más ajustada al interés de la concesión, elegida entre las normas aplicables en España o en Francia, o inspirada en ellas.

La opción de los Estados, al amparo del Acuerdo de Madrid, ha sido la de establecer la primacía de lo dispuesto en el propio contrato como Derecho aplicable. En este aspecto, este contrato se aproxima a las características de los contratos privados. En el contrato administrativo, sus elementos están preordenados por la ley, mientras que en el contrato privado rige el principio de libertad de pactos. En este caso, el contrato es la fuente prioritaria de obligaciones para las partes, con los únicos límites del respeto al Derecho internacional y al Derecho europeo, puesto que los Derechos nacionales pueden ser excepcionados, y se impone como si de una ley se tratara. La lógica de la primacía del propio contrato es fácilmente comprensible en una materia de características tan singulares y que, en ausencia de un Derecho comunitario sustantivo, no podía tampoco regirse por la normativa interna del Derecho de uno de los Estados. En efecto, hubo que acomodar instituciones que, si bien son comunes o similares, no son idénticas en ambos Estados y que, sobre todo, requerían una adaptación al caso. Así sucede a lo largo del contrato en las cláusulas referidas a garantías del contratista, intereses, fuerza mayor, *ius variandi*, hecho imprevisible, arbitraje, las consecuencias de la resolución por incumplimiento, rescate, etc., como se desarrollará más adelante.

Ahora bien, ello no supone la anulación de los Derechos internos. Los Derechos español y francés tienen una presencia muy cualificada en este complejo contrato no sólo por la aplicación como Derecho supletorio de sus principios comunes, a la que haremos inmediata referencia, sino también por su aplicación directa en todo aquello que exceda de la esfera pu-

ramente contractual. Como se apuntaba a la hora de comentar el contenido del Acuerdo y se puede insistir aquí, será el Derecho español o francés, según los casos, por el criterio fundamentalmente de la territorialidad, el que se aplique en materias como la expropiación forzosa, los requisitos internos de Derecho público para la ejecución de obras públicas, como pueden ser la declaración de impacto ambiental, el régimen de las autorizaciones administrativas necesarias para la ejecución de la obra, o el Derecho mercantil español, que se aplica a la sociedad concesionaria en cuanto su domicilio social se ha fijado en España.

Esta peculiaridad del contrato en el ámbito de la contratación pública no debe llevar a confusión en cuanto a su naturaleza jurídica administrativa o de Derecho público. En efecto, el contrato debe caracterizarse como un contrato de Derecho público aunque no se someta al régimen del Derecho francés o español. El contrato ha pretendido salvaguardar este carácter en sus aspectos esenciales. Así, los Estados conservan potestades exorbitantes para definir el Derecho y para hacer inmediatamente ejecutivas sus decisiones, sin perjuicio del derecho del concesionario de acudir al Tribunal arbitral. La ya reseñada cláusula del contrato sobre Derecho aplicable, al establecer la aplicación supletoria al contrato de los principios comunes de Derecho administrativo, confirma esta afirmación.

Para el supuesto de que el contrato no suministre elementos suficientes para resolver el caso que se presente, se aplican, según dispone su clausulado, como fuentes complementarias, los Derechos nacionales de los dos Estados. En efecto, el contrato, aun singular y no sujeto a los Derechos de ninguna de las dos partes, es una síntesis de la cultura común de los Derechos administrativos español y francés, como no podía ser de otra manera. Esto permite que estos Derechos, cuya aplicación imperativa en primer grado se excepciona en los términos que han sido comentados, se apliquen sin embargo como fuente supletoria. De acuerdo con la filosofía que inspira la totalidad del proyecto, su aplicación se produce no a través de preceptos legales concretos, sino de sus principios generales comunes, en especial los referidos a la legislación concesional (en España, el Título V de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en la redacción dada por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión; en Francia, la conocida como Ley Sapin, la Ley 93-122, de 29 de enero de 1993), incluida la jurisprudencia del Consejo de Estado francés y del Tribunal Supremo español. Finalmente, como última fuente de Derecho, para el caso en que no existan principios comunes en los sistemas jurídicos de ambos países, el contrato ordena que se aplique la norma que, teniendo en cuenta los intereses públicos afectados, parezca más ajustada al interés de la concesión entre las normas francesas o españolas. Es decir, sólo en última instancia se aplica el Derecho de uno de los dos Estados: cuando no pueda resolverse el conflicto de otro modo (por ejemplo, porque se trata de aplicar una institución que, reflejada en el contrato, procede exclusivamente del Derecho de uno de los dos Estados), seleccionándose aquella que sea más adecuada al interés de la concesión.

6. EL CONTENIDO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN

a) *Delimitación del objeto y partes contratantes*

El objeto de la concesión se delimita con precisión en el documento contractual. En efecto, se extiende al proyecto, la construcción, el mantenimiento y la explotación de una nueva línea ferroviaria de alta velocidad, de tráfico mixto (pasajeros y mercancías) y con doble vía, entre Figueras y Perpiñán, incluyendo la construcción del túnel de Perthus (túnel bitubo de 8.300 metros de longitud total aproximada), así como la construcción de las instalaciones, equipamientos y conexiones con las redes ferroviarias de España y Francia que sean precisos. La longitud de la línea ferroviaria es aproximadamente de 44,5 kilómetros¹¹. La duración de la concesión es de cincuenta años, en los que se incluye el plazo de construcción, que es de sesenta meses.

Son partes del contrato los dos Estados y la sociedad concesionaria.

Los dos Estados actúan como un único concedente en el contrato concesional. Como se adelantó, se considera a la concesión como una unidad jurídica más allá de la diferente personalidad jurídico-pública de los dos Estados y del territorio —español o francés— sobre el que se proyecta. Se puede decir en este sentido que los dos Estados actúan, en sentido amplio, de manera solidaria, conjunta. Sin perjuicio del mantenimiento íntegro de sus competencias y potestades en el ámbito territorial propio, frente a la sociedad concesionaria, los derechos y obligaciones se imputan a los dos Estados como concedentes. Los incumplimientos, por ejemplo, de un Estado se imputan al concedente solidariamente, sin perjuicio de cómo se resuelva la responsabilidad entre los dos Estados. A la inversa, las decisiones en la fase de ejecución de las obras y luego de explotación que tengan trascendencia contractual se adoptan por los dos Estados, con el asesoramiento de la CIG, y se notifican al concesionario, que debe cumplirlas sin perjuicio del recurso al Tribunal arbitral.

En nombre de los Estados actúan en Francia los Ministerios firmantes del contrato, esto es, el Ministerio del Equipamiento, Transporte, Vivienda, Turismo y la Mar, el de Economía y Hacienda e Industria, y el de Asuntos Exteriores, aunque la responsabilidad directa sobre el contrato se atribuye al primero de ellos.

En España el órgano de contratación es el Consejo de Ministros. Ello es así porque el Acuerdo se refiere al Gobierno y, sobre todo, porque, dadas las características específicas de este contrato (que afecta directamente a diversos Ministerios que, a su vez, están presentes en la CIG), y la no aplicación de la LCAP, se ha considerado la instancia competente más adecuada. Esto es compatible con el hecho de que la responsabilidad principal del contrato radique en el Ministerio de Fomento, que realiza en nombre del Gobierno las funciones técnicas propias del órgano de contratación.

¹¹ Puede consultarse la descripción técnica del proyecto que se realiza por J. VENTOSA, «A través de los Pirineos», en la *Revista del Ministerio de Fomento* de enero de 2005.

El otro elemento subjetivo es el concesionario. El Acuerdo permitía la selección de uno o varios concesionarios. Finalmente, tanto el pliego de cláusulas como el proyecto de contrato optaron por la concreción en una sola sociedad concesionaria, siendo TP Ferro la agrupación escogida, que se constituyó en sociedad anónima con domicilio social en España y con un establecimiento permanente en Francia.

b) *El reparto de los riesgos; la asunción sustancial del riesgo y ventura del contrato por parte del concesionario*

Es consustancial al contrato de concesión la existencia de una obra pública cuya financiación y explotación corresponden al concesionario a cambio de una retribución pagada por el usuario o, en su lugar, por la Administración. Ello hace que haya de profundizarse especialmente en el modo en el que el concesionario asume el compromiso de ejecutar y explotar la obra, lo que conduce a un elemento de enorme relevancia, esto es, al significado del riesgo concesional.

El principio del riesgo y ventura es un principio común tanto de la contratación privada como administrativa. En el Derecho español, el artículo 98 de la LCAP proclama abiertamente que «la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista sin perjuicio de lo establecido para los casos de fuerza mayor en el artículo 144», y así se especifica para el contrato de concesión de obra pública en su artículo 220.2. La razón por la que así se hace se justifica en la necesidad de que la traslación de los riesgos en la fase de explotación de la obra se produzca efectivamente al concesionario, porque lo contrario no haría sino encubrir un contrato de obra en el que el precio se sustituiría por la financiación pública. Si la financiación pública directa o indirecta fuera tal que desapareciese el riesgo, no tendría sentido la figura concesional, puesto que el objetivo de disminución del gasto público en la ejecución de la obra pública mediante la asunción de su financiación por los particulares no se produciría. La necesaria concurrencia del riesgo concesional es considerada en la citada Comunicación de la Comisión Europea como fundamental para definir el contrato de concesión de obra pública asociado al elemento singular de la explotación económica de la obra y permite diferenciar este contrato del contrato de obra. La Comisión Europea repara en el hecho de que la obra se financia no por las Administraciones públicas, sino por el concesionario, con ayuda o no de financiación externa, que debe incorporar a su proyecto, resarcándose de la inversión por el pago de las tarifas por los usuarios. El derecho a la explotación, según la Comisión, transfiere al concesionario la responsabilidad técnica, financiera y la gestión de la obra, asumiendo los riesgos vinculados a esta explotación como son la gestión y el uso de la infraestructura, el riesgo de explotación vinculado a la inversión realizada o a los capitales invertidos.

La Comisión admite que el reparto de riesgos entre concedente y con-

cesionario se efectúe en cada caso en función de las respectivas aptitudes para gestionar de la manera más eficaz los riesgos en cuestión.

Por ello, el riesgo debe ser asumido por el concesionario; si, por el contrario, lo hicieran las Administraciones Públicas debería recalificarse el contrato. La Comisión llega a decir que «lo determinante es la presencia de riesgo en la explotación»; sin este elemento no se puede hablar de concesión¹².

Así, sería contrario al principio político de la concesión —la financiación de la infraestructura pública se realiza por los particulares— y al concepto mismo de la concesión, si los riesgos verdaderamente esenciales de la concesión, por ejemplo su grado de frecuentación o la responsabilidad por los daños que pudieran causarse, se imputaran a los Estados. El resultado, por ejemplo, de una quiebra de la sociedad concesionaria debe intentar evitarse cuando las causas que la provocan no son imputables al concesionario y, en determinados casos, no cabe duda de que el interés público aconseja la adopción de medidas tendentes a favorecer la estabilidad del concesionario, pero sin que estas medidas puedan suponer una garantía estatal que elimine el principio del riesgo y ventura. Por parte de la Administración debe garantizarse la seguridad jurídica y el respeto a lo pactado en un contrato en que la relación de colaboración entre el concedente tiene vocación de larga duración, y, por supuesto, existen importantes mecanismos institucionales para limitar el riesgo a lo razonable.

Cuestión distinta, como se verá, es el ejercicio del *ius variandi*, o de casos en que concurra el *factum principis* o los supuestos de riesgo imprevisible. En efecto, si la Administración modifica el contrato tanto en beneficio como en perjuicio del concesionario, si se dan circunstancias sobrevenidas que modifican sustancialmente el contrato o actuaciones de la propia Administración concedente (sin actuar como tal concedente) que producen idéntico efecto, o una circunstancia de fuerza mayor que afecte sustancialmente al contrato, en todos estos casos, el carácter ajeno al concesionario de las causas de estas incidencias, la equidad y la propia conveniencia para el interés público determinan que se limite de alguna manera el riesgo del concesionario para evitar el fracaso de la concesión.

El riesgo y ventura exigen, en definitiva, que el concesionario dependa sustancialmente de los ingresos que obtenga por las tarifas que cobre a los usuarios que utilicen la infraestructura.

Ahora bien, dicho esto, en algunos casos es realmente difícil concretar dónde se encuentra el equilibrio entre el riesgo que debe asumir el conce-

¹² Estos principios son perfectamente aplicables al Derecho español a la vista de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, que introduce un nuevo Título V en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En el Derecho francés se imponen algunas matizaciones a lo que aquí se dice. La jurisprudencia francesa interpreta que lo relevante es determinar si los ingresos de explotación aseguran el equilibrio económico-financiero de la concesión, y, en este aspecto, distingue entre la asunción de las pérdidas empresariales por parte de la Administración de la garantía de beneficios. Para un sector de la jurisprudencia francesa (en interpretación de la Ley Sapin), la garantía de pérdidas no enerva el carácter del contrato de concesión (sentencia del Consejo de Estado de 30 de junio de 1999).

sionario para que el contrato no pierda sus características y las ayudas de tipo jurídico o financiero que deban brindarse al concesionario para garantizar la viabilidad de la concesión. En efecto, cada proyecto concesional tiene su propia singularidad. Algunos requerirán aportación de financiación pública de diversa índole, e incluso cláusulas que maticen la asunción del riesgo en determinados supuestos. La concreción de este equilibrio es difícil. No puede establecerse la ayuda en cuantificaciones o porcentajes generales. El límite debe situarse en aquellos casos en que no se asuma realmente riesgo por parte del concesionario porque se encuentre cubierto por las Administraciones públicas.

En un contrato concesional de estas características, el interés de los candidatos al formular sus ofertas y del concesionario finalmente escogido es el de limitar todo lo posible el riesgo, trasladándolo a los Estados. Todo ello hace difícil encontrar el punto de equilibrio que respete el Derecho, la equidad y la viabilidad de la concesión.

En la concesión de la Sección internacional Perpiñán-Figueras, los riesgos del proyecto son múltiples. Así, existen riesgos técnicos inherentes a la construcción, como el deber de ejecutar la obra en los plazos previstos y las dificultades geológicas (en especial, en este caso, en la construcción de un túnel bitubo de 8 kilómetros); riesgos financieros ligados a la necesidad de endeudamiento de la sociedad concesionaria, riesgos vinculados a la mayor o menor utilización de la infraestructura por los operadores ferroviarios y riesgos jurídicos.

En el contrato, la asunción del riesgo por el concesionario se plasma en diversos lugares. Así, a modo de formulación general, se dispone que la concesión de la Sección internacional se otorga, en las condiciones previstas en el presente contrato, a riesgo y ventura del concesionario, cualesquiera que sean las eventualidades que se produzcan durante la vida de la concesión. Por ello, por ejemplo, «el Concesionario no podrá en ningún caso ampararse en el carácter eventualmente inexacto, incompleto o contradictorio de los estudios de cualquier naturaleza que se le hayan entregado o se hayan puesto a su disposición para facilitar su tarea, correspondiendo al mismo, bajo su exclusiva responsabilidad, verificarlos, comprobarlos, modificarlos y completarlos». Además, todos los gastos ligados al proyecto, construcción, mantenimiento y explotación de la Sección internacional son a cargo del concesionario, que asume también el riesgo inherente a la obtención de las autorizaciones administrativas que correspondan.

Respecto a terceros, es el concesionario el que asume los riesgos, de tal manera que mantendrá indemnes a los concedentes frente a los resultados de toda acción que pueda ser ejercitada contra los mismos o cualesquiera de sus agentes.

En la fase de explotación es el concesionario el que asume la totalidad de los riesgos ligados a la mayor o menor frecuentación de la obra. El concedente se obliga, como ordena el Acuerdo, a facilitar la conexión a las líneas adyacentes y a que no sea debido al mal funcionamiento de sus líneas la no utilización de la capacidad de la concesión, pero los Estados no asu-

men la garantía de un tráfico a partir del cual deba compensarse al concesionario.

En efecto, aparte de la ya mencionada previsión del Acuerdo sobre la obligación de los dos Estados de conectar la Sección internacional a sus redes nacionales, el contrato sólo recoge la obligación que asumen los concedentes de adoptar, o hacer adoptar, conforme al Derecho comunitario y nacional aplicable en materia de circulaciones ferroviarias, todas las disposiciones que sean necesarias para dar preferencia al tráfico internacional, tanto de viajeros como de mercancías.

No se establece, por consiguiente, una garantía de tráfico más allá del compromiso, imprescindible para la viabilidad de la concesión, de que el tráfico internacional sea priorizado.

Junto con esta previsión, se reconoce al concesionario la posibilidad de reclamar, como un supuesto de ruptura del equilibrio económico-financiero, en el caso en que la infraestructura no pueda utilizarse atendiendo al tráfico previsible, en dos casos: primero, si el concedente francés no hubiera construido o hecho construir las nuevas infraestructuras que permitan al tráfico ferroviario previsible, en la fecha de entrada en vigor de la concesión, circular sin restricciones en el tramo Nimes-Montpellier, y, en segundo lugar, si el concesionario puede demostrar que el tráfico que hubiera debido pasar por la Sección internacional ha sido significativamente alterado, por un plazo de una duración igual o superior a un mes, en cualquiera de sus categorías, sea en cuanto al número de trenes o en cuanto a su distribución horaria.

En conclusión, los Estados no garantizan al concesionario más que el normal funcionamiento de las redes nacionales de acuerdo con el tráfico previsto, sin comprometerse, lo que sería contrario a la filosofía concesional, a asegurar un determinado volumen de tráfico, de tal manera que si no se cumplieran las expectativas hubiera de compensarse a los concesionarios.

c) *El riesgo concesional y las ayudas financieras de los Estados*

Este principio del riesgo es, no obstante, compatible con la existencia de ayudas públicas a la ejecución y explotación. En efecto, algunas concesiones sólo serán viables si median ayudas públicas a la construcción o a la explotación.

Lo propio del contrato de concesión es que se autofinancie con los ingresos de la explotación. Esto no obstante, en algunas ocasiones, cuando concurren razones de rentabilidad económica o social, o exigencias derivadas del fin público o interés general de la obra pública, son perfectamente justificables las subvenciones procedentes del concedente, solo o con otras Administraciones públicas distintas a la concedente, o la financiación que pueda provenir de otros organismos nacionales o internacionales.

Estas ayudas públicas están pensadas con el exclusivo fin de permitir la viabilidad de la concesión de obras públicas en proyectos que, de otro

modo, sólo con la iniciativa privada, no se podrían acometer. No es posible fijar en abstracto la proporción que debe existir entre ayuda pública e inversión privada, por lo que habrá que estar a cada proyecto.

Así se previó desde el inicio en el Acuerdo de Madrid, con el objeto de facilitar y hacer viable el contrato. Recuérdese que el artículo 6 del Acuerdo dispone que «podrán otorgarse al concesionario subvenciones y aportaciones procedentes de los Estados o de las Entidades Territoriales españolas y francesas así como de la Unión Europea. El detalle de estas subvenciones y aportaciones será precisado, en caso necesario, en el contrato de concesión».

En el procedimiento de licitación se estableció como uno de los criterios de adjudicación la cuantía de las ayudas públicas a solicitar por los candidatos. El reparto de riesgos entre los Estados y el concesionario se concreta, por una parte, en el otorgamiento de la subvención; por otra, en las condiciones previstas en el contrato, el concesionario se compromete, a su riesgo y ventura, a financiar el proyecto, la construcción, el mantenimiento y la explotación de la Sección internacional, y asume el conjunto de los riesgos inherentes a tal compromiso.

Pues bien, siendo el presupuesto de ejecución de la obra de 952 millones de euros en valor de 2003, el contrato, tras el estudio de las ofertas de los candidatos y el proceso de negociación, prevé ayudas públicas por un total de 540 millones, es decir, aproximadamente el 57%. No está permitida la ayuda a la explotación, con lo que se pretende que el elemento fundamental del riesgo del uso de la infraestructura sea asumido por el concesionario.

Las subvenciones proceden de los Estados español y francés, que las atribuyen al 50%, y de la Unión Europea, a través de su programa de fomento de las redes transeuropeas de transporte.

Los concesionarios se obligan a entregar al concesionario la cuantía de la subvención en los plazos que se establecen en el contrato, que se sincronizan con el progreso en la ejecución de la obra, y su importe se actualiza a través de los índices de los precios y costes de construcción. Esto no obstante, se exigen al concesionario ciertas garantías en relación con la subvención. Así, la falta de conclusión en plazo de los acuerdos de financiación o la falta de progreso de la obra según el calendario previsto autorizan al concedente, entre otras consecuencias, a no pagar las sucesivas fracciones de las ayudas públicas, salvo que el concesionario garantice adecuadamente la subvención.

- d) *Derechos y obligaciones de las partes; en particular, la fuerza mayor, el ejercicio de ius variandi, el hecho imprevisible, la cláusula de progreso y el factum principis*

En el contexto de los derechos y obligaciones de las partes tiene un especial interés el análisis de las técnicas que se acaban de mencionar, de gran raigambre histórica en el Derecho administrativo francés y español,

con características comunes, aunque no idénticas, que han sido integradas en el contrato. En todos estos casos, como ya se ha apuntado y se tratará más adelante de nuevo, a la hora de comentar el sistema de arbitraje ideado para dirimir conflictos, su aplicación se caracteriza, desde la perspectiva formal o procedimental, por la atribución al concedente, dado el carácter administrativo del contrato, el ejercicio de la autotutela, sin perjuicio de la ulterior decisión arbitral, reconociéndose, por supuesto, la legitimación del concesionario para plantear su caso ante dicha instancia.

Por lo que se refiere a la fuerza mayor, el contrato asume tanto la definición como las consecuencias que para este fenómeno prevé el Código Civil, separándose por ello de la adaptación de esta institución al Derecho administrativo español. Según el contrato, ninguna de las partes incurrirá en responsabilidad por razón de haber incumplido, o de haber cumplido tardíamente, una obligación derivada de la concesión en la medida en que tal incumplimiento o retraso resulte directamente de acontecimientos producidos en cualquier momento durante la vigencia de la concesión y en los que concurren las características de la fuerza mayor, esto es, origen exterior a las partes, imprevisibilidad e irresistibilidad. La fuerza mayor puede dar lugar incluso a la resolución del contrato cuando reúna características que hagan imposible la ejecución de la concesión.

El contrato añade que, salvo en los supuestos mencionados, ninguna de las partes quedará desvinculada de sus obligaciones por razón de la imposibilidad de su cumplimiento o de la concurrencia de circunstancias o acontecimientos sobrevenidos que escapen a su control.

Se contempla también la utilización por el concedente de la facultad de modificación del contrato concesional denominada *ius variandi*, con la prevención de que si tuviera como consecuencia la alteración en cualquier sentido del equilibrio económico de la concesión se deberán adoptar las medidas, entre otras tarifarias o referidas a la modificación del plazo de la concesión, necesarias para el restablecimiento de tal equilibrio.

El contrato aborda especialmente las consecuencias del denominado *factum principis*; en efecto, a la extensión tradicional de esta técnica de restablecimiento del equilibrio concesional como consecuencia de actuaciones realizadas por el concedente al margen de su posición de concedente, se particulariza el caso de que las regulaciones o medidas afecten a la concesión o a las infraestructuras de transporte; por otro lado, los efectos del *factum principis* juegan de una manera casi bidireccional, en beneficio y perjuicio de ambas partes, incluido el concesionario, en la medida en que se opera cuando altere el equilibrio económico de la concesión en beneficio (si bien es necesario que en este caso sea sustancial) o en perjuicio del concesionario, de tal manera que, frente a lo que viene siendo habitual, también el interés público pueda sacar provecho de estos factores.

En este mismo sentido debe entenderse la cláusula de progreso incluida en el contrato que exige que el concesionario asuma las consecuencias económicas de una nueva regulación o medida que tenga por objeto adaptar la normativa técnica, medioambiental o de seguridad de los usuarios al progreso de la ciencia, con el límite de que la nueva regulación o medida

tenga como consecuencia la alteración del equilibrio económico de la concesión en perjuicio sustancial del concesionario, supuesto en el que es necesario el restablecimiento del citado equilibrio económico.

Por lo demás, el contrato regula, en los términos habituales, las consecuencias para las partes del advenimiento de un hecho imprevisible en el caso de que dé lugar a una ruptura sustancial de la economía de la concesión.

e) *La resolución del contrato de concesión; consideración específica de las consecuencias de la resolución por incumplimiento del concesionario*

El contrato prevé las causas habituales de resolución¹³ (esto es, las derivadas de los casos mencionados anteriormente cuando se produce una ruptura sustancial del contrato que imposibilita su continuación, o el rescate, condicionado no obstante a una serie de requisitos), entre las que se encuentra el incumplimiento de sus compromisos por el concesionario. A su vez, en este último supuesto, el contrato¹⁴ prevé los casos también habituales en este tipo de obras, como son los retrasos en la ejecución de la obra antes de su puesta en servicio, interrupción duradera o reiterada de la explotación una vez en funcionamiento o, en general, incumplimientos que, individualmente o en su conjunto, sean de una particular gravedad y comprometan la continuidad en condiciones normales de la explotación de la concesión.

Pero lo característico de este contrato no son tanto las causas de resolución por incumplimiento del concesionario como las consecuencias indemnizatorias asociadas a dicho incumplimiento. En efecto, en el proyecto de contrato de concesión los licitadores pudieron elegir entre una alternativa que establecía, en términos similares a la legislación española, una responsabilidad no cuantificada previamente, en función del efectivo daño, y otra en la que se concretan específicamente los perjuicios indemnizables y, en algunos casos, se cuantifica a tanto alzado la cantidad de la que debe responder el concesionario.

El contrato acoge finalmente esta segunda opción, de modo que, según se produzca el incumplimiento antes o después de la puesta en servicio de la concesión, el concesionario debe responder; en el primer caso, del perjuicio asociado al retraso de la construcción y puesta en servicio de la concesión, al encarecimiento del proyecto, la seguridad de las obras, de la ade-

¹³ En el contrato se prevén también incidencias que constituyen incumplimientos de las obligaciones por parte del concesionario que no dan lugar a la resolución del contrato, pero sí a la imposición de penalidades y medidas coercitivas. Se trata de sancionar interrupciones u otras incidencias que afectan a la calidad de la utilización de la infraestructura y coaccionar el debido cumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato mediante la imposición de penalidades económicas.

¹⁴ Se considera específicamente la posibilidad de que los acreedores financieros del concesionario puedan proponer la subrogación de una entidad en la posición del concesionario para continuar la explotación de la concesión.

cuaación de las obras a las prescripciones técnicas o funcionales de la concesión. Si la resolución se produce con carácter posterior a la puesta en servicio de la concesión, el concesionario deberá responder del perjuicio vinculado al incumplimiento de las condiciones de explotación, a la transferencia a los concedentes del riesgo vinculado a la frecuencia en la utilización de la concesión y, como en el caso anterior, a la adecuación de las obras a las prescripciones técnicas o funcionales de la concesión.

En algunos de estos casos, como se acaba de comentar, tanto el perjuicio como la indemnización asociada al mismo se determinan a tanto alzado (considerando, obviamente, la valoración de los bienes que revierten a la concesión y la subvención otorgada por los Estados), mientras que en otros se considera su carácter real, directo y cierto; con ello se pretende, también en este extremo, con respeto al principio de riesgo y ventura, facilitar la viabilidad de la concesión desde su comienzo, en la medida en que la cuantificación anticipada objetiva y real del perjuicio y de la indemnización correspondiente favorece, entre otras cosas, la financiación del contrato.

7. LA RELACIÓN DEL CONCESIONARIO CON LOS USUARIOS Y EL MARCO TARIFARIO DE LA CONCESIÓN

En este contrato concesional se aplican de manera pionera en España los conceptos de las Directivas de liberalización del transporte ferroviario y, en la actualidad, de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del sector ferroviario, que separan las funciones de gestor de la infraestructura de los operadores ferroviarios. En este caso, el concesionario es el gestor de la infraestructura ferroviaria que construye y explota, de modo que, puesto de acuerdo con los gestores de las infraestructuras ferroviarias español y francés, debe realizar una declaración de la capacidad de la línea y adjudicar los correspondientes surcos, percibiendo a cambio el derecho al cobro de la correspondiente tarifa.

De acuerdo con lo anterior, el concesionario debe facilitar a las empresas ferroviarias el conjunto de las prestaciones y el acceso por la red a las infraestructuras de los servicios pormenorizados en el contrato, con observancia de las normas comunitarias, y en particular de la Directiva 2001/14/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2001, así como de las normas nacionales de transposición de la misma, de los reglamentos aplicables a la Sección internacional. El concesionario elaborará y publicará una declaración sobre la red, que someterá a la Comisión Intergubernamental, y adjudicará —en coordinación con los entes gestores de las infraestructuras ferroviarias adyacentes— las capacidades de la Sección internacional.

Por lo que se refiere a las tarifas o cánones que el concesionario está facultado para exigir a las empresas ferroviarias por el uso de la infraestructura, tanto su determinación inicial (con un período de tres años en los

que serán fijos) como su evolución posterior, en función de los diferentes tipos de tráfico (viajeros o mercancías, distinguiendo según el tipo de mercancías), de trenes (en función de su capacidad), de los tramos de horario que se utilicen, etc., están previstas en el contrato. Las tarifas varían a lo largo de la vida de la concesión, debiéndose destacar, por su interés, la existencia de un coeficiente que permite adaptar los cánones, tanto en beneficio del concedente como del concesionario, de forma simétrica, al alza y a la baja, más allá de la fórmula de evolución, si los tráficos constatados, medidos en número de trenes, se distancian sensiblemente y de manera sostenida de las previsiones de número de trenes. Esta cláusula está llamada a permitir la adaptación de la concesión a las circunstancias favorables o adversas que, a lo largo de su prolongada duración, puedan producirse, sin necesidad de alterar los términos del contrato, asegurando tanto su viabilidad como la salvaguarda del interés público y el del concesionario.

8. LA CLÁUSULA DE ARBITRAJE

Finalmente, de acuerdo con las previsiones del Acuerdo de Madrid, el contrato contiene una regulación del arbitraje como modo de resolución de las controversias que puedan suscitarse entre las partes a lo largo de la ejecución del contrato.

El modelo sobre el que se inspira es, no obstante, parecido al modelo español de jurisdicción contencioso-administrativa, en la medida en que el concesionario sólo puede acudir a este sistema tras provocar el correspondiente acto previo, es decir, tras plantear previamente la cuestión a los concedentes.

Esto no obstante, el contrato prevé, para facilitar la solución de las controversias de la manera más sencilla, rápida y eficaz posible, que las disputas puedan ser sometidas, con carácter previo al arbitraje y en caso de acuerdo de ambas partes, a mediadores independientes cuyo informe no es, sin embargo, vinculante para las partes.