



Financiación privada de infraestructura y equipamientos públicos

(La experiencia francesa)*

Gérard Marcou

Profesor de la Universidad Panthéon - Sorbona París I,
Director del D.E.S.S. en Administración Pública.
Profesor invitado por la Facultad de Jurisprudencia y la
Maestría de Derecho Administrativo de la
Universidad del Rosario.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN; 2. EL REPARTO DE RESPONSABILIDADES; 2.1. Las delegaciones de servicio público; 2.1.1. Concesión de obra pública y concesión de servicio público; 2.1.2. Otros contratos de delegación de servicio público; 2.2. El *marché d'entreprise de travaux publics* (METP); 3. EL REPARTO DE RIESGOS; 3.1. Riesgos políticos y garantías jurídicas; 3.2. La reforma de las condiciones de utilización del dominio público: patrimonialización y garantías; 3.2.1. El *bail emphytéotique*; 3.2.2. La constitución de derechos reales en beneficio del ocupante del dominio público del Estado; 3.2.3. El recurso al *crédit-bail*, *leasing* o arrendamiento financiero; 3.3. Modos de financiación y relaciones financieras; 4. CONCLUSIONES.

1. Introducción

El Estado francés ha concedido siempre una gran importancia a las infraestructuras y especialmente, desde un punto de vista histórico, a las infraestructuras de transporte y comunicación. El *Service des Ponts et Chaussées* es una de las Administraciones francesas más antiguas, pero las instituciones jurídicas que han permitido el compromiso de los empresarios privados en la financiación, ejecución y explotación

* La traducción al español ha sido llevada a cabo por Aurora Molina Saborido.

de grandes infraestructuras de transporte son incluso anteriores. Las primeras concesiones de canales se remontan al siglo XVI; en esta época aparecen también las primeras concesiones de diligencias e incluso concesiones de desecación de pantanos (en 1599), verdaderas concesiones en potencia de ordenación territorial. Una de las aplicaciones más célebres de este procedimiento fue la construcción y la explotación del Canal del Midi, concedida en 1666 al asentista Riquet.¹ La institución de la concesión es, pues, mucho más antigua que las nociones jurídicas de obra pública y, sobre todo, de servicio público, a las que se le asocia normalmente, y de las que toma sin duda los elementos más modernos de su régimen jurídico, que se han extraído progresivamente en el transcurso de la segunda mitad del siglo XIX de la práctica y de la jurisprudencia.

Desde el siglo XIX, la participación del sector privado no ha cesado de diversificarse tanto en sus campos de aplicación como en sus modalidades jurídicas. No sólo el ferrocarril, sino también los primeros servicios urbanos en red (transportes públicos, al principio de tracción animal, después el suministro de agua, de gas y de electricidad) se desarrollaron tomando como base contratos de concesión, o contratos derivados de la concesión. Además, el poder público ha seguido utilizando estos contratos cuando las circunstancias le han llevado a sustituir un operador público por un operador privado (por ejemplo, después de la nacionalización del suministro de gas y electricidad en 1946). Hoy día se utilizan la concesión y contratos similares, a los que se agrupa en la categoría de las *delegaciones de servicio público* que, al igual que otros contratos que recurren a la inversión y/o gestión privada son utilizados también ampliamente por las Administraciones locales para proporcionar a los ciudadanos los equipamientos y servicios de su competencia; pero algunas funciones importantes de competencia del Estado son asimismo llevadas a cabo mediante estas técnicas jurídicas, que son también modos de gestión.

La experiencia francesa en materia de financiación privada de infraestructuras y equipamientos es, por tanto, muy rica y diversificada. Pero también es heterogénea, y comporta ambigüedades que es necesario disipar de inmediato.



¹ La historia de estas instituciones ha quedado lúcidamente bien expuesta en el libro de X. Bezançon, **Les services publics en France, du Moyen-Age à la Révolution**, Presses de l'École Nationale des Ponts et Chaussées, París 1997. Véase también del mismo autor: "Rétrospective sur la gestion déléguée du service public en France", pp. 15-32 en: **La gestion déléguée du service public. Dossiers et Documents de la Revue française de Droit administratif**, 1997.

En primer lugar, conviene precisar qué se entiende por financiación privada. En un sentido amplio, se puede considerar que el recurso al préstamo a través de los bancos o en el mercado financiero y los peajes que pagan los usuarios son una forma de financiación privada, aunque el dueño de la obra o el operador sea la Administración. Es más, el recurso a tales soluciones es frecuente en Francia. En un sentido más restringido, la financiación privada significa que la Administración confía el establecimiento y la eventual explotación de una obra o de un servicio a una empresa privada, que se encarga también de asegurar su financiación. Vamos a limitarnos aquí a exponer la experiencia francesa que se corresponde con esta segunda interpretación, incluyendo aquellos casos, como el de las sociedades de economía mixta concesionarias de autopistas, en el que la empresa, siendo *privada* en lo que se refiere a su régimen jurídico, es en realidad una empresa pública desde el punto de vista de su control efectivo.

En segundo lugar, los distintos contratos sobre cuya base el sector privado se encarga de la financiación de las inversiones y/o la explotación de obras públicas o servicios públicos, no constituyen, hablando con propiedad, una forma de privatización. Se trata más bien de un conjunto de instituciones jurídicas que tienen como objetivo movilizar las inversiones privadas y el *savoir faire* industrial y técnico del sector privado con el fin de proveer los equipamientos públicos necesarios para la sociedad y la economía. En este sentido podemos hablar de colaboración público-privada, puesto que estas instituciones obligan a tener en cuenta los imperativos económicos de la empresa privada. Téngase en cuenta que ninguno de estos contratos supone una transferencia de activos de la Administración a un sujeto privado sino que, por el contrario, en la medida en que el concesionario es quien realiza las inversiones a sus expensas, éstas están sometidas desde el principio al régimen jurídico de los bienes públicos, que protege su afectación al uso o al servicio público y revierten a la Administración concedente según los términos del contrato de concesión. Por último, incluso en la hipótesis de una explotación a riesgo y ventura, que corresponde a la lógica propia de la concesión, la condición de servicio público reconocida a la actividad en cuestión, o la asignación al uso del público, autorizan la intervención del poder público.

Asimismo, algunos fracasos recientes demuestran que el recurso a la inversión privada no puede liberar nunca al poder público de sus responsabilidades y que, en sentido contrario, la intervención de éste en modo alguno **no** hace desaparecer los imperativos económicos y,

por último, que la participación del sector privado tampoco garantiza siempre la exactitud de las decisiones económicas.

El recurso a la financiación privada comporta dos problemas capitales que deben ser resueltos: el reparto de responsabilidades (al que dedicamos todo el punto 2) y la asignación de riesgos (punto 3). El reparto de responsabilidades es esencial, ya que el recurso a la financiación privada no implica nunca una liberación completa del poder público; incluso si éste no tiene compromiso económico alguno, le corresponde la definición de los objetivos y el mantenimiento de importantes condiciones. La asignación de los riesgos no es menos fundamental. La evaluación de los riesgos se compara siempre con la rentabilidad estimada del proyecto, pues los inversores buscan garantías para las diferentes eventualidades a las que tengan previsiblemente que enfrentarse. La evolución del reparto de responsabilidades en favor del sector privado tiene su reflejo en la evolución del marco contractual y en las dudas que de él resultan hoy día en relación con las nociones clásicas. En lo que respecta al reparto de los riesgos, y con independencia de los principios arraigados en el Derecho administrativo desde hace mucho tiempo para asegurar un equilibrio entre el interés privado y el interés público, se observan tendencias contradictorias a la hora de desarrollar mecanismos de solidaridad o, por el contrario, de aislamiento de los riesgos de una y otra parte, de forma que los riesgos económicos corran de cuenta del sector privado. Veremos también las limitaciones que presentan las aproximaciones demasiado sistemáticas.

II. El reparto de responsabilidades

Hoy en día existen principalmente dos grandes tipos de contratos que permiten a la Administración recurrir al sector privado para la financiación de inversiones: la concesión y el *marché d'entreprise des travaux publics* (METP) –si bien un reciente *arrêt* del Consejo de Estado viene a privar en buena medida a esta última figura del interés que venía teniendo para la financiación privada de dotaciones, como a continuación veremos.² Estos contratos se distinguen esencialmente por la naturaleza de las relaciones entre la Administración competente y la empresa, por una parte, y entre ésta y los usuarios, por otra. Entre



² CE 8 de febrero de 1999, "Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de La Ciotat", concl. C. Bergeal, nota D. Chabanol, *AJDA* 1999, p. 364.

los contratos de concesión también debemos distinguir entre las concesiones de obra pública y las concesiones de servicio público (aunque las razones de esta distinción no son muy claras en la jurisprudencia). No obstante, podemos decir que las concesiones de servicio público forman parte de una categoría más amplia de contratos, las *délégations de service public*, que están sometidas a unas reglas comunes a partir de la Ley de 29 de enero de 1993. La financiación no entra nunca dentro del objeto de estos contratos; se trata más bien de definir modos de realización de las inversiones y de la gestión o explotación del servicio público, en el marco de las cuales la financiación puede constituir una de las obligaciones del contratista. No obstante, todos estos contratos tienen en común el que la financiación privada de los equipamientos está ligada a la explotación del servicio público o de la obra pública.

En la medida en que estos contratos se refieren a obras públicas, están igualmente sujetos a las disposiciones de las Leyes de 3 de enero de 1991 y 11 de diciembre de 1992, modificadas por la Ley de 22 de enero de 1997, así como por el Decreto de 31 de marzo de 1992 (modificado por el Decreto de 27 de febrero de 1998), que han incorporado al Derecho francés las Directivas comunitarias sobre los contratos de obras (93/37), sobre los contratos en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones (93/38), y sobre los contratos de servicios (92/50), así como las Directivas en materia de recursos (89/665 y 92/13). Sin embargo, las convenciones de delegación de servicio público no están, en cuanto tales, sujetas a las Directivas comunitarias.

Abordaremos el tema de la concesión de obra pública a la vez que el de las delegaciones de servicio público a causa de los problemas de definición que plantean estas nociones, relacionadas entre ellas.

2.1. Las delegaciones de servicio público

La noción de delegación de servicio público tiene un origen reciente; la Ley de 29 de enero de 1993 fue la que le dotó de valor normativo al establecer los elementos comunes del régimen jurídico de todas las delegaciones de servicio público, sin darle, no obstante, una definición. La noción surgió, en la práctica, para designar con una misma expresión, tanto a la concesión de servicio público como a un conjunto de contratos administrativos que tienen en común con ella la finalidad de confiar a un empresario la ejecución de un servicio público.

Hablamos entonces de *gestion déléguée du service public* (gestión delegada del servicio público) y el Consejo de Estado ha retomado esta expresión en dos avis del 7 de octubre de 1986 y 7 de abril de 1987, en los que se pronunció sobre tres puntos importantes: i) el carácter administrativo del servicio público no impide que su ejecución sea confiada a una persona privada, salvo ciertas excepciones (sobre todo las relacionadas con el orden público y el ejercicio de autoridad); ii) la Administración local dispone de la mayor libertad de elección respecto al modo de delegación del servicio público al que decidan recurrir; iii) el contrato por el cual el empresario se encarga de la ejecución del servicio público no está sujeto al *Code des marchés publics*.³ En realidad, el Consejo de Estado cedía al empirismo en estos informes, y no ha sido del todo secundado ni por el Parlamento ni por su propia Sección de lo contencioso, en particular en lo que se refiere al tercer apartado. La noción de gestión delegada tenía entonces un valor más material y descriptivo que jurídico. No obstante, esta denominación era más exacta que la que se ha impuesto: en efecto, sólo hay una delegación de la gestión del servicio público, no del servicio público en sí mismo,⁴ respecto al cual la Administración delegante conserva su competencia, que no podría delegar y que, en cambio, le permite elegir el modo de gestión. El origen de la noción explica sin duda las dificultades que encontramos siempre para darle un sentido jurídico claro y para superar las contradicciones que encuentra su aplicación.

2.1.1. Concesión de obra pública y concesión de servicio público

La noción de concesión tiene un origen muy antiguo en el Derecho francés, como ya hemos señalado, y es bastante anterior a la aparición de la noción de servicio público, a la cual ha estado asociada más tarde, de forma que constituye actualmente el núcleo de la noción de delegación de servicio público. Sin embargo, procedía en sus orígenes de una idea diferente. Como indica L. Richer, “la razón de fondo de la concesión consiste en conferir a un particular el derecho de explotar ciertos bienes en lugar de la Administración”;⁵ a esto habría que añadir que, en el Antiguo Régimen, la concesión tenía la



³ Circular de 7 de agosto de 1987, *Journal Officiel* de 20 de diciembre, p. 14863.

⁴ Este aspecto fue puesto de manifiesto por P. Devolvé, “Les contradictions de la délégation de service public”, *AJDA* 1996, p. 677-678.

⁵ L. Richer, “Délégation de service public: une notion difficile à cerner”, *Moniteur TP*, 6 de junio de 1997, n° 4880, p. 58.

forma de un privilegio consentido por el Rey. No sólo las antiguas concesiones coloniales y las concesiones de minas, citadas por Richer, obedecían a esta lógica, sino que también las primeras concesiones ferroviarias, otorgadas con base en la Ley de 1842, presentaban esta característica a pesar de la participación del Estado en su establecimiento, y que tuvieron lugar mucho antes de que se pudiera imaginar que el ferrocarril recibiera la consideración de servicio público.⁶

Sin embargo, la aplicación de la concesión al servicio público, al igual que la ósmosis que se produjo entre las nociones de obra pública y de servicio público, han modificado un tanto el sentido de la institución. Numerosas reglas y principios propios de la creación, la organización y funcionamiento de los servicios públicos han afectado a las relaciones entre el concesionario y la autoridad que otorga la concesión, y a las relaciones con los usuarios. De la antigua filosofía de la concesión persiste el que el concesionario haga la explotación en su nombre, por su propia cuenta y riesgo y a sus expensas; pero son las leyes del servicio público las que dominan el régimen de la concesión, y producen efectos de retorno en las relaciones entre el concesionario y la Administración concedente, como veremos más adelante.

La filiación entre la antigua concesión de obra pública y la concesión de servicio público se debe al hecho de que el concesionario sufraga los gastos de primer establecimiento del servicio concedido, lo que en la mayoría de los casos, pero no siempre, necesita la realización de obras y, en consecuencia, de obras públicas. Podemos entonces definir la concesión de servicio público como el contrato por el que una empresa financia y realiza las inversiones necesarias para el establecimiento del servicio público que se le concede, asegura por su cuenta la explotación de este servicio a sus expensas, y obtiene de las tarifas percibidas directamente de los usuarios del servicio los ingresos necesarios para la amortización del capital invertido, para la cobertura de los costes de explotación y para su remuneración. Aparecen tres elementos claves en la definición de este contrato: *i)* el concesionario es el que sufraga los gastos de la inversión inicial; *ii)* el concesionario obtiene sus ingresos directamente de las tarifas pagadas por los usuarios; *iii)* la explotación es la que garantiza a la vez la amortización y la remuneración del capital invertido, lo cual impone normalmente



⁶ Cf. X. Bezaçon, *Les services publics en France de la Révolution à la Première Guerre mondiale*, Presses de l'École Nationale des Ponts et Chaussées, Paris 1997, sobre todo, pp. 248 y ss.

un contrato de larga duración. La Administración se limita a fijar el marco jurídico de la concesión, a definir en un pliego de condiciones las características de las obras que hay que realizar, así como la correcta prestación del servicio, y las condiciones de remuneración del concesionario; además, vela por que se respete el pliego de condiciones. En cambio, la concesión no implica, en principio, ningún compromiso financiero del poder público; lo que sí implica, como fue el caso de las primeras concesiones ferroviarias, es que el riesgo de la empresa debe correr a cargo del concesionario; si el concesionario fracasa, la Administración no está obligada a respaldarlo.

A veces hemos criticado esta concepción de la concesión, que está ligada a un método de remuneración con cargo a los usuarios, esgrimiendo que la explotación de la concesión puede producir otros tipos de ganancias, por ejemplo las de publicidad, y que el método de remuneración es secundario, ya que el contrato opera la transferencia de la gestión del servicio público y los resultados de la explotación son los que determinan la remuneración;⁷ no obstante, el Consejo de Estado no ha seguido nunca este camino.⁸ Podemos ver en esto el efecto del cambio de lógica que afectó a la concesión a partir del momento en que fue aplicada al servicio público: la lógica del servicio público prevalece sobre la del beneficio económico.

Puede percibirse el acercamiento entre la evolución de la jurisprudencia y la distinción entre concesión de obra pública y concesión de servicio público. Con el desarrollo de la noción de servicio público en el Derecho administrativo, la concesión de obra pública ha sido pro-



⁷ Véase, sobre todo, G. Dupuis, "Sur la concession de service public", *Recueil Dalloz* 1976, cap. 222, según el cual la concesión es el contrato que opera la transferencia global del servicio al contratista con el conjunto de sus costes y beneficios, sin que el método de remuneración a través del usuario represente más que una variante de la concesión en una categoría más general; véase también A de Laubadère/F. Moderne/P. Devolvé, *Traité des contrats administratifs*, tomo 1, 2ª ed. 1983, p. 297: "La concesión de servicio público es un contrato por el cual la Administración encarga a otra persona la explotación de un servicio público mediante una remuneración determinada por los resultados financieros de la explotación".

⁸ El ejemplo de las concesiones de televisión por ondas hertzianas de la Ley de 30 de julio de 1982 no resulta convincente; en ellas el equilibrio económico de la concesión reposaba en los ingresos por publicidad, pues el artículo 79 de la Ley manifestaba la voluntad del Parlamento de someter estos contratos al régimen jurídico de los contratos de delegación y el Consejo de Estado no ha vuelto a tomar a su cargo la calificación a la que debía someterse: "considerando que el artículo 79 (...) ha calificado de contrato de concesión el acto por el cual el Estado confía por vía contractual a una persona jurídica la explotación de un servicio de televisión por ondas hertzianas destinado al público en general" y "que así el contrato litigioso tiene sin duda el carácter de una concesión de servicio público en el sentido del artículo 79 de la Ley de 29 de julio de 1982" (CE Ass. 16 de abril de 1986, "Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion", *AJDA* de mayo de 1986, y *RFDA* 1987-1, nota P. Devolvé). En un contrato como éste está claro que la lógica de la explotación prevalece sobre la lógica del servicio público.

gresivamente absorbida por la concesión de servicio público, salvo algunas aplicaciones residuales de la concesión de obra pública. Hasta finales del siglo XIX, la realización de obras públicas en el marco de la concesión determinaba la aplicación del régimen propio de los contratos de obra pública, por la *vis atractiva* que conllevaba la noción de obra pública. Sin embargo, Hauriou destacó desde 1902 que, si bien las concesiones ferroviarias eran concesiones de obra pública, el objeto principal de la operación era la explotación de las líneas y no únicamente su construcción; de esto se seguía que estas concesiones eran en realidad concesiones de servicio público.⁹ En 1916, en el *arrêt Astruc*, el *Commissaire du gouvernement* Corneille declaraba que no podía hablarse de obra pública más que si la *causa* de la obra era la ejecución de un servicio público.¹⁰ Este razonamiento tiene como resultado el que la mayor parte de las concesiones de obra pública se hayan convertido en concesiones de servicio público o, cuando el papel de las obras resulta relevante, en *concesiones de obra y de servicio público*. De este modo, han recibido esta calificación las concesiones de aparcamientos subterráneos,¹¹ las concesiones de remontes¹² y las concesiones de autopistas.¹³ Pero a veces la misión de servicio público que ha sido reconocida parece hacer inútil la referencia a la obra pública: así, la concesión de un aparcamiento subterráneo se ha podido calificar simplemente de concesión de servicio público,¹⁴ al igual que las operaciones de explotación confiadas a una sociedad pública de ordenación territorial regional.¹⁵

Es cierto que en el transcurso de los últimos años la evolución de la jurisprudencia y de las Directivas comunitarias han restaurado en una cierta medida la identidad jurídica originaria de la concesión de obra pública respecto a la concesión de servicio público. Esta identidad se manifiesta en las relaciones entre la autoridad concedente y el concesionario, sea éste una empresa pública o privada. El concesio-

⁹ Nota en el CE 14 de febrero de 1902, "Blanleuil et Vernaudon c. Ville d'Angoulême", *Recueil Sirey* 1904, III, p.81.

¹⁰ CE 7 de abril de 1916, *Astruc*, rec. p. 836.

¹¹ CE 10 de abril de 1970, *Beau et Lagarde*, rec. P.243.

¹² CE 23 de enero de 1959, "Commune d'Huez", *AJDA* de 1959, II, p. 65.

¹³ CE Ass. 14 de febrero de 1975, "Époux Merlin et Association de Défense des Habitants des quartiers de Super-La Ciotat et de Ceyresle", *AJDA* de 1975, p. 235.

¹⁴ CE 24 de enero de 1973 *Spiteri et Krehl*, rec. p. 64.

¹⁵ CE 10 de noviembre de 1972, "Soc. des Grands Travaux Alpains", *AJDA* de 1973, p. 47.

nario actúa entonces “en nombre de” la Administración que otorga la concesión. Nos referimos aquí a la jurisprudencia del *arrêt Entreprise Pierrot*,¹⁶ relativa a las autopistas con peaje, según la cual “la construcción de autopistas nacionales tiene el carácter de obras públicas, cuya responsabilidad pertenece por naturaleza al Estado”, por lo que los contratos celebrados por el concesionario se entienden hechos “en nombre del Estado” y tienen, por este motivo, el carácter de contratos administrativos de obra pública;¹⁷ la jurisprudencia sobre las concesiones de ordenación urbana llevadas a cabo con sujeción a lo dispuesto por el *Code de l’urbanisme* llega al mismo resultado a partir de un análisis de las cláusulas del contrato de concesión, y tiende a analizar sus cláusulas como si estableciera una relación de mandato.¹⁸ Esta interpretación de las relaciones entre el concedente y el concesionario se aleja, pues, del modelo clásico de la concesión, en el cual el concesionario actúa, por el contrario, en nombre propio. En un *arrêt* de 1987 el Consejo de Estado parece haber querido extraer las consecuencias de esta idea al calificar de forma diferente las concesiones de autopistas como “concesiones de obra y de explotación de obra pública” para, sin embargo, concluir igualmente que no es de aplicación al contrato de concesión el *Code des marchés publics*.¹⁹ En efecto, el automovilista es el usuario directo de la obra, no de un servicio al que la autopista sirve de base, de modo que las barreras establecidas para el cobro del peaje sirven más bien para la explotación de la obra que para la explotación de un servicio. El Derecho de la Unión Europea justifica así que la concesión de obra pública se distinga nuevamente de la concesión de servicio público, puesto que la Directiva 93/37, sobre contratos de obra pública, da una definición de las concesiones de obra pública, que quedan sujetas a esta regulación, del siguiente tenor: se trata del contrato que tiene por objeto la realización de obras públicas mediante la contrapartida del derecho a ex-



¹⁶ TC 8 de enero de 1963 *Société Entreprise Peyrot*, rec. p. 787; *ADP* 1963, p. 776, concl. Lasry; **Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative**, Sirey, 10^a ed. 1993, n^o 101.

¹⁷ CE Sect. 3 de marzo de 1989, *Société des autoroutes de la région Rhône-Alpes*, rec. p. 69, concl. E. Guillaume, a propósito de una concesión de autopista a una sociedad privada, y no a una sociedad de economía mixta.

¹⁸ CE Sect. 27 de noviembre de 1987, *Société Provençale d’équipement*, rec. p. 303; *RFDA* 1998, p. 384, concl. Fornacciari, nota de F. Moderne: este *arrêt* precisa por primera vez lo que hay que entender por la expresión “actuando en nombre de”, al afirmar que la *Société Provençale d’équipement* (sociedad de economía mixta local), actuaba “por cuenta del Consorcio de equipamientos de Aubagne y del Municipio de Aubagne”. Véase, en el sentido contrario: CE 20 de enero de 1992, *Ville de Talant*, req. n^o 46624-46728.

¹⁹ CE 6 de nov. de 1987, “Comité de Défense de la Basse Vallée de l’Adour et des Gaves”, *ADP* 1988, p. 1414.

plotar la obra, o de este derecho junto con el pago de un precio (art. 1.d). Los textos legales franceses de transposición de la Directiva adoptan una definición un tanto distinta: al indicar que la remuneración del empresario consiste “en todo o en parte en el derecho a explotar la obra” (Ley 91-3, de 3 de enero de 1991, art. 11.1^º y, para el Estado y sus establecimientos públicos administrativos, el Decreto 92-311, de 31 de marzo de 1992, art.1^º.2^º), ya que en el Derecho francés el pago de un precio excluye la calificación de un contrato como concesión, si bien algún reciente *avis* del Consejo de Estado admite considerar como *precio* la subvención otorgada al gestor y que se añade a la remuneración que obtiene de los usuarios del servicio.²⁰

Sin embargo, algunos *arrêts* y dictámenes recientes del Consejo de Estado mantienen el vínculo entre la explotación de la obra y la noción de servicio público; incluso lo asimilan a un servicio público de carácter administrativo, y no de carácter industrial y comercial, al menos en lo que afecta a las relaciones con los usuarios y al régimen fiscal de las sociedades concesionarias de autopistas. Así, en 1995 el Consejo de Estado declaró que “el usuario abonado a los peajes de autopista está en una situación legal y reglamentaria respecto a la sociedad encargada de la explotación de la autopista”,²¹ después de que un dictamen sobre una cuestión de derecho planteada por un Tribunal de lo Contencioso-Administrativo hubiera indicado que “la actividad de una sociedad concesionaria de la construcción y explotación de una autopista constituye la ejecución de una misión de servicio público administrativo”, que ha de ejercerse “según las reglas del Derecho público” y que no puede, por tanto, considerarse que, desde el punto de vista fiscal, realice una actividad mercantil.²² La asimilación de la concesión de obra pública a un servicio público administrativo en lo que se refiere a las relaciones del concesionario con los usuarios refuerza el particularismo de estas concesiones respecto a las concesiones de servicio público clásicas, que tratan de los servicios públicos industriales y comerciales, aunque el régimen de peajes de autopista (que se fija cada año por Decreto a propuesta de la sociedad concesionaria) puede explicarlo. Esto refleja una vez más la importancia que concede la jurisprudencia al criterio de las rela-



²⁰ CE *avis*, *Assemblée Générale (Section des finances)*, nº 359172, de 27 de junio de 1996; puede encontrarse en *Conseil d'État, Rapport Public 1996*, Études et Documents, nº 48, p. 286.

²¹ CE Sect. 28 de julio de 1995, *Société de l'Autoroute Estérel-Côte d'Azur*, req. nº 126484.

²² CE Sect. *avis*, 6 de julio de 1994, *Société des Autoroutes du Nord et de l'Est de la France*, req. nº 156708.

ciones con los usuarios.

Por último, las concesiones hidroeléctricas, tradicionalmente consideradas como "puras" concesiones de obra pública, y regidas siempre por la Ley de 16 de octubre de 1919, han sido consideradas recientemente por el Consejo de Estado, en un *avis* de 1995, como delegaciones de servicio público en sentido de la Ley de 29 de enero de 1993. El Consejo de Estado se basa en las obligaciones del concesionario en materia de suministro de corriente eléctrica y de reservas de energía con tarifas preferentes para los servicios públicos y para ciertas actividades de interés general.²³

2.1.2. Otros contratos de delegación de servicio público

La financiación de equipamientos no queda excluida en las otras formas de delegación de servicio público a las que se refiere la Ley de 29 de enero de 1993 pero, cuando es posible, dicha financiación ocupa un lugar secundario. No podríamos examinar aquí todas las formas de delegación de servicio público, a causa de su creciente diversificación; nos limitaremos a los contratos más importantes y a lo que es común a todas las delegaciones de servicio público.

La distinción entre la concesión de servicio público y el arrendamiento (*affermage*) se basa precisamente en el hecho de que el concesionario sufraga los gastos de primer establecimiento del servicio, mientras que el arrendatario explota el servicio con equipamientos que pone a su disposición la Administración que hace la delegación. En compensación, el arrendatario lleva a cabo en principio la explotación a sus expensas, al igual que el concesionario, y obtiene su remuneración de las tarifas que percibe de los usuarios. Esta similitud con la concesión de servicio público, en lo que respecta a las relaciones con la autoridad delegante y a las relaciones con los usuarios, conduce a veces a ver en el contrato de arrendamiento una simple variante de la concesión. No obstante, esto no debe ocultar que la jurisprudencia revela ciertos efectos jurídicos que contemplan la distinción de estos dos tipos de contratos.²⁴ Esta distinción se basa en el criterio según en



²³ CE Ass. générale (Section de *travaux publics*), *avis*, 28 de septiembre de 1995, nº 357262 y 357263, p. 402, en **Conseil d'État Rapport public 1995**, Etudes et Documents, nº47. Las concesiones de transporte de gas son calificadas igualmente de delegaciones de servicio público en el mismo informe, pero no las autorizaciones de transporte de gas, que proceden de un acto unilateral y no de un contrato: esta solución es lógica en el plano jurídico pero poco acertada, puesto que sustrae, sin una justificación de fondo, las autorizaciones a las obligaciones que incumben a las concesiones.

²⁴ P. Subra De Bieusses, "La spécificité de l'affermage", *AJDA* 1996, p.608.

cual se encargan las inversiones necesarias para el establecimiento del servicio, como criterio definidor de la concesión en relación con el arrendamiento²⁵ y, eventualmente, para modificar la calificación que las partes han dado al contrato.²⁶

Sin embargo, el contrato de arrendamiento no prohíbe que el arrendatario tome a su cargo algunas inversiones. Por el contrario, la práctica está orientada en este sentido desde hace mucho tiempo; los pliegos de condiciones generales de los contratos de arrendamiento para el suministro de agua potable y saneamiento de 1980 y 1981 (que, desde la *Ley d'amélioration de la décentralisation* de 1982, no son más que simples modelos propuestos a la Administración local de modo orientativo) preveían que, en principio, las obras del servicio fueran ejecutadas por la Administración conforme a las reglas del *Code des marchés publics* (art. 2), pero autorizan también al arrendatario a realizar todas las obras útiles para el servicio arrendado, siempre dentro de su ámbito, con reserva de la aprobación por parte de la Administración delegante en lo que afecta a las condiciones de financiación de estas obras e, incluso, en lo que concierne a la distribución de agua, el contrato puede prever que la renovación de las canalizaciones corra a cargo del arrendatario.²⁷ Además, el contrato de arrendamiento puede establecer la subrogación del arrendatario en el pago de la deuda contraída por la Administración para la financiación de los equipamientos puestos a disposición de su delegado, el cual, claro está, los trasladará al importe de las tarifas, que serán fijadas en consecuencia.²⁸ La única diferencia con la concesión es que la financiación de estos equipamientos se realiza *a posteriori* pero, en el fondo, la obligación de realizar la inversión corresponde al delegado y, según su importancia, esto podría justificar la recalificación del contrato.



²⁵ Véase por ejemplo: CE 29 de abril de 1987, "Commune d'Elancourt", *AJDA* 1987, p.543, nota X. Prétot, a propósito de una red de distribución de agua potable; CE 19 de abril de 1989, "Société des transports urbains d'Angers", *RDJ* 1989, p. 1794, a propósito de una red de transporte de autobús en la conurbación de Angers.

²⁶ CE 29 de abril de 1987 antes citada: recalificación como arrendamiento de un contrato calificado por las partes como concesión.

²⁷ Sobre el servicio de saneamiento, véase el Decreto de 16 de octubre de 1981, así como el Pliego de condiciones generales, artículo 19; sobre distribución de agua, el Decreto de 17 de marzo de 1980, así como el Pliego de condiciones generales, especialmente arts. 20 y 25. Todos estos textos han sido publicados por el Ministère de l'Intérieur en **Recueil des modèles de cahiers des charges et règlements de service**, La Documentation Française, Paris 1987.

²⁸ P. Devolvé, op. cit. p. 688; también Cl. Devés, "Les droits d'entrée", *AJDA* 1996, p. 631.

Para el Consejo de Estado, la participación del arrendatario "en las inversiones realizadas en el marco del contrato y de sus modificaciones posteriores" no afecta a la naturaleza del contrato, puesto que "la financiación de la mayor parte de estas inversiones" sigue a cargo del delegado.²⁹ Sin embargo, esta solución parece estar limitada a las inversiones realizadas en el marco de un servicio existente. En efecto, para la realización de una extensión de la red de saneamiento, el Consejo de Estado califica como concesión el contrato celebrado con el arrendatario de la red existente en virtud del cual este último se encarga de realizar a sus expensas las canalizaciones nuevas y de explotarlas en las mismas condiciones que el resto de la red; estas obras se encuentran, pues, fuera del ámbito de aplicación del *Code des marchés publics*, al ser objeto de una concesión.³⁰ El inconveniente que presenta esta solución es que implica el reconocimiento de un nuevo contrato, que conllevaría el que estuviera sujeto a la obligación de publicidad de licitación en el ámbito comunitario. Sin embargo, parece que el artículo 40 de la Ley de 29 de enero de 1993 se pronuncia a favor de la unidad del contrato en una hipótesis de este tipo, puesto que aborda explícitamente la extensión del campo geográfico del servicio como uno de los motivos que pueden justificar la prolongación de la duración del contrato de delegación de servicio público en curso del cual, subordinando las obras al servicio, se sitúa cada vez más fuera del campo de aplicación de las Directivas.

La Ley de 29 de enero de 1993 (art.40.1^o) prevé que el delegado se haga cargo de las instalaciones necesarias para la prestación del servicio en el marco de las delegaciones de servicio público sin vincular esta obligación a una categoría particular de contrato. De esto resulta que la concesión y el arrendamiento se presentan a partir de este momento como dos variantes de la delegación de servicio público, nueva categoría jurídica consagrada por esta Ley, en vez de como dos categorías distintas de contrato. Por otra parte, puede ocurrir que el Juez o Tribunal se contenten con reconocer en un contrato una convención de delegación de servicio público, sin intentar calificarla.³¹ Sin embargo permanecen particularidades de los regímenes jurídicos que distinguen a los diferentes modalidades negociables de delegación de servicio público.



²⁹ *Ibid.*

³⁰ CE 6 de mayo de 1991, "Syndicat intercommunal du Bocage", *AJDA* 1991, p. 717, nota P. Subra De Bieusses. La misma solución para la extensión de una red de distribución de agua: CE 26 de septiembre de 1994, "Commune de Labenne", *Droit administratif*, 1994, réf. n^o 588.

³¹ CE 15 de junio de 1994, "Syndicat intercommunal de la région de Douai", rec. tablas, p. 1033.

¿Autoriza la *régie* a que la financiación de inversiones destinadas al servicio público sea asegurada por el gestor?

Aún teniendo en cuenta las dudas que persisten a pesar de su antigüedad, la *régie intéressée* puede ser definida como un contrato mediante el cual una empresa gestiona un servicio público en nombre de la Administración, que corre con los riesgos de la actividad, y que remunera al gestor con los productos de la explotación del servicio, según unas modalidades que permiten asociar esta remuneración a los resultados de su gestión; el gestor interesado, por su parte, efectúa las operaciones de gasto e ingreso del servicio en nombre de la Administración.

Es posible que el gestor realice inversiones para la Entidad pública; es más difícil concebir que el gestor asegure la financiación por medio de una inversión de recursos propios. En la mayoría de los casos, el gestor presta el servicio con las instalaciones puestas a su disposición y financiadas por la Administración; las excepciones que hemos encontrado parecen poco relevantes.³² Más significativo es el ejemplo de *régie intéressée* que proporciona el Consorcio de municipios del extrarradio de París, según el cual las obras de primer establecimiento, las grandes reparaciones y la renovación de los equipamientos son realizadas por la empresa gestora en nombre del Consorcio, bajo la dirección de éste y a sus expensas.³³ El gestor realiza, por tanto, las inversiones en calidad de agente de la Administración. Hoy día esto parece ser incompatible con la Ley 85-704, de 12 de julio de 1985, relativa a la *maîtrise d'ouvrage publique* (llamada Ley MOP). Esta Ley impone, en efecto, que la Administración debe asegurar siempre la *maîtrise d'ouvrage* de las obras construidas para ella; es algo a lo que la Administración no puede renunciar, sino solamente confiar todas o parte de sus atribuciones, enumeradas por la Ley de forma limitativa, a una de las personas que figuran en la lista tasada del artículo 4, entre las cuales no se encuentran las empresas privadas delegadas de servicios públicos. El Tribunal administrativo de apelación de París ha anulado con base en esto un contrato adjudicado con sujeción al *Code des marchés publics* por la *Compagnie Générale des eaux* en nom-



³² CE Sect. 24 de abril de 1989, "Société monégasque de entreprises J.B. Pastor et fils", n° 71346, Juridisque Lamy: ejecución de las obras necesarias para el acondicionamiento de un descargo, en el marco de un contrato cuyos términos son los de una *régie intéressée*.

³³ CE Sect. 28 de marzo de 1984, SA *Compagnie générale des eaux*, rec. p. 136.

bre del Consorcio regional de aguas de Île-de-France, en aplicación de un convenio especial que encomendaba al gestor ejecutar bajo su dirección las obras de movimiento de tierras y de ingeniería civil para la instalación de unas canalizaciones nuevas. El conjunto de las atribuciones ejercidas por la CGE sobre este contrato corresponde, según el Tribunal, a la *maîtrise d'ouvrage*, y la CGE no está entre las personas a las que, según la Ley, pueden ser confiadas estas atribuciones.³⁴ Señalemos que esta solución no está vinculada a la naturaleza del contrato de *régie intéressée*, sino a la naturaleza de las atribuciones que habían sido confiadas a la CGE respecto a la Ley de 12 de julio de 1985. Si el mismo convenio hubiera sido concluido con un arrendatario, o incluso con un concesionario, la solución hubiera debido ser la misma en base a las disposiciones legales citadas.

¿Se puede entonces admitir que el contrato de *régie intéressée* implique la financiación y la realización de equipamientos por parte del gestor, como lo haría un concesionario o, dentro de los límites indicados más arriba, un arrendatario? Si la Ley de 29 de enero de 1993 no lo excluye, puesto que regula las condiciones de la amortización de las instalaciones financiadas por el gestor para todo contrato de delegación de servicio público, esto parece difícilmente compatible con la naturaleza del contrato de *régie intéressée*.

Es cierto que los distintos autores están divididos respecto a la determinación de la naturaleza de este contrato. Unos ven en él un mandato: la empresa gestiona el servicio "en nombre de" la Administración, que soporta los riesgos,³⁵ y "desempeña el papel económico propio del empresario",³⁶ otros rechazan esta interpretación y hacen valer que el explotador del servicio es, en efecto, el gestor interesado y no la Administración, y esta función no es compatible con la del mandato.³⁷ La jurisprudencia no proporciona indicaciones decisivas sobre este punto pero, en materia fiscal, se inclina por la segunda



³⁴ CAA Paris 18 de abril de 1997, "Compagnie générale des eaux, Syndicat des eaux de l'Île-de-France", *AJDA* 1997, p. 543.

³⁵ J.-Cl. Dounce, "Les services publics locaux", en *Répertoire Dalloz, Collectivités locales*, 6152-26; G. Guglielmi, *Introduction au droit des services publics*, LGDJ, 1994, p. 128; G. Marcou, "La délégation de service public après la loi du 29 juillet 1993", *RFDA*, 1994-5, p. 882; G. Vedel/P. Devolvé, *Droit administratif*, PUF, 12^e ed. Paris 1992, tomo 2, p. 760.

³⁶ M. Walline, "La notion de régie intéressée", *RDP* 1948, p. 342.

³⁷ A. Coudevylle, *Les concessions de service public des collectivités locales*, Sirey, Paris 1983; E. Fatome/L. Richer, "Régie intéressée et maîtrise d'ouvrage publique", *AJDA* 1997, p. 496.

interpretación. El gestor interesado es el que está sujeto al impuesto sobre actividades económicas por las instalaciones de las que dispone para la explotación del servicio, y la jurisprudencia tiene en cuenta la autonomía de la que éste disfruta en la dirección de dicha explotación. De esta forma, la red de distribución de agua encaja claramente en el hecho imponible del impuesto sobre actividades económicas, del que es sujeto pasivo la *Compagnie Générale des eaux* como gestor interesado del servicio de distribución de agua de la Región de Île-de-France: “la sociedad asegura por sí sola, sin intervención del Consorcio, la distribución y la venta del agua...”; “sea cual sea la naturaleza de los vínculos que unen al Consorcio con la Sociedad, esta última no podría pretender que ella misma no ejerce sino únicamente a título de mandatario del Consorcio la actividad de distribución de agua...”; “tiene la disposición de las instalaciones que constituyen la red de distribución de agua...”.³⁸ A propósito de la red de transportes urbanos explotada en *régie intéressée*, el Tribunal Contencioso-Administrativo de Apelación de Nantes ha indicado que “la Sociedad, aunque esté sujeta al control del SIVOM, que define la política de transportes públicos en la aglomeración y determina su financiación, dispone de todos los poderes de dirección y de decisión necesarios para la explotación del sistema”; es, pues, el gestor interesado y no el SIVOM “el que debe estar sujeto al impuesto sobre actividades económicas en relación con dicha explotación, sea cual sea la naturaleza jurídica de los vínculos que unen al Consorcio con la Sociedad y, no obstante, la circunstancia de que (la Sociedad) fuera el mandatario del Consorcio”.³⁹

Este último *arrêt* manifiesta con claridad la ambigüedad de las relaciones entre la Entidad pública y el gestor interesado, puesto que la *Cour de Nantes* parece admitir que el gestor sea a la vez un explotador dotado de toda la autonomía necesaria y un mandatario. Más allá de la gran diversidad de situaciones particulares que pueden dar al gestor una autonomía más o menos amplia, conviene interrogarse acerca de la dualidad de la relación entre el gestor interesado y la Administración delegante. En sus conclusiones relativas al *arrêt Société des transports automobiles Michel Delattre*, el *Commissaire du Gouvernement* O. Fouquet estimaba que la calificación del contrato



³⁸ CE Sect. 28 de marzo de 1984, antes citado.

³⁹ CAA de Nantes 26 de enero de 1994, *Ministre du budget c/ Sivom de Lorient*, n° 92NT00325, *Juridisque Lamy*.

variaba en función de la autonomía que se permitía al gestor: cuanto mayor sea la autonomía de gestión, más se acerca la *régie intéressée* a la concesión o al arrendamiento y más se aleja del mandato, y viceversa; la variable determinante es la participación en las pérdidas y en los beneficios.⁴⁰

Pero podemos preguntarnos si no convendría más bien distinguir entre las funciones que se ejercen en el marco de la *régie intéressée*. Lo hemos visto a propósito del contrato de *régie intéressée* de distribución de agua de la Región de Île-de-France: el gestor aparece como un explotador que goza de una gran autonomía en la prestación del servicio, pero como un mandatario en la dirección de las obras de primer establecimiento, de extensión, de grandes reparaciones o de renovación. En el seno mismo de las funciones de gestión, parecen imponerse ciertas distinciones. La autonomía del gestor a la que se refiere la jurisprudencia trata de la explotación técnica y económica; a menudo es débil en el plano comercial y financiero, incluso inexistente en el plano financiero, cuando por una parte el delegado es el que fija la tarifa, y por otra parte, el que delega es el que percibe los productos de la explotación. El hecho de que los productos de la explotación sean los ingresos de la Administración que delega, incluso si es el gestor interesado el que los percibe, marca una diferencia jurídica importante en relación con la concesión y el arrendamiento. Sea cual sea la parte del riesgo en la determinación de la remuneración del gestor, el riesgo financiero último recae en el que delega, y el riesgo que soporta el gestor resulta a menudo de variables que no son los resultados de explotación. El Consejo de Estado señala así en el *arrêt SOCEA Balancy*: “el gestor debía efectuar las operaciones de ingresos y gastos en nombre del Municipio en el marco de un presupuesto aprobado por el Consejo Municipal y percibir una remuneración que figure como gasto en dicho presupuesto; como resultado de la economía de este contrato los resultados positivos y negativos de la explotación volvían al Municipio y eran soportados por éste, a reserva de una participación del gestor en los beneficios eventuales...”.⁴¹ O incluso, a propósito de un contrato de explotación de un vertedero, por el cual el contratista percibe de los usuarios 4 francos por tonelada pero transfiere al municipio 3,63 francos: “esta transferencia no es la contrapartida de los



⁴⁰ CE 21 de octubre de 1985, “Société des transports automobiles Michel Delattre”, *AJDA* 1986, concl. O. Fouquet, p. 105 y, en particular, p. 107.

⁴¹ CE 1 de febrero de 1989, “Société SOCEA-Balancy”, n° 55.253, *RDP* 1989, p. 1816.

servicios que el Municipio devolvería a la sociedad, sino que representa el derecho de descarga que la sociedad percibe en nombre del municipio de Turbie (...); se desprende de esto que la Sociedad no está siendo remunerada por las obras que hace en nombre del Municipio más que por la fracción de los derechos de descarga que ésta le deja; (...) la fracción transferida no forma parte de esta remuneración" y, por tanto, no está sujeta al IVA.⁴² Precisamente se puede hablar de mandato porque los ingresos se perciben en nombre de la Administración, que soporta los riesgos financieros de la explotación, y esto no es incompatible con una amplia autonomía en lo que se refiere a la gestión operacional y técnica del servicio.

De estas observaciones resulta, sobre todo si la gestión financiera del servicio es responsabilidad del mandatario, que difícilmente se puede concebir al gestor interesado como el que financia las inversiones, cuya amortización estaría asegurada por la remuneración que se le paga de los productos de la explotación, como un mandatario que tuviera que financiar la misión que ejecuta en nombre de su mandante y a su propio riesgo. Estamos obligados asimismo a constatar que no conocemos ninguna utilización de la *régie intéressée* para la instalación de un servicio público por parte de una empresa que esté también encargada de financiar la inversión inicial.

2.2. El *marché d'entreprise de travaux publics* (METP)

El contrato *d'entreprise de travaux publics* se ha impuesto estos últimos años como un modo de financiación de obras públicas por el contratista de la Administración, alternativo a la concesión. El *arrêt* del Consejo de Estado de 8 de febrero de 1999 podría, no obstante, haber puesto punto final a la utilización de este tipo de contrato para la financiación privada de inversiones en infraestructuras (*vid. infra*).

Se trata de un contrato por el que una empresa está encargada, por una parte, de la realización y de la financiación de una obra pública y, por otra, de la explotación del servicio o de la obra durante un cierto período de tiempo, a cambio del pago de un precio a lo largo de la duración del contrato. Desde un punto de vista económico el METP está, pues, muy próximo a la concesión en dos aspectos: la empresa financia la inversión, de la que se libera así la Administración, y amortiza esta inversión durante la explotación. Como en la conce-

⁴² CE 24 de abril de 1989, *Société monégasque*, ya citado.

sión, el titular del METP es el explotador del servicio público o de la obra pública, y es remunerado no sólo por haber establecido la obra sino también por asegurar su mantenimiento y la gestión en curso. Pero se aleja de ella por el hecho de que el objeto del METP es suministrar una prestación a la Administración contratante, que es el *maître de l'ouvrage* y el *maître du service*, en virtud de lo cual paga un precio a la empresa gestora, la cual no mantiene ninguna relación jurídica con el usuario de la obra o del servicio. Si el usuario debe pagar un canon, lo paga directamente a la Administración, no a la empresa encargada de la obra o del servicio. Dicho de otro modo, por su objeto el METP puede ser considerado como una delegación de servicio público en el sentido material del término, pero en el sentido jurídico el METP es un contrato que está sujeto al *Code des marchés publics*, y no a las disposiciones de la Ley de 29 de enero de 1993, relativa a las delegaciones de servicio público.

Numerosos autores han criticado la oposición mantenida por la jurisprudencia entre el **marché public** y la concesión por razón del objeto del contrato; dado que el contrato opera la asignación de la gestión del servicio público, todos los contratos deberían estar sujetos al mismo régimen jurídico y, de acuerdo con los términos del parecer de 1987 ya citado, defendían que el objeto de servicio público del contrato fuera suficiente para descartar la aplicación del *Code des marchés publics*.⁴³ La Ley de 29 de julio de 1993, que dio origen al régimen jurídico de común aplicación a todas las formas de delegación de servicio público ha parecido ir, en principio, en este sentido, ya que al no dar ninguna definición de la noción, autorizaba una definición puramente material: sería una delegación de servicio público cualquier contrato que confiriera a una empresa privada la ejecución del servicio público. Esta interpretación ha sido defendida por una parte de la doctrina.⁴⁴ Pero los términos de la Ley de ningún modo imponían volver a cuestionar el ámbito de aplicación del *Code des marchés publics* y es ésta finalmente la interpretación que el Consejo de Estado ha mantenido en el *arrêt Préfet des Bouches-du-Rhône* de 1996: "Las



⁴³ Véase principalmente: Y. Gaudemet, "Le marché d'entreprise de travaux publics: un régime spécifique à mi-chemin de la concession et du marché public", *Moniteur des Travaux Publics*, 23 de diciembre de 1988; M-T. Sur y C. Grange, "Le METP n'est pas un marché public ordinaire", *Moniteur des Travaux Publics*, 27 de septiembre de 1991, p. 57; así como X. Bezaçon/O. Van Ruymeke, "Le marché d'entreprise de travaux publics, une forme particulière de concession?", *AJDA* 1990, p. 813; M-T. SUR, "Services publics locaux: l'ouverture européenne", *AJDA* 1990, p. 783.

⁴⁴ J-CI. Dounce, "Les contrats de délégation de service public", *RFDA* 1993, p. 937; C. Chenuaud-Frazier, "La notion de délégation de service public", *RDP* 1995, p. 175.

disposiciones de la Ley de 29 de enero de 1993 (...) y sobre todo las de su artículo 38 (...) no tienen por objeto y no podrían ser interpretadas como si tuvieran por efecto el que, en todo o en parte, los contratos en los cuales la remuneración no está sustancialmente asegurada por los resultados de la explotación queden libres del respeto a las reglas que rigen los contratos públicos"; en la medida en que el contrato en cuestión previera la remuneración del contratista mediante un precio pagado por el Municipio, debía ser contemplado como un *marché* y ser adjudicado según las reglas del *Code des marchés publics*.⁴⁵

Esta solución tiene un origen antiguo, y se remonta al reconocimiento de este tipo de contrato por la jurisprudencia, con el *arrêt Ville de Colombes*, que califica de "contrato *d'entreprise de travaux publics*" al contrato mediante el cual una sociedad estaba encargada de la recogida de basuras a cambio de una remuneración global que corría a cargo del Ayuntamiento y que por este motivo no podía ser una concesión de servicio público.⁴⁶ Esta jurisprudencia ha sido aplicada sobre todo a los contratos que implican grandes inversiones, como la construcción y la explotación de una planta de tratamiento de basura;⁴⁷ la construcción y la explotación de equipamientos que permitieran abastecer de nuevo un emplazamiento acuífero,⁴⁸ o incluso la modernización, la extensión y la explotación de una red de alumbrado público y de señalización semafórica.⁴⁹ El primer ejemplo citado muestra que la noción de METP no presupone necesariamente la construcción y la financiación de obras; y además, la Circular de 21 de octubre de 1981, relativa a los contratos de recogida y evacuación de basuras califica de "contrato de servicio" a los contratos, del tipo del *arrêt Ville de Colombes*, al comentar el modelo de contrato propuesto por el Ministerio del Interior.⁵⁰ Encontramos, en efecto, otros ejemplos en los cuales un contrato trata de la explotación de una obra o de un servicio públicos, sin cargo de inversión, como el contrato aprobado



⁴⁵ CE 15 de abril de 1996, "Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de Lambesc", *AJDA* 1996, p. 806, *RFDA* 1996, p. 715, concl. Chr. Chantepy, a propósito de un contrato relativo a la recogida y evacuación de basuras, así como a la gestión de la descarga.

⁴⁶ CE 11 de diciembre de 1963, *Ville de Colombes*, rec. p. 611.

⁴⁷ CE 26 de nov. de 1971 "SIMA", *RDJ* 1972, p. 239 concl. M. Gentot, p. 1245 nota Waline.

⁴⁸ CE 26 de julio de 1985, "Société lyonnaise des eaux et de l'éclairage", *RFDA* 1985, p. 231 concl. M. Dandelot.

⁴⁹ Tribunal de Apelación de Marsella, 27 de mayo de 1993, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de La Ciotat*, req. n° 915669.

⁵⁰ Reproducido en *Ministère de l'Intérieur* ..., op. cit. p. 9.

para la explotación de una estación de depuración por parte de una empresa a la que se remunera por medio de un precio ingresado por un Consorcio de municipios, y no por medio de las tarifas pagadas por los consumidores.⁵¹

¿Es necesario ver contratos *d'entreprise de travaux publics* en todos estos contratos? Ni es necesario ni útil. Según Y. Aguila, "no parece que la presencia de obras públicas sea un elemento constitutivo del METP", por lo que mejor sería hablar de "contratos de empresa"; de ahí que proponga la distinción de dos categorías: el contrato de empresa de servicio público, y el contrato de empresa de obra y de servicio público, en el cual la empresa debe también construir y financiar las obras.⁵² Pero esto sólo en el caso en que el contrato *d'entreprise de travaux publics* conlleve efectivamente la realización de obras cuyo régimen jurídico presente particularidades; en los demás casos, la aplicación del régimen de los *marchés publics* no conlleva ninguna particularidad, y la introducción de una noción nueva no está, pues, justificada. En efecto, en presencia de obras públicas financiadas por el contratista, la jurisprudencia autoriza el recurso de anulación contra la resolución unilateral, del mismo modo que para la concesión (*vid. infra*, punto 3).

Quedan así ciertas dudas puestas de manifiesto por el Tribunal de Cuentas en su Informe de 1993 y que no han sido aclaradas hasta ahora. La primera se refiere a si los subcontratistas tienen derecho al pago directo por parte de la Administración, en aplicación de la Ley de 31 de diciembre de 1975, lo cual podría reducir el interés del METP por parte de la Administración. En realidad, el titular del METP puede asumir la prefinanciación de las obras mediante el montaje de una operación financiera diseñada por él mismo,⁵³ si bien este problema es bastante teórico. En su parecer de 18 de junio de 1991, el Consejo de Estado ha admitido la legalidad de las cláusulas según las cuales el dueño de la obra puede otorgar mandato para pagar la *maîtrise d'ouvrage* y las obras, "sin que a ello se oponga el hecho de que las cantidades ingresadas por el mandatario no le sean reembolsadas por la Administración más que de forma progresiva y al final de un



⁵¹ CE 14 de octubre de 1988, "SA SOCEA-Balency (SOBEA) et autres", *Marchés publics*, nº 240, marzo de 1989, p. 8, nota F. Moderne.

⁵² Y. Aguila, "Notion et régime juridique du METP", pp. 42-43 en Y. Aguila/X. Bezaçon/R. Girardot/D. Roux-Dessarps/M-T. Sur-Le Liboux, *Guide juridique et pratique du marché d'entreprise de travaux publics*, Litec, Paris 1995.

⁵³ *Ibid.* p.54.

período de varios años".⁵⁴ En segundo lugar, los cánones que la Administración paga a la empresa deben corresponder al espaciamento de las prestaciones proporcionadas, si no el contrato se opondría al artículo 350 del *Code des marchés publics*, que prohíbe las cláusulas de pago diferido en los contratos, a menos que, en los casos en que no sea posible emplear otra forma de financiación, se cuente con una autorización especial.

El *arrêt* del Consejo de Estado de 8 de febrero de 1999, al que ya nos hemos referido, impone la aplicación estricta de esta exigencia al METP. Todo parece indicar que la jurisprudencia ha venido a respaldar las demandas que venían planteando tanto las empresas como los que conocen en la práctica este tipo de contratos. Así, se ha considerado que en un contrato relativo a una prestación compleja "constituida por la realización y explotación de obras que necesiten inversiones importantes cuya amortización se realice durante la explotación, las cláusulas (...) relativas a su remuneración deben ser trasladadas a la totalidad de dicha prestación y no solamente a la realización de las obras."⁵⁵ Tal interpretación es sumamente condescendiente, puesto que el pago de la obra queda diferido completamente hasta el vencimiento del contrato, pago de la obra al que se añaden tanto los gastos de explotación como la retribución de dicha explotación.⁵⁶ Es esta conclusión la que ha resultado contradicha por el Consejo de Estado que, por una parte, recuerda que la calificación como *marché d'entreprise de travaux publics* no permite eludir la aplicación del *Code des marchés publics* lo cual supone, por otra parte, que el pago de las obras —como las del contrato objeto del litigio, cuyo plazo de ejecución se encuentra entre 3 meses y 4 años— a lo largo de 16 anualidades constituye un pago aplazado al que se refiere el citado artículo 350 del *Code*, lo cual es inadmisibles, salvo que conste autorización conferida mediante resolución expresa del Ministro competente.

Por el contrario, no es suficiente que existan obras públicas y un contrato de larga duración para que se pueda reconocer en él un METP. La jurisprudencia exige que el contrato trate también de la explota-



⁵⁴ CE *Avis, Section des finances*, n° 349740, 18 de junio de 1891, recogido en *Conseil d'État. Rapport public 1991, Études et Documents*, n° 43, p. 388.

⁵⁵ Tribunal de Apelación de Marsella, 27 de mayo de 1993, antes citado, en relación con el alumbrado público y la instalación de señalizaciones mediante semáforos.

⁵⁶ Tribunal de Cuentas, *Rapport au Président de la République 1993*, Journaux Officiels.

ción. Un contrato con una duración de 15 años que tenga por objeto la renovación del servicio de vías públicas, la realización de calles y de vías peatonales y la extensión de la red de evacuación de aguas residuales, y una remuneración por medio de pagos globales anuales es sólo un contrato de obras públicas, pues “no se puede considerar que [el empresario] asegure la explotación de las vías públicas (...); por este único hecho, el contrato litigioso no puede ser clasificado dentro de la categoría de contrato de empresa de obras públicas.”⁵⁷ Asimismo, un contrato que confíe a una empresa la informatización y el mantenimiento de la red de alumbrado público de un municipio, así como las obras de verificación y renovación de los equipamientos, siendo remuneradas las prestaciones de mantenimiento por medio de un canon global mensual, y así como las obras objeto de órdenes de servicio, previa presentación de una factura, constituye un mero *marché public*, y no un contrato *d'entreprise de travaux publics*, puesto que el contrato no había tenido por objeto confiar a la empresa la explotación de la red de alumbrado público.⁵⁸ Esta posición ha sido confirmada por el precitado *arrêt* de 8 de febrero de 1999, que rechaza reconocer la existencia de una verdadera “explotación” en un contrato relativo al “servicio público de alumbrado y señalización semafórica” y que, entre otros, incluía la asignación al contratista del “funcionamiento del servicio y de la obligación de resultado en todo lo que afecta a la economía del servicio y a su prestación efectiva”, ya que, según alegó en el proceso el *Commissaire du Gouvernement*, la empresa contratista no suministraba energía eléctrica y no podía encargarse de la reglamentación de los semáforos (lo cual está dentro del poder de policía, que es indelegable), y aunque esto no sea óbice para que la explotación del alumbrado público y de la señalización sea por sí misma objeto de un contrato.⁵⁹ Por este mismo motivo el Consejo de Estado, en *parecer* de 1991, relativo a los contratos celebrados por la Región de Île-de-France para la rehabilitación de centros escolares, expresó que un contrato que tenga por objeto “la realización o la rehabilitación, así como el grueso del mantenimiento



⁵⁷ Tribunal de Apelación de Clermont-Ferrand, 30 de marzo de 1993, “Préfet de l’allier c/ Commune de Vichy”, *AJDA* 1994, p. 231, nota J. Dufau.

⁵⁸ CE 8 de diciembre de 1997, “Sté Sotracer”, *Droit administratif*, febrero de 1998, ref. n.º 46. Este asunto, en el que estaba implicado el Municipio de Auxerre, parece distinguirse del asunto *Commune de La Ciotat*, juzgado por el Tribunal de Marsella en 1993, ya citado, que aceptaba la calificación de METP para un contrato que confiaba a una empresa, por una parte la modernización y la ampliación y, por otra parte, la explotación de la red de alumbrado público y de instalación de semáforos. Pero no queda excluido que el Consejo de Estado tenga una aproximación más restrictiva a la noción de METP.

⁵⁹ Véase, sobre este punto, las conclusiones ya citadas de C. BERGEAL, p. 366.

posterior” de las instalaciones docentes y previendo “la transferencia, a beneficio del titular del contrato, de una remuneración global periódica por parte de la Administración contratante, *maître de l’ouvrage*”, no puede ser considerado ni como una concesión, por ausencia de relaciones contractuales con los usuarios, ni como un contrato *d’entreprise de travaux publics*, cuyos criterios también faltan; en efecto, el contrato no tiene por objeto la explotación de obras.⁶⁰

El METP ha conocido un importante auge en los últimos años, y podemos pensar que existen hoy día cientos de METP o, al menos, de contratos que reclaman esta calificación. Este éxito se explica con base en un cierto número de ventajas. En primer lugar, el METP permite diferir el pago de las obras, que no obstante serán realizadas inmediatamente; como la financiación la proporciona la empresa, los préstamos que ésta contrae no computarán como deuda de la Administración local; el METP permite asegurar una unidad de operador para la construcción y el mantenimiento, lo cual puede generar un ahorro; permite acompasar los gastos de funcionamiento en función del período de vida útil de los bienes de capital público en los que se realiza la inversión. Sin embargo, hay que señalar algunos inconvenientes serios. El primer inconveniente para la gestión local es consecuencia de una de sus principales ventajas: autoriza una “deuda disfrazada” de la Administración local que el artículo 350 del *Code des marchés publics* prohíbe con el fin de mantener el rigor presupuestario público. Además, conlleva costos financieros elevados que agravan el costo global de un proyecto; incentiva la realización de obras superfluas; limita la competencia en beneficio de los grandes grupos de la industria de la construcción, que son los únicos que tienen la capacidad financiera para negociar en estas condiciones.⁶¹ Estos inconvenientes permiten entender la oposición de la *Cour des comptes*, así como el *arrêt* del Consejo de Estado de 8 de febrero de 1999. Con la exclusión de cualquier atenuación jurisprudencial del artículo 350, puede que el Consejo de Estado haya firmado la sentencia de muerte del METP, lo cual minimizará, sin duda alguna, las razones que antes justificaban el recurso a esta figura.

Podemos comparar el METP con las disposiciones de la Ley 87-432, de 22 de junio de 1987, que permite al Estado confiar a una Entidad



⁶⁰ CE avis, *Section des finances*, n° 349740, 18 de junio de 1991, antes citado, p. 385-386.

⁶¹ *Conseil d’État. Rapport public 1993, Études et Documents*, n° 45, p. 70-71.

pública o privada un cometido que consista a la vez en el diseño, construcción y acondicionamiento de establecimientos penitenciarios, sobre la base de un contrato adjudicado tras el oportuno procedimiento de licitación competitiva, pudiendo las funciones que no fueran de dirección, fe pública y vigilancia ser confiadas al signatario de dicho contrato en el marco de tal licitación. Así, el mismo contrato puede tratar a la vez de la construcción de la obra y de la explotación del servicio, si se nos permite expresarnos así. Esta reforma, que había levantado muchas suspicacias en la judicatura y en la administración penitenciaria, no ha tenido los efectos esperados.

Por el contrario, no son ni concesiones ni METP los contratos llamados de "mobiliario urbano" por los cuales un Municipio autoriza a una empresa privada a que coloque en la vía pública instalaciones removibles para el uso del público, sobre los cuales se dispondrán emplazamientos publicitarios cuyos ingresos serán transferidos a dicha empresa en contrapartida de las instalaciones. Según el Consejo de Estado, se trata de una "variedad de contratos públicos, concretamente de contratos de prestación de servicios, acompañados de autorizaciones de ocupación del dominio público".⁶²

III. El reparto de riesgos

Una de las principales funciones de los contratos es repartir los riesgos entre las partes. El régimen de los contratos administrativos representa un compromiso elaborado por la jurisprudencia entre las prerrogativas de la Administración, que se corresponden con el riesgo político que asumen, y las garantías que protegen los intereses de sus contratistas. Este régimen es mucho más protector de lo que se suele decir. Pero la búsqueda de garantías adecuadas ha llevado a una evolución del régimen del dominio público, que autoriza hoy día la patrimonialización del dominio público mediante la constitución de los derechos reales y garantías indispensables para la movilización de capitales. Los mecanismos de solidaridad financiera reducen considerablemente el riesgo que correspondería al gestor o contratista. La vuelta a la concepción "pura", buscada a la vez como objetivo económico de la Hacienda Pública y como objetivo ideológico, ha mostrado sus limitaciones en los grandes proyectos en los que se ha aplicado.



⁶² CE avis, *Section des Travaux publics*, 14 de octubre de 1980, *Études et Documents* n°32, 1980-1981, p. 196.

3.1. Riesgos políticos y garantías jurídicas

El régimen jurídico de los contratos administrativos no es a menudo bien comprendido en los otros países, y sobre todo en los países del *Common Law*, en los que con frecuencia se sigue viendo en él un derecho no igualitario, que frustra los intereses privados, según la visión que dio Dicey del Derecho administrativo francés a finales del siglo XIX. El Derecho de los contratos administrativos no es, ciertamente, igualitario, en la medida en que reconoce a la Administración las prerrogativas que deben permitirle hacer prevalecer el interés público en cualquier circunstancia, pero no en detrimento de los intereses particulares. Olvidamos con demasiada frecuencia que el Consejo de Estado ha consagrado de la misma manera el poder de modificación unilateral, que tanto asusta a los juristas del *Common Law*, y el principio del equilibrio económico-financiero: el interés general prohíbe al contratista apartarse de las modificaciones que la Administración estime necesarias, pero el contratista tiene derecho a una compensación que debe restablecer el equilibrio económico-financiero del contrato (*arrêt Cie générale française des Tramways*, de 21 de marzo de 1910).⁶³ No es necesario retomar aquí esta aportación tan conocida de la jurisprudencia del Consejo de Estado; baste subrayar que el principio del equilibrio económico-financiero es de alcance totalmente general. En particular, si la Administración estima que debe resolver un contrato antes del plazo previsto, lo que siempre puede hacer por un motivo de interés general sin que sea necesario que el contratista haya incurrido en incumplimiento, y siempre bajo el control último de la jurisdicción contencioso-administrativa, la indemnización debe cubrir no sólo la pérdida sufrida sino la de los beneficios dejados de percibir, siempre que puedan ser razonablemente establecidos. Estos poderes son reconocidos a la Administración misma con total independencia de cualquier estipulación contractual. Así, si el Consejo de Estado ha anulado el Decreto por el que se acordó la resolución de una concesión de televisión por ondas hertzianas, basada en la tramitación de una reforma legislativa de los medios audiovisuales pero cuyo desenlace era todavía incierto, ya que no constituía un motivo de interés general que pudiese justificar la resolución; por el contrario, una vez consumada, esta reforma sí constituirá una causa de



⁶³ Publicado y comentado en: M. Long/P. Weil/G. Braibant/P. Devolvé/B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Sirey, Paris, 10^a ed. 1993, n° 25, p. 125.

interés general justificativa de dicha resolución.⁶⁴ Constituye también una causa de interés general para la resolución de una concesión de remontes en una estación de deportes de invierno el que la empresa concesionaria de una estación de esquí de la competencia tome el control de otra sociedad concesionaria, a causa del "conflicto de intereses que esto conllevaría".⁶⁵ Estos dos ejemplos muestran que la causa de interés general puede ser ampliamente entendida y que la jurisprudencia reconoce la importancia del principio *intuitu personae* en las relaciones entre la Administración y su contratista en el marco de un contrato de concesión.

Sin embargo, es bueno señalarlo, todos los *arrêts* que reconocen este poder de la Administración reservan el derecho del contratista a una indemnización. El perjuicio sufrido debe ser indemnizado en su totalidad, es decir, no sólo la pérdida ocasionada (el *damnum emergens*), sino también la falta de ganancias (el *lucrum cessans*), un criterio indemnizatorio especialmente importante en los contratos de delegación de servicio público. Al menos hace falta que se establezca el perjuicio: así, a la empresa que explotaba un aparcamiento en virtud de un contrato de arrendamiento resuelto antes del vencimiento del término por el Ayuntamiento de Amiens, le asistió el derecho a pedir "una indemnización que compense la pérdida de beneficios sufrida a causa de esta resolución", pero no la obtuvo porque la explotación era deficitaria y hubiera seguido siéndolo.⁶⁶ Por el contrario, la resolución anticipada de un contrato que sirva de base a la explotación de una actividad que es rentable puede ser extremadamente costosa para la Administración, como lo demuestran una serie de *arrêts* sobre la resolución de concesiones de televisión por ondas dictados en 1986. Los principios que rigen la indemnización del concesionario que padece la resolución unilateral sin que le sea imputable incumplimiento alguno han sido recordados por el Consejo de Estado con motivo



⁶⁴ Véase, respectivamente, CE Ass. 2 de febrero de 1987, "Soc. TV6 et autres", *RFDA* 1987, p. 29, concl. Fornacciari; CE 22 de abril de 1988, "Soc. France 5 et Association des fournisseurs de la Cinq", *AJDA* 1988, p. 540, nota B.D.

⁶⁵ CE 31 de julio de 1996, "Société des téléphériques du massif du Mont-blanc", *AJDA* 1996, p. 788, nota J-P. Gilli.

⁶⁶ CE 18 de noviembre de 1988, "Société d'exploitation du parc de stationnement de la gare routière d'Amiens", *RFDA* 1990, p. 23, concl. D. Lévis. En realidad, se había invocado que el Municipio no habría cumplido sus compromisos: el aparcamiento formaba parte de un complejo inmobiliario que debía ser ejecutado en bloque y comprendía un complejo hotelero, oficinas, viviendas y un centro comercial; correspondía al Municipio, según los términos del contrato, facilitar el acceso al aparcamiento por medio de una nueva política de circulación y estacionamiento. La no realización de este proyecto explica el déficit de explotación del aparcamiento, pero el Consejo de Estado señala que se habían asignado al sector privado, "los riesgos que esto implicaba necesariamente", y el contrato no dejaba a cargo del Municipio ninguna obligación de realizar el proyecto.

de la rescisión de una concesión de remontes de pistas de esquí,⁶⁷ mediante la revocación del *arrêt* del Tribunal contencioso-administrativo de segunda instancia, que había creído poder limitar la indemnización sólo al valor de los activos que la sociedad concesionaria debía entregar al Municipio. Según el Consejo de Estado, la indemnización deberá ser evaluada en función de los beneficios dejados de percibir por el concesionario hasta el final del plazo del contrato inicialmente previsto.

La teoría de la imprevisión ilustra también la capacidad del juez administrativo para encontrar un compromiso entre los intereses presentes: justifica una indemnización parcial de los costos suplementarios soportados por el contratista a causa de la alteración temporal e **imprevisible** provocada en la economía contractual respecto a las condiciones iniciales; de esta manera la Administración toma a su cargo una parte del riesgo, la que sobrepasa el riesgo normal del empresario; la razón de ser de esta solución es mantener la continuidad del funcionamiento del servicio público evitando que la alteración del contrato, al conllevar la ruina del contratista, provoque la interrupción del servicio. El estado de imprevisión finaliza con la vuelta a las condiciones iniciales de ejecución del contrato o, más frecuentemente, mediante nuevos acuerdos; por esos dos caminos se pone fin al período de extracontractualidad ocasionado por el ejercicio de una potestad exorbitante de la Administración. Si, no obstante, la degradación de las condiciones de ejecución del contrato es irremediable, una de las partes puede pedir al juez administrativo, a falta de acuerdo amigable, la resolución del contrato.⁶⁸

Debemos igualmente hacer mención de la teoría jurisprudencial del *fait du prince*. El *fait du prince* es un hecho imprevisible de la autoridad administrativa contratante,⁶⁹ realizado en el marco de sus poderes, pero ajeno a las relaciones contractuales⁷⁰ y que es el origen de un daño causado al contratista. De hecho, esta teoría dispone un régimen de responsabilidad objetiva en beneficio del contratista. Se apli-

⁶⁷ CE 31 de julio de 1996, antes citado.

⁶⁸ Aquí no podemos hacer más que remitirnos a A. de Laubadère/F. Moderne/P. Devolvé, **Traité des contrats administratifs**, LGDJ, Paris, 2^a ed., vol. 2, 1984, en particular la p. 626 sobre el final del estado de imprevisión; L. Richer, **Droit des contrats administratifs**, LGDJ, Paris, 1995, pp. 210 y ss.

⁶⁹ CE 20 de octubre de 1971, *Compagnie du chemin de fer de Bayonne à Biarritz*, rec. p. 624.

⁷⁰ Puesto que de otro modo estaríamos ante una medida que operaría una modificación unilateral del contrato. En este sentido: F-P. Benoît, **Le droit administratif français**, Dalloz, Paris 1968, n° 1136.

ca con poca frecuencia, puesto que supone que la medida en cuestión atenta contra un elemento esencial del contrato para dar lugar al derecho a la reparación.⁷¹ Si el *fait du prince* es reconocido por el juez, el contratista tiene derecho a la reparación íntegra del perjuicio, igual que en materia de modificación unilateral del contrato.

También debemos señalar que esta jurisprudencia ha sido elaborada en lo esencial para las concesiones de servicio público (o en contratos similares) y que las soluciones han sido extendidas a todos los contratos administrativos. En conjunto, el Derecho administrativo francés aporta a los problemas planteados por la “alteración de la economía contractual” (D. Philippe) respuestas pragmáticas adaptadas a las necesidades de los contratos a largo plazo, como son todos los contratos que confían a empresas privadas la financiación, construcción y explotación de infraestructuras y equipamientos públicos. D. Philippe ha demostrado, mediante una comparación sistemática de las instituciones jurídicas susceptibles de responder parcialmente a este problema en sistemas jurídicos diferentes, que en Francia el Derecho administrativo disponía con la teoría de la imprevisión (que es rechazada por el Derecho civil), la teoría del *fait du prince* y la teoría del riesgo imprevisible en materia de contratos de obra pública, de las instituciones mejor adaptadas a las necesidades de estos contratos, que permiten hacer frente a importantes cambios de circunstancias, mientras que en Derecho civil las instituciones jurídicas susceptibles de ser invocadas están sujetas en general a condiciones restrictivas que las hacen difícilmente utilizables.⁷²

Además, hay reglas específicas que tienen en cuenta el costo de las inversiones realizadas y su período de amortización, lo que garantiza los derechos de las empresas contratistas.

La duración del contrato debe, según la Ley, tener en cuenta “la naturaleza y el importe de la inversión que se debe realizar y no puede en este caso superar la duración normal de amortización” (Ley de 29 de



⁷¹ CE 18 de marzo de 1983, “Société du parking du square Boucicaut”, *RD* 1983, p. 1423: rechazo de la demanda, la creación en París de aparcamientos de pago en la superficie no era imprevisible y no causa un perjuicio al concesionario de un aparcamiento subterráneo. Para una visión completa de la cuestión en la jurisprudencia, véase: A. De Laubadère/F. Moderne/P. Devolvé, *Traité des contrats administratifs*, op. cit., vol. 2, pp. 515 y ss.

⁷² D.M. Philippe, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Bruylant, coll. du Centre interuniversitaire de droit comparé, n° 27, Bruxelles 1986, especialmente pp. 93-148.

enero de 1993, art.40.1º; *Code général des collectivités territoriales*, art. L.1411-2). La Ley consagra aquí una práctica muy antigua; el elemento nuevo se encuentra en el hecho de que la Ley prohíbe en principio la prórroga del contrato, por lo que, al vencimiento del término, el gestor no puede mantenerse en la explotación del servicio más que a través de una nueva licitación. Además, introduce en lo sucesivo una duración máxima de veinte años para los contratos de delegación en los sectores del abastecimiento de agua potable, saneamiento, recogida de basuras y otros residuos, cuya ampliación es imposible sin la revisión previa de las razones que la justifican por parte del *trésorier-payeur général*, cuyas conclusiones deben ser trasladadas a la asamblea deliberante antes de tomar cualquier decisión. De todas formas, existe un margen de negociación bastante amplio en lo que se refiere a la apreciación de la duración que resulte más conveniente; la duración normal de amortización remite a las reglas contables comúnmente admitidas por los usos profesionales,⁷³ y el Consejo de Estado no ejerce más que un control restringido sobre la duración del contrato.⁷⁴ Debemos igualmente señalar que no es posible derogar la regla que prohíbe la prórroga del contrato, sin que la Ley limite su duración más que por razón de inversiones suplementarias realizadas durante la ejecución del contrato, a petición del Ente público delegante, “para la buena ejecución del servicio público o para la extensión de su campo geográfico”, que tiene importancia con miras a modificar la economía general de la delegación, y que no podrían ser amortizadas en el período restante sin un aumento excesivo del precio (párrafo 2, b). Esta disposición concreta dos principios del derecho de los servicios públicos y de los contratos: 1) el principio de adaptación o mutabilidad del servicio público, en función del progreso tecnológico y de las necesidades reales de la prestación del servicio; 2) el principio del equilibrio económico-financiero, cuando estemos en presencia de exigencias de la Administración que representen una modificación unilateral de las obligaciones del contratista. El equilibrio puede ser restablecido de diferentes maneras: mediante una compensación monetaria, un aumento del precio exigido a los usuarios, o una ampliación de la duración de la delegación, que no se impondría más que de manera subsidiaria, si el aumento del precio, que

⁷³ L. Richer, “La fin de la convention...”, cit. p. 649.

⁷⁴ CE 23 de julio de 1993, *Compagnie générale des eaux*, rec. p. 226; *RFDA* 1994, p. 252, nota Ph. Terneyre. Se considera que una duración de 20 años para un contrato de arrendamiento de suministro de agua no conlleva ningún “error de apreciación manifiesto”.

aparece en el texto como el método normal para restablecer el equilibrio, resultara excesivo.

No existe ninguna regla parecida para los METP, sencillamente porque su desarrollo no ha dado lugar a la implantación de un marco legislativo específico, pero es del todo evidente que la duración del contrato es uno de los elementos de su equilibrio económico-financiero.

Cuando el contratista soporta la carga de inversiones importantes, ya se trate de la realización de la obra que tiene que explotar o de los gastos de primer establecimiento del servicio público, la jurisprudencia refuerza igualmente su protección en caso de resolución unilateral, sea cual sea el motivo.

En primer lugar, el juez administrativo deroga a favor, tanto del concesionario como del titular de un METP, la regla según la cual el contratista no puede pedir al juez del contrato más que la reparación del perjuicio que sufra a causa de la resolución unilateral por parte de la Administración. Al contrario, el concesionario puede pedir al juez administrativo la anulación de la declaración resolutoria, lo cual va más allá de los poderes del juez en el contencioso de plena jurisdicción. Esta antigua jurisprudencia⁷⁵ tiene en cuenta el hecho de que el concesionario se ha comprometido a largo plazo y que debe beneficiarse por esta razón de una protección reforzada. Esta vía de recurso ha sido extendida a los titulares de METP,⁷⁶ en la medida en que estos soportan, como los concesionarios, la carga de las inversiones iniciales, pero ha sido rechazada a los arrendatarios pues, al revés que la concesión o el METP, no soportan esta carga.⁷⁷ Precisamente porque esta justificación ya no existe es por lo que el recurso de anulación ante el juez del contrato contra una decisión tomada durante su ejecución o que rechace la renovación del contrato en el momento del vencimiento del término, es inaceptable.⁷⁸

En segundo lugar, el derecho del concesionario a ser indemnizado por las obras e instalaciones hechas a sus expensas está protegido en caso



⁷⁵ Desde el CE 10 de enero de 1905, *Compagnie départementale des eaux et services municipaux c. ville de Langres*, rec. p. 56, concl. Romieu. Para una aplicación reciente: CE Sect. 9 de dic. de 1983, *SA d'étude, de participation et de développement*, rec. p. 498, concl. B. Genevois.

⁷⁶ CE Sect. 26 de noviembre de 1971, *SIMA*, rec. p. 723, *RDJ* 1972, p. 238, concl. M. Gentot.

⁷⁷ CE 19 de abril de 1989, "Société des transports urbains d'Angers", *RDJ* 1989, p. 1794.

⁷⁸ Respectivamente: CE Sect. 9 de diciembre, antes citada, y "CAA Nantes" 24 de enero de 1996, *Droit administratif*, 1996, ref. n° 132.

de resolución unilateral. Hay que decir, antes que nada, que la caducidad, en caso de falta grave imputable al concesionario y, por tanto, sin indemnización, no puede ser acordada más que por el juez administrativo, salvo en caso de una estipulación contractual en sentido contrario que otorgue este poder a la autoridad concedente; de todos modos, el Consejo de Estado da una interpretación muy restrictiva de esas cláusulas, que deben ser expresas y estar desprovistas de cualquier ambigüedad.⁷⁹ Además, y en ausencia de culpa por parte del concesionario, éste tiene el derecho a una indemnización equivalente al valor no amortizado de las obras y equipamientos que ha financiado y que revertirán a la Administración y, ante la ausencia de culpa del concesionario, la Entidad concedente no puede exigirle compensación alguna por los gastos que conlleve la adjudicación de una nueva concesión.⁸⁰ Esta solución debería aplicarse a los METP.⁸¹

La jurisprudencia y la Ley de 1993 también han desarrollado otros mecanismos de protección en beneficio del delegado en sus relaciones con la Administración delegante, pero no abarcan la protección de la inversión.

La lógica del equilibrio económico-financiero se encuentra en el régimen de los contratos de *bail emphytéotique* y en los de constitución de derechos reales sobre las obras realizadas en virtud de una autorización de ocupación de bienes de dominio público (*vid. infra*, punto 3.2). El interés general traslada el derecho al equilibrio de los compromisos adquiridos inicialmente por la Administración, y esto hace que el contratista tenga derecho, en los casos de resolución anticipada a la indemnización íntegra del perjuicio sufrido. El Consejo de Estado ha entendido que la inclusión en el contrato de censo enfitéutico, suscrito conforme a las disposiciones de la Ley de 5 de enero de 1988, de una cláusula que confiere al titular del dominio directo un derecho de resolución unilateral no le hace perder su calidad de censo enfitéutico, aunque una cláusula tal sea "derogatoria del derecho común."⁸² Al ser este contrato un contrato administrativo como con-



⁷⁹ CE 25 de marzo de 1991 "M. Charles Coppel", *Cahiers juridiques de l'Electricité et du Gaz*, marzo de 1993, concl. R. Abraham; p. 238.

⁸⁰ CE 20 de mayo de 1994, "Société Le Gardiennage industriel de la Seine", *Droit administratif* 1994, ref. n° 397.

⁸¹ CE 26 de noviembre 1971 *SIMA*, ya citado.

⁸² CE Sect. 25 de febrero de 1994, "SA SOFAP-Marignan Immobilier", *RFDA* 1994, p. 518, concl. J. Arrighi De Casanova.

secuencia de la atribución por Ley de la competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa (*Code général des collectivités territoriales*: art. 1311-3, 4°), es lógico pensar que ocurre lo mismo en ausencia de tal cláusula dado que, según la jurisprudencia, el poder de resolución unilateral forma parte de las “reglas generales aplicables a los contratos administrativos, y a reserva del derecho a la indemnización por parte del concesionario.”⁸³ Esto mismo está previsto por el artículo L.34-3 del *Code du domaine de l’Etat*, según la redacción dada por la Ley de 25 de julio de 1994 (*vid. infra*, punto 3.2), en caso de retirada de la autorización de ocupación antes del plazo previsto. La ocupación se entiende dada en precario, pero las consecuencias lesivas para el ocupante de esta precariedad, en el caso de retirada del título de ocupación por decisión del Estado, deben ser compensadas íntegramente a cargo de éste; salvo cuando la retirada anticipada está motivada por la inejecución de las cláusulas y condiciones de la autorización, hay lugar a la indemnización del perjuicio directo, material y efectivo que de ella resulte. Los derechos de los acreedores debidamente inscritos que son trasladados a esta indemnización, deben ser informados por la autoridad competente de su intención, y pueden proponer la subrogación de un tercero en la posición del ocupante. Esta lógica del equilibrio económico-financiero supone la derogación de la titularidad de derechos reales, pero respeta los derechos e intereses de las personas de Derecho privado a las que esos derechos reales benefician.

Todas estas disposiciones tienen en común proteger a los contratistas de la Administración de los cambios de circunstancias y de los riesgos políticos: no pueden rechazar las adaptaciones que se les piden, pero el mantenimiento de la ecuación financiera es un principio que no conoce excepción, siempre que no exista incumplimiento imputable al contratista.

La seguridad jurídica que resulta de este régimen puede volver a ser cuestionada hoy día por la irrupción de nuevos problemas, cuyas implicaciones es imposible examinar aquí detalladamente. La aplicación del Derecho de la competencia puede conducir, por una parte, a la intervención del *Conseil de la concurrence*, cuyas decisiones son susceptibles de recurso ante el Tribunal de Apelación de París y, posteriormente, de casación ante el Tribunal de Casación y, por otra, a la



⁸³ CE Ass. 2 de febrero de 1987, “Société TV6 et autres”, *AJDA* 1987, p. 360, *chron. jurisp.* p. 314.

intervención del Consejo de Estado, que se ha declarado competente para conocer sobre un litigio relativo a un contrato de concesión, por aplicación del artículo 86 del Tratado de la Comunidad Europea y de la *Ordonnance* de 1 de diciembre de 1986, relativa a la libertad de precios y a la libre competencia.⁸⁴ Los usuarios pueden presentar un recurso directo por desviación de poder contra las cláusulas de naturaleza reglamentaria de los contratos relativos a la ejecución de un servicio público por parte de una empresa privada, lo que puede llevar a una verdadera revisión con efectos retroactivos.⁸⁵ Los artículos L.22 y L.23 del *Code des tribunaux administratifs* establecen un **recurso de urgencia** de carácter precontractual que **puede ser entablado por el Prefecto** (si se trata de contratos celebrados por una Administración local) **o por los licitadores** que consideren rechazadas injustamente sus ofertas. Las obligaciones de transparencia han sido reforzadas, en beneficio principalmente, tanto de los miembros electos de las Corporaciones locales como de los ciudadanos, al tiempo que han sido ampliados los poderes de control de las Cámaras regionales de cuentas hacia los delegados de servicios públicos, en virtud de las Leyes de 6 de febrero de 1992 y 8 de febrero de 1995. Todo este conjunto de medidas no deja de ser origen, por mucho que estén justificadas por los errores del pasado, de riesgos jurídicos nuevos que harán que las empresas delegadas de servicios públicos echen de menos los buenos tiempos de los pliegos de condiciones generales aprobados por el Ministerio del Interior.

3.2. La reforma de las condiciones de utilización del dominio público: patrimonialización y garantías

El régimen jurídico del dominio público debía ser reformado puesto que los principios tradicionales sobre los que reposa, los de inalienabilidad e imprescindibilidad, descuidan la dimensión patrimonial y están mal adaptados a las necesidades económicas de hoy día. Obstaculiza, en efecto, la constitución de garantías que son indispensables para el desarrollo de la financiación privada. Las Leyes de 5 de febrero de 1988 y 25 de julio de 1994 tuvieron como objetivo permitir a los inversores privados adquirir derechos reales sobre el dominio público, condición previa indispensable para la constitución de las garantías necesarias para la financiación de las infraestructuras

⁸⁴ CE Ass. 3 de noviembre de 1997, *Société Yonne Funéraire*; CE Sect. 3 de noviembre de 1983, "Société Internarbres et Société Million et Marais", *RFDA* 1997, p. 1240, concl. J. Stahl.

⁸⁵ CE Ass. 10 de julio de 1996, "Cayzeele", *AJDA* 1996, p. 807.

o de los equipamientos que se asientan sobre el dominio público.⁸⁶ Estas orientaciones legislativas son todavía más importantes por el hecho de que la afectación al servicio público es uno de los elementos de la noción de dominio público, ya que al afectar una propiedad municipal que forma parte del dominio privado del Municipio (por ejemplo un terreno) a un servicio público, basta con que esta propiedad dé lugar a un "*aménagement spécial*" para que se incorpore al dominio público.⁸⁷

De todas formas, las dos Leyes citadas ponen en práctica soluciones jurídicas diferentes: el censo enfiteútico para las dependencias del dominio público de la Administración local; el reconocimiento de un derecho real al ocupante sobre las obras o instalaciones de carácter inmobiliario edificadas, en el caso de que se trate del dominio público del Estado. El *leasing*, por el contrario, ha tropezado con numerosas objeciones y no se aplica, salvo excepciones, en materia inmobiliaria.

3.2.1. El *bail emphytéotique*

El censo enfiteútico constituye la primera respuesta dada por el legislador a la dificultad planteada por la imposibilidad de constituir derechos reales de garantía sobre los bienes incorporados al dominio público como consecuencia del principio de inalienabilidad, lo cual excluía la posibilidad de movilizar capitales privados.

La Ley de 5 de enero de 1988 (que introduce los arts. L.1311-2 y siguientes en el *Code général des collectivités territoriales*) permite a las Administraciones locales y a sus establecimientos públicos (pero no al Estado) celebrar contratos de censo enfiteútico con particulares, con una duración de 18 a 99 años (*Code rural*: art. 451-1) sobre dependencias del dominio público (salvo las vías públicas)⁸⁸ o privado con vistas al cumplimiento de una misión de servicio público o de una operación de interés general que sea de la competencia de la Administración local contratante. La Ley precisa que este censo puede ser otorgado incluso si la pertenencia al dominio público del bien de que se trate es consecuencia de la afectación llevada a cabo en cumplimiento de una cláusula "*no separable*"; una convención de este tipo



⁸⁶ Véase Chr. La Vialle, "La constitution de droits réels sur le domaine public de l'Etat", *RFDA* 1994, p. 1106.

⁸⁷ Esta era la situación del asunto objeto del *arrêt* "Association Eurolat et Crédit foncier de France", CE 6 de mayo de 1985, *AJDA* 1985, p. 620, nota E. Fatôme/J. Moreau; *RFDA* 1986, p. 21, concl. B. Genevois.

⁸⁸ Para decirlo con más precisión, la condición es que la dependencia demanial en cuestión se encuentre "fuera del campo de aplicación del régimen de las *contraventions de voirie*" (art. L.1311-2, párrafo 2).

no es una obligación, pero se emplea con frecuencia para definir el objeto y las modalidades de la misión de servicio público o de mero interés general que se confía al enfiteuta.⁸⁹

El censo enfiteutico confiere a su titular un derecho real sobre la dependencia sobre la que se aplica (podemos ver en esto un *derecho real de ocupación* del dominio público),⁹⁰ y le asegura la propiedad de las obras que edifique (*Code rural*: art. 451-10); este derecho real y estas obras son susceptibles de hipoteca, pero únicamente para financiar la realización o la mejora de las obras construidas sobre el bien dado en censo, lo cual da acceso al enfiteuta a la financiación bancaria. La Administración local sigue siendo, de hecho, el garante último de la operación, puesto que el importe de estos préstamos se tiene en cuenta para el cálculo del importe máximo de las garantías y fianzas que está autorizada a otorgar a los particulares (art. L.1311-3, 2º, párrafo 2). Esto justifica que el contrato de constitución de la hipoteca deba ser aprobado por la Administración (*ibid.* párrafo 3). En efecto, en caso que la hipoteca sea ejecutada, la Administración local puede elegir entre autorizar la enajenación de las obras o asumir el pago de los créditos contraídos por el enfiteuta (*ibid.* 3º).

Estas disposiciones sirven para modificar de forma importante las relaciones entre la Administración concedente y el concesionario del servicio público si éste obtiene un censo enfiteutico,⁹¹ ya que el censo evita que las obras realizadas por el concesionario se incorporen inmediatamente al dominio público, como por regla general para las obras previstas por los pliegos de cláusulas. Dicho de otro modo, estas obras no pasarán a ser propiedad de la Administración local hasta el término del censo, cuando ésta vuelva a tomar posesión del bien dado en censo. De todas formas, el Consejo de Estado ha circunscrito el alcance de esta consecuencia en el *arrêt Commune de Cabourg*, recaído sobre un contrato de censo enfiteutico cuyo objeto era un casino, en virtud del cual el contratista disponía del derecho a explotar la obra durante 60 años y que incluía el compromiso de asegurar la financiación y la *maîtrise d'ouvrage* de las obras de renovación del casino; el Consejo de Estado entiende que el derecho de explotación y la obligación de financiación y dirección de la obra están "ligados"



⁸⁹ J-B. Auby, "Un précédent: le droit réel conféré aux occupants du domaine public des collectivités territoriales", *JCP éd. notariale et immobilière*, 13 septembre 1996, n°37, p. 1237.

⁹⁰ *Ibid.* p. 1239.

⁹¹ Chr. La Vialle, "Délégation de service public et domanialité publique", *Droit administratif*, febrero de 1998, p. 6.

entre sí y están sujetos como un conjunto a las disposiciones del artículo 11 de la Ley de 3 de enero de 1991 (concesión de obra pública) y, por lo tanto, a las disposiciones relativas a la publicidad de las licitaciones.⁹² Pero esta solución, conforme a las exigencias de la Directiva 93/38, implica una extensión de la noción de obra pública puesto que, durante el censo, la propiedad de las obras realizadas sigue siendo del enfiteuta, es decir, de un particular.

La jurisprudencia ha precisado los límites del recurso al censo enfiteutico, sobre todo en lo que concierne al interés general implicado. Así, un establecimiento público sanitario, concretamente un hospital, puede otorgar un censo de este tipo sobre bienes de su propiedad a un particular para proporcionar alojamiento a los usuarios del servicio público hospitalario o a sus allegados, pero no a un establecimiento sanitario privado, incluso si se admite que participa en la ejecución del servicio público hospitalario (a menos que este censo forme parte en la realización de una operación de interés general que sea de la competencia del establecimiento público), ni tampoco puede constituirse dicho censo a favor de un médico que ejerza como profesional liberal. Podría considerarse como una operación de interés general la instalación de un equipamiento pesado que el establecimiento público no pudiera realizar por sus propios medios, pero a condición de que el equipamiento en cuestión esté disponible de manera prioritaria para los pacientes del establecimiento público.⁹³ Vemos que el Consejo de Estado interpreta la Ley en un sentido que hace prevalecer la finalidad de servicio público, y se esfuerza por prevenir cualquier aplicación dirigida a la obtención de un lucro puramente económico.

Una Administración local puede recurrir también a esta técnica para hacer que el sector privado financie una obra que responde a sus necesidades, como un edificio para la ampliación de la sede de un Ayuntamiento, en el cual el enfiteuta se compromete a alquilar al Municipio la superficie que necesite. El Municipio no es, pues, el *maître d'ouvrage*, y el enfiteuta, que se beneficia del censo y de la superficie del inmueble no ocupada por el Municipio, actúa por su propia cuenta; no obstante, el fin de interés general del censo lo satisface la utilización de una parte de la superficie total del inmueble construido.⁹⁴



⁹² CE Ass. 10 de junio de 1994, "Commune de Cabourg", *RFDA* 1994, p. 738, concl. S. Lasvignes.

⁹³ CE Avis Section sociale, n° 356101, 16 de junio de 1994, *Rapport public 1994*, Études et Documents n° 46, p. 367, y n° 356973, 24 de enero de 1995, *Rapport public 1995*, Études et Documents n° 47, p. 467.

⁹⁴ CE Sect. 25 de febrero de 1994, "SA SOFAP Marignan Immobilier et autres", *RFDA* 1994, p. 510, concl. Arrighi De Casanova.

Sin embargo, queda fuera de la Ley un ámbito importante, como es el vial, al quedar excluidas las carreteras de su campo de aplicación. Si bien esta exclusión parecía quedar justificada por la afectación del dominio público vial al uso del público, el argumento queda refutado por el hecho de que el uso del censo enfitéutico sí haya sido autorizado, en cambio, para la realización de aparcamientos, que es un tipo de equipamientos que parecen cuadrar bien con la figura del censo. En efecto, en un *arrêt* de 17 de octubre de 1988, el Tribunal de Conflictos indicó que, por aplicación de la teoría de la accesión, los aparcamientos se incorporan al dominio vial,⁹⁵ lo cual hace que los aparcamientos queden igualmente fuera del ámbito de aplicación de la Ley de 5 de enero de 1988; a una conclusión análoga llega el Consejo de Estado.⁹⁶ *A fortiori*, la fórmula del censo enfitéutico no sería válida para la financiación de cualquier tipo de obras complementarias o al servicio de vías públicas de los Municipios o Departamentos, siempre que fuesen concedidas a una empresa privada. Esta solución se extendería, por tanto, a todas las dependencias del dominio público protegidas por el régimen de las *contraventions de voirie*, como es el caso de las vías férreas de interés general, al dominio público fluvial, portuario y aeroportuario.

En 1996, se estimaba que el número de censos enfitéuticos que respondían al régimen establecido por la Ley de 5 de enero de 1988 era sólo de alrededor de un centenar, y habían sido puestos en práctica principalmente por parte de los Municipios. Las aplicaciones más corrientes se refieren a instalaciones de recreo para la tercera edad, a equipamientos deportivos, depuradoras, plantas de tratamiento de residuos sólidos urbanos e instalaciones de restauración.⁹⁷

3.2.2. La constitución de derechos reales en beneficio del ocupante del dominio público del Estado

La Ley 94-631, de 25 de julio de 1994, por la que se reformaba el *Code du domaine de l'État*, no ha incorporado la figura del censo enfitéutico. El artículo L.34-1 del *Code*, introducido por la citada Ley, establece en beneficio del titular de una autorización de ocupación temporal del dominio público del Estado un "derecho real sobre las obras, cons-

⁹⁵ TC 17 de octubre de 1988, "Commune de Sainte-Geneviève-des-Bois", *Recueil Dalloz*, 1989, p. 173, nota X. Prétol.

⁹⁶ CE 18 de oct. de 1995, *Commune de Brive-la-Gaillarde*, rec. p. 356.

⁹⁷ J-B. Auby, op. cit. p. 1237.

trucciones e instalaciones de carácter inmobiliario que realice para el ejercicio de la actividad autorizada" por su título de ocupación. Estas disposiciones son aplicables sea cual sea la naturaleza del título de ocupación, es decir, puede tratarse de cualquier convención que tenga por efecto autorizar la ocupación del dominio público, como una concesión de servicio público o una concesión de instalaciones de titularidad pública (como es frecuente en los puertos y aeropuertos) (art. L.34-5). La duración de la autorización de ocupación no puede exceder los 70 años. En este período, el titular del derecho de ocupación tiene sobre estas obras, construcciones e instalaciones, todas las prerrogativas y obligaciones del propietario. Aunque la Ley no lo diga, el título de ocupación constitutivo de derechos reales es en sí mismo un derecho real, como resulta de la posibilidad de hipotecarlo y como se concluye de los términos del Decreto 95-595, de 6 de mayo de 1995, de desarrollo de la Ley, y por el que se incorporan a la parte reglamentaria del *Code du domaine de l'État* los arts. R.57-1 a R.57-9.⁹⁸

Es la Administración titular del demanio la competente para expedir el título de ocupación, es decir, el Prefecto o el Ministro, según la importancia de las obras para las que se pide la autorización, o bien otros Entes públicos que hayan recibido en régimen de cesión o adscripción la dependencia demanial en cuestión, concretamente los establecimientos públicos (como es el caso del Aeropuerto de París o los puertos autónomos), así como los concesionarios de aeródromos (que en general son las Cámaras de Comercio e Industria), los concesionarios de instalaciones en los puertos no autónomos de comercio y pesca, de titularidad del Estado, o los puertos fluviales de competencia del Estado, así como las sociedades concesionarias de autopistas, la SNCF o, en París, la RATP (*Régie autonome des transports de Paris*), según lo establecido por el Decreto 96-1058, 2 de diciembre de 1996, también dictado en desarrollo de la Ley 94-631.

Según los términos de la Ley, "los derechos, obras, construcciones e instalaciones de carácter inmobiliario" pueden ser cedidas o hipotecadas durante el período de validez del título, con sometimiento a las condiciones previstas por la propia Ley (art. L.34-2, párrafos 1 y 3). Señalemos que esta posibilidad de cesión o de constitución de hipote-



⁹⁸ Sobre este régimen, véase especialmente: Chr. La Vialle, "La constitution de droits réels sur le domaine public de l'Etat", op. cit.; E. Fatôme/Ph. Terneyre, "Droits réels sur le domaine public de l'Etat: clarification ou multiplication des interrogations", *AJDA* 1996, p. 905; E. Fatôme, "Objet et étendue du droit réel conféré à l'occupant du domaine public de l'Etat", *JCP éd. notariale et immobilière*, 13 de septiembre de 1996, n° 37, p. 1240.

ca vale tanto para el derecho de ocupación del dominio público como para el derecho real a que se refieren las obras. El cesionario debe ser aceptado por la autoridad competente y la utilización prevista del dominio público debe ser compatible con su afectación. La hipoteca no es posible más que para garantizar los préstamos contraídos por el titular de la autorización con vistas a financiar la realización, la modificación o la extensión de las obras. De todos modos, a diferencia de la Ley de 1988, la Ley de 1994 no prevé la posibilidad de una garantía última del Estado, que no asumiría, por tanto, la obligación de hacer frente al pago de los créditos contraídos

Respecto al censo enfitéutico de la Ley de 1988, circunscrito al dominio público de las Administraciones locales, el régimen establecido por la Ley de 1994 presenta otras diferencias importantes.

El beneficiario de la autorización de ocupación constitutiva de derechos reales puede ser una Entidad pública o privada, mientras que el censo enfitéutico de la Ley de 1988 no puede ser otorgado más que a una persona privada.

En lo que respecta a los bienes demaniales a los que la Ley de 1994 resulta de aplicación, se trata solamente del dominio público artificial. Las dependencias del dominio público natural son, pues, excluidas del campo de aplicación de la Ley, pero no aquellas dependencias demaniales protegidas por el régimen de las *contraventions de voirie*. En efecto, uno de los objetivos de la Ley era facilitar el recurso al crédito para la financiación de las instalaciones portuarias explotadas por empresas privadas establecidas sobre el dominio público portuario.

El título de ocupación constitutivo de derecho real y el derecho real sobre las obras, construcciones e instalaciones son indisociables; este título se otorga, precisamente, en atención a la construcción de tales obras, cuyos proyectos deben formar parte de la documentación presentada para solicitar la autorización de ocupación (art. R.57-3 del Decreto 95-595, de 6 de mayo). Esto significa también que el derecho real en cuestión no se refiere más que a las obras que vayan a ser edificadas, no a las obras existentes. Aquí está el origen de una de las críticas más serias que se han hecho a esta reforma. Al final del plazo de validez del título, y respecto a las obras existentes, el ocupante ya no puede obtener más que una autorización de ocupación no constitutiva de derechos reales, a no ser que pida una autorización para la

realización de obras que podrán ser calificadas de obras incluidas en el régimen de la ley.⁹⁹

Al final del período de validez del título de ocupación, las obras cuya conservación haya sido aceptada por este título pasan a ser, de pleno derecho y gratuitamente, propiedad del Estado (art. L.34-3).

También hay diferencias entre la Ley de 1994 y la de 1988 cuando se cumple el término establecido. La primera contempla el otorgamiento del título de ocupación para llevar a cabo una actividad compatible con la utilización del dominio público, y es en atención a la mejora de dicha utilización para lo que se edificarán las obras previstas. Por el contrario, el censo enfiteútico se otorga para al cumplimiento de una misión de servicio público o de una operación de interés general de la competencia de la Administración propietaria. El objetivo de la Ley de 1994 era, en efecto, favorecer el desarrollo de las actividades industriales que, por razón de su objeto, deben ser establecidas sobre el dominio público. Es por esto que la Ley introduce igualmente disposiciones particulares para las actividades de servicio público. En primer lugar, remite a los pliegos de cláusulas para la determinación de las condiciones particulares (art. L.35-5). En segundo lugar, cuando las obras son necesarias para la continuidad del servicio público, la constitución de derechos reales por medio de la autorización de ocupación no se lleva a cabo más que sobre la base de una decisión expresa del Estado (art. L.34-4). Por último, las obras afectadas a un servicio público y diseñadas originariamente a tal efecto, o las afectadas directamente al uso del público, así como las obras ejecutadas por la Administración con un objetivo de interés general, no pueden dar lugar a la conclusión de contratos de arrendamiento financiero por parte del titular del derecho de ocupación; por el contrario, el recurso al *leasing* está permitido para las otras ocupaciones privativas del dominio público, siempre a reserva del consentimiento del Estado si éste o el establecimiento público gestor del dominio realizan aportaciones financieras, o tienen una participación que les dé un poder preponderante de decisión o de gestión en la empresa titular de la autorización (art. L.34-7).



⁹⁹ Cfr. la intervención de M. Baux y la respuesta del profesor Fatôme en el coloquio de 1996, "Les titres constitutifs de droits réels sur le domaine public", *JCP éd. notariale et immobilière*, 13 de septiembre de 1996, n° 37, p. 1245.

3.2.3. El recurso al *crédit-bail*, *leasing* o arrendamiento financiero

Aunque la cuestión haya sido puesta de relieve y debatida en diversas ocasiones y a propósito de proyectos precisos, el recurso al *leasing* sigue estando restringido por límites estrictos. Esto obedece varias razones de peso. La primera se refiere al régimen del dominio público y al principio de inalienabilidad. En efecto, el contrato de arrendamiento financiero implica que los equipamientos que se financian de este modo sigan perteneciendo al que financia (arrendador financiero, es decir, a la entidad de crédito), que los alquila al tomador o arrendatario durante el plazo previsto en el contrato y al término del cual puede hacer uso de la opción de compra. La utilización del *leasing* para financiar infraestructuras u otras obras incorporadas al dominio público significaría, por tanto, que estas obras serían propiedad de la entidad financiera arrendadora. Un segundo argumento irrumpió en el momento en que se estaba tramitando la reforma del *Code du domaine de l'État* a la que nos estamos refiriendo: el arrendamiento financiero permitiría sortear el régimen de autorización presupuestaria de gastos que vincula a todas las Administraciones y establecimientos públicos. En efecto, el *leasing* enmascara la deuda, transformando el endeudamiento en gastos de funcionamiento (cuotas del arrendamiento financiero). Según uno de los artífices de la reforma de 1994, la Dirección del Presupuesto del Ministerio de Economía y Finanzas se opuso reiteradamente por esta razón a la utilización de esta técnica de financiación por la Administración: "si la Ley de 25 de julio de 1994 tiene una inspiración patrimonial, también tiene una inspiración presupuestaria".¹⁰⁰

El recurso al arrendamiento financiero había sido tomado en consideración para la financiación de nuevas líneas de TGV, concretamente para la línea *TGV sud-est*. El dispositivo ideado era el siguiente: la SNCF debía adquirir los terrenos necesarios para la construcción de las infraestructuras, después autorizar a una Sociedad de financiación para que los ocuparan; luego, esta Sociedad debía reunir el capital necesario y delegar la *maîtrise d'ouvrage* a la SNCF; sin embargo, hasta el término del contrato las infraestructuras debían seguir siendo propiedad de la Sociedad de financiación, que se comprometía a ponerlas a disposición de la SNCF a cambio del pago de un canon de



¹⁰⁰ M. Querrien, intervención en el coloquio antes citado del 30 de mayo de 1996, *JCP éd. notariale et immobilière*, 13 de septiembre de 1996, n° 37, p. 1245 de mayo de 1996.

utilización. El Consejo de Estado consideró ilegal esta disposición en un dictamen evacuado en 1989 a solicitud del Gobierno sobre este proyecto: como las infraestructuras del *TGV sud-est* estaban afectadas a un servicio público y habían sido concebidas originariamente para este fin, forman parte del dominio público del Estado: "su financiación no puede, pues, en el estado actual de la legislación, ser asegurada según la técnica del *crédit-bail*, que implica que los bienes así financiados permanezcan, hasta el final del contrato, en el patrimonio del organismo de crédito"; una futura Ley especial, añadía el Consejo de Estado, debería, por tanto, garantizar la permanencia de la afectación de los bienes en cuestión al servicio público.¹⁰¹ Además, según el Ministerio de Transportes y la SNCF, el recurso al arrendamiento financiero no se justificará más que si sus efectos sobre la cuenta de explotación pudieran justificar el costo que, en cualquier caso, sería siempre más elevado que el de la financiación directa por parte de la SNCF.¹⁰² De todos modos, la SNCF ha recurrido con frecuencia al *leasing* para la adquisición de material móvil.¹⁰³

La Ley de 25 de julio de 1994 no ha modificado la situación, puesto que el recurso al arrendamiento financiero está formalmente excluido para la financiación de obras afectadas a un servicio público, como ya hemos explicado. Sin embargo, no ocurre lo mismo con el dominio público de las Administraciones locales, por la posibilidad de recurrir al censo enfiteútico. En efecto, el Consejo de Estado ha estimado que las disposiciones de la Ley de 5 de febrero de 1988 "que reconocen para las operaciones incluidas en su ámbito de aplicación la posibilidad de que las Administraciones locales otorguen un censo enfiteútico sobre los bienes integrados en su dominio público o privado, no excluyen que un censo de este tipo sea utilizado con vistas a la realización de una obra que vaya a ser puesta a disposición de la Administración en sí misma".¹⁰⁴ El litigio planteado ante el Consejo de Estado era el siguiente: el Ayuntamiento de Lille había otorgado un censo enfiteútico a una empresa privada sobre un terreno de su propiedad, con la condición de construir en él un inmueble que sería



¹⁰¹ *Conseil d'État. Rapport Public 1989, Études et Documents, n°41, p. 236.*

¹⁰² M. Féve, "Le financement des trains à grande vitesse (TGV)", p. 134 en: Cl. Martinand (dir.), *L'expérience française du financement privé des équipements publics*, Economica, París 1993.

¹⁰³ ENA, *Le financement des infrastructures de transport*, Seminario de la Promotion René Char, diciembre de 1994, p. 14.

¹⁰⁴ CE Sect. 25 de febrero de 1994, "SA SOFAP Marignan Immobilier", *RFDA* 1994, p. 518, concl. J. Arrighi De Casanova; *AJDA* 1994, p. 550, nota H. Périnet-Marquet.

empleado, en un tercio de su superficie, y que serviría para la ampliación de la sede del Ayuntamiento, la cual sería alquilada a éste hasta el final del censo, fecha en la que el inmueble se convertiría en propiedad del Municipio; aunque el terreno era de dominio privado de la Entidad local, el carácter demanial de los locales destinados a la ampliación de la sede del Ayuntamiento estaba fuera de toda duda. Una operación como ésta no difiere del *leasing* más que en dos puntos: i) la posibilidad de no ejercer la opción de compra no está prevista por el Ayuntamiento; ii) el censo enfiteútico permite al arrendador financiero tomar prestados los capitales necesarios, en el caso de que no sea él mismo una entidad financiera.

No obstante, la utilización del *leasing* por las Entidades locales ya había quedado específicamente prevista por la legislación anterior, en concreto para la financiación de obras y equipamientos en el ámbito del ahorro de energía (Ley 80-531, de 15 de julio de 1980), y para las actividades de la Administración local que estén sujetas al IVA (Ley de Presupuestos para 1987, 86-1317, de 30 de diciembre de 1986). Para la puesta en práctica de este modo de financiación, se autorizó la constitución de unas sociedades de financiación especiales, denominadas SOFERGIES (*Sociétés de financement des installations ou matériels destinés à économiser l'énergie*). Esta modalidad de financiación resulta también accesible a los concesionarios de servicio público. No obstante, el Ministerio de Economía y Finanzas ha venido exigiendo condiciones restrictivas para su utilización: la operación ha de ser rentable, debe efectivamente permitir ahorro de energía y no debe ser utilizado el arrendamiento financiero más que en última instancia y no superar nunca el plazo de diez años, a lo que debe añadirse la obligación de que el contratista no puede ser elegido más que mediante previo llamamiento a la competencia.¹⁰⁵

Pero el marco jurídico y la práctica no son coherentes. Es frecuente que la Entidad pública a la que está destinada la obra conserve las responsabilidades esenciales del *maître de l'ouvrage*, desde la puesta en práctica de los procedimientos establecidos por el *Code des marchés publics* hasta la aprobación de los gastos en que incurra el contratista para la ejecución de las obras, mientras que el arrendador o entidad financiera paga a las empresas en el marco de los límites fijados.



¹⁰⁵ Circular de 13 de febrero de 1991; véase: O. Raymundie, *Gestion déléguée des services publics en France et en Europe*, Publications du Moniteur, Paris 1995, pp. 314-315.

Ahora bien, el contrato de *leasing* es un contrato de Derecho privado; el *maître de l'ouvrage* es jurídicamente el arrendador financiero, incluso cuando la obra está destinada a la Administración y diseñada originariamente en función de sus necesidades. El arrendatario financiero no está sujeto al *Code des marchés publics* y la Administración no sólo tiene vínculos jurídicos con el arrendatario, sino se expone a tener que asegurar la remuneración de las empresas, y a la recalificación del arrendamiento financiero en contrato de mandato, en condiciones incompatibles con la Ley sobre la *maîtrise d'ouvrage publique*. Estos riesgos no son vanos: en caso de quiebra de la empresa contratista, los subcontratistas podrían dirigirse contra la Administración. Las condiciones en las cuales el *leasing* conduce a descartar completamente la aplicación del *Code des marchés publics* y las reglas esenciales del dominio público son, pues, muy criticables.¹⁰⁶

3.3. Modos de financiación y relaciones financieras

Los dos tipos de contrato más frecuentemente utilizados para llevar a cabo proyectos con recurso a la financiación privada son la concesión y el METP. Desde el punto de vista del reparto de riesgos, estos dos tipos de contrato presentan características muy diferentes, sean cuales sean las variantes introducidas por la negociación entre las empresas y la Administración.

En el marco de la concesión, el concesionario asume en principio todos los riesgos, es decir, los riesgos técnicos y económicos, que son consecuencia de los factores tecnológicos o geológicos, tanto en la fase de construcción de las obras y equipamientos, como en la fase de explotación; por otra parte, el concesionario asume también los riesgos comerciales (de evolución del tráfico o de la demanda de uso de la infraestructura), aunque con importantes restricciones, ya que, en general, el concesionario no tiene libertad tarifaria; junto a esto, el concesionario asume igualmente los riesgos de financiación (tipos de interés y tipos de cambio, esencialmente). La amplitud de estos riesgos puede ser atenuada por la asunción de ciertos costos por parte de la entidad concedente, por ejemplo bajo la forma de aportaciones de terrenos, o mediante el reembolso de las pérdidas de ingresos ocasionadas por circunstancias que caigan bajo la responsabilidad de la Administración (reducción de tarifas por motivos ajenos a causas comerciales).



¹⁰⁶ Tribunal de Cuentas, *Rapport 1997*, pp. 546 y ss., Journaux Officiels.

Por el contrario, el METP no asigna al contratista más que los riesgos derivados del alza de los costos de ejecución -y esto sin perjuicio o junto con las cláusulas contractuales que prevén la revisión de precios en ciertos casos, puesto que es la Administración la que paga directamente el precio por las prestaciones realizadas-, así como los riesgos de financiación. La evolución de los ingresos que percibe la Administración no debe tener una incidencia negativa sobre los cánones que ha de pagar a la empresa contratista. En este aspecto, es probable que el METP resulte con frecuencia más ventajoso para las empresas que la concesión.

Desde un punto de vista económico, la experiencia de las concesiones no ha sido positiva en muchas de sus aplicaciones. La experiencia del ferrocarril en el siglo XIX y a principios del siglo XX ha estado caracterizada por una intervención y una solidaridad cada vez más fuertes entre los concesionarios y el Estado, y sobre estos criterios se fue asentando progresivamente la financiación de nuevas líneas. Del mismo modo, si bien la concesión había sido muy empleada para la financiación y el desarrollo de los servicios públicos urbanos en esa misma época, se produjo también una reacción creciente en favor de la vuelta a la *régie* o gestión directa, sobre todo en el periodo de entreguerras.¹⁰⁷ El carácter de servicio público reconocido a estas actividades llevaba a la autoridad pública a intervenir más intensamente en su desarrollo, lo cual favorecía inevitablemente la traslación de riesgos hacia la Administración, incluso en los casos en que no llevaba a cabo la gestión directa del servicio, como lo muestran de forma ejemplar las antiguas concesiones ferroviarias. Estos fracasos explican las tendencias nacionalizadoras que se han podido observar tras la Segunda Guerra Mundial: se ha mantenido el modelo de la concesión, extendiéndose incluso, pero los concesionarios han sido en lo sucesivo establecimientos públicos (sobre todo para el suministro de gas y de electricidad, especialmente después de la Ley de nacionalización de 8 de abril de 1946), o sociedades de economía mixta, estatales o locales, como es el caso de las concesiones de autopistas desarrolladas desde 1955. Esta solución se sigue usando hoy: las Cámaras de Comercio e Industria (que son igualmente establecimientos públicos) son de este modo los concesionarios de aeropuertos provinciales; la Cámara de Comercio e Industria de Havre es, por ejemplo, la concesionaria del puente de Tancarville y del puente de Normandía,



¹⁰⁷ Véase X. Bezaçon, *Les services publics en France...*, op. cit. 1997.

en el curso bajo del Sena;¹⁰⁸ numerosas sociedades de economía mixta local (regidas por la Ley de 7 de julio de 1983; *Code général des collectivités territoriales*: art. L.1521-1 a L.1525-3) son las concesionarias (o delegadas) de numerosos servicios públicos locales.

Sin embargo, ciertos sectores han permanecido en manos del sector privado, por tratarse de aplicaciones en las que estas formas de gestión han producido mejores resultados. Es el caso del suministro de gas, del saneamiento, de la recogida y tratamiento de residuos y de los transportes urbanos (en este último supuesto, con algunas excepciones, como el de la conurbación parisina). Pero las modalidades de participación del sector privado varían considerablemente en función al grado de posibilidad o de aceptación de las reglas del mercado en los diferentes sectores. De forma esquemática, según D. Lorrain, “la idea de total aplicación del mercado se corresponde con la concesión a riesgo y ventura, la del mercado limitado con el arrendamiento, la de imposibilidad de mercado con la *régie intéressée*”, y señala que la *régie intéressée* se ha impuesto, en efecto, en los transportes públicos urbanos desde los años veinte en París, y desde principios de los años setenta en provincias, cuando se hizo evidente que era estructuralmente imposible equilibrar las cuentas con los ingresos proporcionados por los usuarios.¹⁰⁹ El METP corresponde también a un caso de mercado imposible, puesto que las relaciones de la Administración con los usuarios, por una parte, y con el explotador, por otra, están separadas.

En realidad, si la concesión “pura” ha dado mucho que hablar a causa de su aplicación reciente a grandes proyectos para los cuales el Estado y la Administración local deseaban movilizar el concurso de inversores privados, hoy día presenta un carácter más bien excepcional, y sus resultados no han terminado de ser convincentes.

En los últimos años (y si hacemos abstracción de la experiencia de las autopistas privadas de los años setenta), podemos señalar cuatro grandes proyectos de infraestructura emprendidos según este modelo y que han hecho un llamamiento a una financiación íntegramente privada, mediante préstamos bancarios y capital propio: el túnel del Canal de la Mancha, el enlace Orlyval que comunica el aeropuerto



¹⁰⁸ Ph. Léger/Ph. Rochefort, “La réalisation du pont de Normandie”, p. 93 en: Cl. Martinand (dir.), cit.

¹⁰⁹ D. Lorrain, “Les services urbains, le marché et le politique”, pp. 18-19 en Cl. Martinand (dir.), cit.

de Orly con el centro de París, el túnel de carretera urbana de Prado-Carénage en Marsella, y el nuevo bulevar periférico de Lyon. En todos los casos (y estos proyectos son más o menos coetáneos) los argumentos a favor de este tipo de solución han sido los mismos:

- la financiación privada de una infraestructura caracterizada por una fuerte tasa de rentabilidad interna, pero que exige elevados niveles de inversión, permite evitar la financiación presupuestaria o el endeudamiento del sector público;
- la financiación privada conducirá a una apreciación prudente de las perspectivas económicas del proyecto, sobre todo si la financiación puesta en práctica es una “financiación de proyecto” (*project financing*);
- la presión de los bancos asegurará un mejor control de los costos.

En estas cuatro experiencias el tipo de financiación empleado era el mismo:

- el concesionario es una sociedad estrictamente privada;
- la financiación está asegurada en lo esencial por un préstamo bancario sindicado sin recurso, apoyado en capital propio (del orden del 20% de la financiación total, si bien la apelación al mercado de capitales sólo se llevó a cabo en el caso del túnel del Canal de la Mancha); de todos modos, en el caso del bulevar periférico de Lyon, la mitad del costo de las obras fue sufragado por la Entidad local en forma de aportación de obras y de subvenciones;
- el reembolso de la deuda debe ser asegurado por los ingresos generados por el proyecto desde el principio de su explotación;
- los prestamistas siguen la ejecución técnica y financiera del proyecto, sobre la base de “modelos de simulación bancaria”, que proporcionan una serie de ratios cuya superación alerta a los prestamistas de la inminencia de un riesgo, ya se trate de los costos, de los retrasos en la ejecución de las obras o de la evolución de las perspectivas económicas del proyecto;¹¹⁰



¹¹⁰ Para un estudio detallado del *Project Finance* aplicado a una infraestructura, véase el caso del túnel del Canal de la Mancha: G. Marcou, “La gestion du projet”, pp. 145-236 en G. Marcou/R. Vickerman/Y. Luchaire (dir.), *Le tunnel sous la Manche entre Etats et marchés*, Presses Universitaires de Lille, 1992. Para un análisis más general de esta técnica financiera aplicada a los equipamientos públicos: M. Sarmet, “Le financement de projet appliqué aux équipements collectifs”, p. 63 en Cl. Martinand (dir.), cit.

- la Administración no otorga al proyecto ninguna garantía, sea bajo la forma que sea.

De estos cuatro casos, el túnel del Prado-Carénage es el único que parece viable en el plano financiero y cuya ejecución se ha llevado a cabo sin costos suplementarios ni retrasos; existen incluso buenas razones para pensar que las empresas constructoras han “inflado” considerablemente los costos para jugar con márgenes de seguridad muy amplios que les aseguren una ganancia suplementaria.¹¹¹ Los otros tres proyectos han tenido que enfrentarse a la materialización de riesgos que han provocado, ya sea el abandono de la fórmula inicial, ya la introducción de otras modificaciones sustanciales: incrementos importantes en los costos de ejecución (duplicación en el caso del túnel del Canal de la Mancha), errores importantes en las previsiones de flujos de tráfico y, en el caso del bulevar periférico de Lyon, la oposición de los usuarios a pagar un peaje que juzgaban demasiado elevado (16 francos para los 10 km. de longitud total de la ruta), acompañado de privilegios, al parecer inaceptables, para el concesionario,¹¹² oposición que dio lugar, después de numerosas peripecias, a la anulación de la concesión por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa (aunque fundada en otros motivos)¹¹³ y al rescate de la obra por parte de la Comunidad Urbana de Lyon.¹¹⁴

Nos detendremos un poco más en el caso de Orlyval.¹¹⁵ En abril de 1988, el Consorcio de transportes del área metropolitana de París firmó un contrato de concesión con la Sociedad Orlyval para la construcción y explotación hasta el 2021 de un metro automático, producido por Matra, que sirviera de enlace entre la línea sur de la RER (Red de trenes de cercanías) y el aeropuerto de Orly. La concesión se adju-



¹¹¹ Cf. Abraham, “L’expérience du tunnel Prado-Carénage”, comunicación presentada en el coloquio CRAPS (Universidad de Lille II)/CERTÉ (Universidad de Kent, Canterbury), “L’expérience du tunnel sous la Manche et la réalisation des grandes infrastructures publiques”, 12-13 de enero de 1995 (no publicado).

¹¹² Como un derecho de fiscalización del concesionario sobre eventuales modificaciones del servicio de vías públicas que tendría consecuencias sobre las frecuencias de uso de la obra concedida.

¹¹³ CE Ass. 6 de febrero de 1998, “M. Tête, Association de sauvegarde de l’Ouest lyonnais”, *AJDA* 1998, p. 458, chron. jurisp. p.403: ausencia de base legal en la deliberación del Consejo de la Comunidad urbana relativa al contrato de concesión, a causa de la incompatibilidad de la legislación nacional en materia de publicidad de contratos de obras con la Directiva de 18 de julio de 1989, que todavía no había sido incorporada al Derecho francés en la fecha de la deliberación.

¹¹⁴ Véase, sobre todo, *Le Monde*, 2 de septiembre de 1997.

¹¹⁵ Lo que sigue está sacado de un recorte de prensa y de investigaciones personales en las instituciones interesadas. Para el caso del túnel del Canal de la Mancha, véase: G. Marcou/R. Vickerman/Y. Luchaire (dir.), op. cit.

dicó sin ninguna participación ni garantía pública, sobre la base de un *Project Financing* basado en el modelo del proyecto del túnel del Canal de la Mancha.¹¹⁶ Las estimaciones de tráfico fueron confiadas al *Institut de Recherche* del Ministerio de Transportes (el INRETS) en 1987, que calculó un volumen del orden de 2 a 2,5 millones de viajeros por año en la hipótesis más pesimista. Estos niveles no fueron nunca alcanzados: Orlyval entró en funcionamiento el 2 de octubre de 1991; en septiembre de 1992 estaba técnicamente en quiebra, ya que el flujo de tráfico no había superado los 1,2 millones de viajeros por año.

Retrospectivamente las causas del fracaso son obvias. El proyecto reposaba en estimaciones de tráfico nada realistas; el Aeropuerto de París las había rechazado y se había negado a entrar en el capital de Orlyval. El proyecto ha tenido que hacer frente a gastos financieros muy altos. El enlace competía con otros, y sobre todo, presentaban unos niveles de tarifas elevados que le convertían en una alternativa nada convincente económicamente respecto, por ejemplo, al precio de un taxi. Por último, Matra quería, por encima de todo, hacer funcionar su modelo de metro ligero en la región parisina para facilitar la promoción de la exportación de su producto, para lo cual consiguió arrancar la decisión en un clima político favorable.

La solución de la crisis ha sido equivalente a una nacionalización, si bien los bancos han soportado la mayor parte del pasivo (con la pérdida inmediata del 85% del capital prestado). En enero de 1993, se procedió a la resolución amistosa de la concesión; todos los bienes de la concesión pasaron a manos del Consorcio de transportes de París (RATP) sin contrapartida alguna, como consecuencia de la quiebra del concesionario. La RATP se encargó de integrar la explotación de Orlyval dentro de su red, con la obligación de pagar a los bancos un canon por viajero transportado por encima del nivel de circulación que asegure el equilibrio de la explotación. La Región de Île-de-France hizo una contribución sustancial comprometiéndose a pagar una cantidad anual capaz de cubrir la mitad de los gastos de la inversión. Hoy la situación ha mejorado mucho. La RATP ha realizado un esfuerzo de promoción de este enlace en el conjunto de su red (venta de billetes en cualquier punto de la red), ha mejorado las condiciones de



¹¹⁶ Los accionistas de Orlyval eran: Air Inter (26,7%), los grandes bancos (34%), el grupo Lyonnaise des Eaux (18%), Matra (17,3%) y la RATP (3%). El préstamo bancario había sido concedido por un Consorcio en el que participaban unos cuarenta bancos.

correspondencia y la señalización; la circulación en 1996 ha alcanzado 1.820.000 viajeros. Desde 1994, los bancos están percibiendo el canon con cargo a los resultados de explotación.

4. CONCLUSIONES

Se pueden sacar algunas lecciones de esta experiencia para la financiación privada de infraestructuras. La primera es que la financiación privada y la intervención de los bancos no garantizan que las decisiones se tomen sobre bases económicas más rigurosas; en el caso de Orlyval, ni siquiera fueron alertados por las reticencias manifestadas por el Aeropuerto de París. La segunda lección se refiere a la importancia de la conexión en red: la gestión de Orlyval, como mero servicio de comunicación del aeropuerto, ha sido la principal debilidad del proyecto, como lo demuestra el que su integración en la red de la RATP haya permitido obtener mejores resultados. La tercera lección es que la gestión a riesgo y ventura del concesionario no exonera al poder público de toda implicación cuando se trata de un proyecto con grandes externalidades: la quiebra de Orlyval era segura, pero el cierre del enlace resultaba inconcebible, por lo que el sector público tenía que retomarlo. Por último, un proyecto de este tipo exige que todas las partes implicadas tengan realmente los mismos objetivos; sin embargo, no era este el caso: Matra deseaba ante todo disponer de un banco de pruebas y de un escaparate para su nuevo producto y, probablemente, fue ella misma la que contribuyó a tergiversar ciertas estimaciones.

Más tarde, el fracaso de otro supuesto de concesión "pura" como es el del túnel del Canal de la Mancha, ha hecho aumentar el riesgo de que los bancos se vuelvan más exigentes (y, por tanto, más caros) y menos interesados en comprometerse en la financiación de grandes obras soportando los riesgos.

En efecto, es más bien la tendencia inversa la que prevalece. Más que la independencia financiera recíproca que caracteriza en principio a la concesión, observamos sobre todo que los contratos clásicos ya no bastan para dar cuenta de la práctica, en la cual las soluciones híbridas traducen la voluntad de encontrar el acuerdo que mejor responda a la voluntad de las partes. De este modo, los contratos de servicios pueden abarcar una gama variada de prestaciones próxima al modelo METP; la delegación de servicio público, por su parte, puede ser desmembrada entre varios prestadores del servicio. Por ejemplo, un

Consortio de municipios ha delegado la realización y la explotación de una infraestructura de transporte colectivo a una sociedad que, a su vez, las ha subdelegado a una sociedad de economía mixta, cuyos miembros son los mismos Municipios que componen el Consorcio. Estos mecanismos tejen una solidaridad institucional entre las Entidades públicas, pero hacen opacas las responsabilidades y pueden alimentar conflictos de intereses.¹¹⁷ Incluso en los ámbitos tradicionales las soluciones concretas adoptan una configuración híbrida. En el ámbito del suministro de agua, el Tribunal de Cuentas señala, al final de una investigación que ha abarcado más de 300 casos, que las concesiones tienden hacia el arrendamiento, en la medida en que la Administración financia una parte de las inversiones que, en principio, corresponderían al concesionario, o bien bajo la forma de aportación de una obra inicial, o tomando a su cargo algunas obras complementarias. A la inversa, los contratos de arrendamiento tienden hacia la concesión, pues, en la orientación de la jurisprudencia del *arrêt Syndicat intercommunal du bocage*, ya citado, numerosas Administraciones confían a su arrendatario la prefinanciación y la realización de obras nuevas y prorrogan la duración de la delegación, como permite la Ley de 29 de enero de 1993.¹¹⁸

Este pragmatismo no es condenable, pero llama la atención sobre la necesidad de una reestructuración del conjunto de la legislación para tener en cuenta la evolución tanto de la práctica como de la jurisprudencia y para dar una mayor coherencia al régimen jurídico aplicable a estos contratos.

Aunque la distinción entre contratos administrativos y delegaciones de servicio público sea todavía criticada por gran parte de la doctrina,¹¹⁹ parece tener ahora más sentido que nunca. Por una parte, ha sido retomada por las más recientes orientaciones formuladas por la Comisión Europea en su *Proyecto de Comunicación interpretativa sobre las concesiones y otras formas análogas de asociación público-privada*, de 24 de febrero de 1999, y que es el resultado de una consulta plantea-



¹¹⁷ Ph. Limouzin-Lamothe, "La pratique de la délégation de service public", *AJDA* 1996, p. 572.

¹¹⁸ Tribunal de Cuentas, *La gestion des services publics locaux d'eau et d'assainissement*, Informe público particular, 1997, Ed. del Journal Officiel, especialmente pp. 92-93.

¹¹⁹ La manifestación más reciente a este respecto la tenemos en el Coloquio organizado el 29 de abril de 1999 en el Senado por la *Association Française de Droit des Collectivités Locales*, bajo el título "Sécurité juridique et action publique locale", en la que cabe destacar la Comunicación del Profesor Jean-Claude Ricci.

da en materia de concesiones. La concesión, según el texto del citado Proyecto de Comunicación, exige como criterio esencial el de la asunción por el concesionario de los riesgos de explotación.¹²⁰ Por otra, el Ministerio francés de Economía y Finanzas acaba de abrir una consulta pública sobre la reforma del *Code des marchés publics*, con la intención de redactar un Proyecto de Ley que deberá ser presentado en el Parlamento antes de finales de 1999.¹²¹ Entre las orientaciones que se han adelantado figura la de reglamentar de manera específica el METP sobre la base de la distinción entre contratos administrativos y delegaciones de servicio público en función del sistema de compartir riesgos, más que sobre la doctrina sentada por el Consejo de Estado en el reciente *arrêt* de 8 de febrero de 1999. Este criterio no es, ciertamente, suficiente, pero las orientaciones citadas permiten pensar que, en el futuro, las instituciones jurídicas a las que se puede recurrir para movilizar capitales privados para la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos no experimentarán mutaciones significativas en su concepción esencial. Pero el problema fundamental tal vez no sea el del marco normativo, en la medida en que ofrezca tanto a los operadores interesados como a los poderes públicos soluciones suficientemente flexibles y variadas; el problema se encuentra, probablemente, en la formulación de una doctrina sobre las formas de asociación público-privada que permita saber, para cada proyecto y para cada sector, cómo llegar a la correcta asignación de riesgos en función de los objetivos que se persiguen. Los recientes fracasos parecen indicar que tal doctrina no ha sido todavía capaz de clarificar suficientemente las decisiones al respecto, tanto públicas como privadas.



¹²⁰ Este documento puede encontrarse publicado en la dirección de internet "Europa" de la Comisión <http://simap.europeau.int>.

¹²¹ Véase, a este respecto, la intervención de M. Alain Teisseier, *Sous-Directeur de la Commande Publique* del Ministerio de Economía y Finanzas en el precitado Coloquio "Sécurité juridique et action publique locale", y también el documento de consultación: Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, *La réforme du code des marchés publics. Document d'orientation*, París, avril 1999.