



**DICTAMEN: 49/2015, de 12 de febrer**

MATÈRIA: Consultes

DEPARTAMENT: Territori i Sostenibilitat

PONENT: Enric Argullol i Murgadas

**Consulta sobre el reequilibri econòmic del contracte de concessió per a la redacció del Projecte constructiu, la construcció i l'exploració del tram de la via preferent C-17 (entre Centelles i Ripoll)**

## ANTECEDENTS

Es dedueixen del Dictamen.

## FONAMENTS JURÍDICS

I. El conseller de Territori i Sostenibilitat sol·licita dictamen sobre la viabilitat jurídica del reequilibri del contracte de concessió per a la redacció del projecte constructiu i la construcció i explotació (conservació, ús i defensa i ajuda a la viabilitat) del tram de la via preferent C-17, entre Centelles i Ripoll, segons la interpretació que el mateix Departament efectua de les mesures de reequilibri del contracte, en els termes del que s'establí per ambdues parts en la modificació formalitzada el 31 de juliol de 2009. La petició ha tingut entrada en el Registre el 16 de gener de 2015.

Aquesta Comissió Jurídica Assessora qualifica la sol·licitud com a consulta i emet el dictamen a l'empara de l'article 9 de la seva Llei institucional i de l'article 39 del seu Reglament.

La petició es formula pel tràmit d'urgència, en raó de la necessitat de comptar amb un finançament definitiu de la concessió amb la repercussió que suposa, econòmica i financera per al concessionari i la Generalitat de Catalunya. El president n'ha apreciat la urgència.

El nostre parer es refereix exclusivament a la viabilitat jurídica del reequilibri econòmic del contracte, sense entrar a examinar la fórmula del seu finançament definitiu, més enllà de la descripció del marc en què se situa la proposta de reequilibri.

II. Per Resolució del conseller de Política Territorial i Obres Públiques (PTOP) de 8 de juny de 2006 es va adjudicar el contracte de concessió per a la redacció del projecte normatiu i la construcció i explotació del tram de la via preferent C-17 entre Centelles i Ripoll a B. L'adjudicatària va constituir la societat C, concessionària de la Generalitat de Catalunya. Aquest contracte va ser modificat per resolució del mateix conseller el 30 de juliol de 2009.

De conformitat amb el que preveu la disposició transitòria primera, apartat 2, del Text refós de la Llei de contractes del sector públic (TRLCSP), aprovat per Reial decret legislatiu 3/2011, de 14

de novembre, els contractes administratius adjudicats abans de l'entrada en vigor de la present Llei es regiran pel que fa als seus efectes, compliment i extinció, inclosa la seva duració i règim de pròrrogues, per la normativa anterior. Atès que el contracte es va adjudicar el 8 de juny de 2006, la normativa que li resulta d'aplicació, per raons cronològiques, és el Text refós de la Llei de contractes de l'Administració pública, aprovat per Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny (TRLCAP).

**III.** El procediment que s'ha seguit queda reflectit en els antecedents. En l'expedient s'han incorporat, amb el Plec de clàusules administratives particulars, el contracte signat el 2006 i la versió modificada de 2009. Així mateix, els escrits remesos per la concessionària i les resolucions de l'Administració. Ha emès una Nota l'Assessoria Jurídica del DTES, de 26 de novembre de 2014. Consta incorporat a l'expedient una Memòria justificativa de l'establiment del finançament definitiu i el corresponent reequilibri, de 9 de gener de 2005, conformat pel secretari d'Infraestructures i Mobilitat, una Memòria econòmica i financera de l'establiment del finançament definitiu i el corresponent reequilibri de la concessió, de 22 de desembre de 2014, també conformat per l'esmentat secretari. Així mateix, hi figura un escrit de la concessionària de data 24 de novembre de 2014, en què accepta la conformitat al préstec que li atorgaria el Govern de la Generalitat, sempre i quan es procedís al reequilibri de la concessió.

Sobre aquesta documentació es pot respondre la consulta formulada, però s'ha d'advertir que constitueix un expedient incomplet als efectes de la tramitació del reequilibri econòmic i financer del contracte concessional.

**IV. 1.** El 8 de juny de 2006 es va adjudicar el contracte de concessió per a la redacció del Projecte constructiu i la construcció i explotació (conservació, ús i defensa i ajut a la viabilitat) del tram de la via preferent C-17 que transita entre Centelles i Ripoll, a l'oferta base presentada per B, en les condicions indicades en aquesta oferta, les més significatives de les quals quedaven reflectides en un quadre adjunt a la resolució.

Per Resolució de 30 de juliol de 2009, el conseller de Política Territorial i Obres Públiques va aprovar la modificació número 1 del contracte. En la mateixa resolució es disposava que continués l'execució del contracte l'adjudicatari inicial. Com a antecedents fàctics de la resolució es feia esment a un informe justificatiu de data 9 de juliol de 2009, en què es justificava la modificació del contracte amb esment, segons sembla, de les circumstàncies que havien donat lloc a la modificació. El 31 de juliol de 2009 es va formalitzar en document administratiu la modificació del contracte.

Segons s'infereix de l'expedient, a banda de les modificacions dels projectes, es va alterar el marc de finançament de la concessió, degut a les característiques de la concessió i les circumstàncies del mercat del crèdit d'aleshores, i es va fixar el finançament com a forma temporal i transitòria fins al 31 de desembre de 2014, a l'espera de poder tenir el finançament definitiu en arribar el termini.

El règim contractual del finançament es va establir en les clàusules 10 i 11, tot preveient una seqüència temporal per a la definició i formalització final. En el marc d'aquesta modificació, es preveia la presentació per la concessionària de les condicions de finançament definitiu abans del 30 de maig de 2014, i, posteriorment, per part de l'Administració, la determinació dels termes del reequilibrament del contracte realitzant l'ajustament que pertocqués del pla econòmic i financer de la concessió, abans del 30 de setembre de 2014. Amb aquest equilibri aprovat, la concessionària tancaria un finançament definitiu de la concessió abans del 30 de desembre de 2014.

Aquesta Comissió no disposa de documentació relativa a la modificació contractual de 2009, sobre la qual no es va sol·licitar dictamen, i, per tant, no es pot pronunciar sobre els seus termes.

**IV. 2.** El 30 de maig de 2014 la concessionària va presentar una proposta de finançament definitiu i va sol·licitar el reequilibri de la concessió.

El 30 de setembre de 2014, l'Administració va demanar acreditacions dels bancs o institucions financeres que expressessin el compromís d'oferir finançament en les condicions indicades. En el mateix escrit, la Generalitat, en el cas de no obtenir-se aquesta documentació, "ofereix finançament pel mateix import de l'endeutament" i especifica les condicions. Aquest oferiment es va concretar en Acord de Govern l'11 de novembre de 2014, que va autoritzar la concessió d'un préstec a la societat B per un import màxim de 221.805.311 euros, per un període de cinc anys, renovable per iguals períodes fins a un màxim de vint anys.

La concessionària, el 24 de novembre de 2014, dóna la conformitat al préstec i sol·licita el reequilibri de la concessió, que fonamenta en les clàusules 10 i 11 del contracte modificat.

El 9 de gener de 2015 la Secretaria d'Infraestructures i Mobilitat formula la Memòria justificativa de l'establiment del finançament definitiu i el corresponent reequilibri de la concessió C-17.

La clàusula 10.4 del contracte modificat preveia que l'Administració concedent autoritzés el reequilibri econòmic del contracte "realitzant l'ajustament que pertocui del Pla econòmic i financer de la concessió, segons resulti de la present modificació, de les disposicions de la llei i de les previsions del mateix contracte. En especial, es tindran en compte les condicions reals acordades [...] de la dita operació de finançament definitiu [...]. Així mateix, el nou reequilibrament incorporarà

els ajustaments que, eventualment, es facin atenent a les condicions finals de l'operació de finançament del període 2009-2014 [...]”.

D'altra banda, s'ha de tenir en compte que la clàusula 10.4.a), *in fine*, disposa que “les propostes de finançament hauran d'ésser compatibles amb el manteniment de l'equilibri econòmic de la concessió en els termes del contracte i de la present modificació”.

En fi, cal recordar que la clàusula vuitena del contracte modificat conté una regulació general de les mesures o instruments de reequilibri: aportacions de la Generalitat com a subvenció de capital; increment de tarifa; peatge a l'ombra. A més, s'especifica l'objectiu d'aquestes mesures, que no pot ser un altre que l'ajustament del paràmetres econòmics de la concessió als considerats per a l'adjudicació de la concessió.

Les mesures de reequilibri previstes en la Memòria justificativa són: a) increment de les tarifes que determinen la retribució variable de B; b) ampliació de l'aportació de l'Administració per a finançar la inversió, ja prevista a la clàusula dotzena del contracte modificat; c) reducció del topall anual de la retribució.

Per acabar aquesta exposició, s'ha de recordar que, d'acord amb la clàusula 12 del Plec de clàusules administratives particulars de la concessió, “el concessionari assumirà els riscos i responsabilitats que es derivin de l'execució del contracte. A aquests efectes, la totalitat del contracte de concessió, i, en concret, el relatiu a les seves fases de finançament, projecció, construcció, explotació i conservació es desenvoluparà a compte i risc del concessionari”. En l'apartat tercer d'aquesta clàusula es concreta que li pertoca al concessionari l'assumpció del risc associat a l'evolució de les condicions financeres del mercat, l'inherent a l'evolució del trànsit i l'associat a la variació de les condicions geològiques i geotècniques. Així mateix, la clàusula primera del contracte modificat explicita que “la concessionària executarà al seu risc i ventura [...] les obres i instal·lacions que formen part del contracte de concessió per a la redacció del projecte constructiu i la construcció i explotació [...] del tram de la via preferent C-17 que transita entre Centelles i Ripoll [...]”. La clàusula dissetena també al·ludeix a aquest factor. En la Memòria justificativa del reequilibri de la concessió s'afirma expressament el manteniment del risc del concessionari. En aquest sentit, es considera que el risc del finançament no s'altera, ja que simplement la Generalitat substitueix les entitats financeres i el risc d'explotació continua vigent ja que “la retribució de C seguirà estant determinada pel nombre d'usuaris que utilitzin l'obra”.

A tall de resum, podem assenyalar que la proposta de reequilibri contractual se situa en una configuració d'un finançament definitiu en el qual el subjecte prestador és la Generalitat, i en la Memòria econòmica es preveuen les condicions bàsiques del préstec i el calendari i imports d'amortització de principal i interessos. El reequilibri econòmic del contracte es concreta en dues



mesures: d'una banda, un increment de l'aportació anual de l'Administració, i, d'una altra, un augment de les tarifes, amb una disminució dels màxims anuals per aquests conceptes.

**V. 1.** El contracte, el reequilibri del qual s'examina, és de concessió d'obra pública, que va ser regulat singularment per la Llei 13/2003, de 23 de maig, que incorporava un nou títol, el V, al llibre II de la LCAP.

Ateses les qüestions plantejades, centrarem l'atenció sobre la regulació del risc i ventura d'aquests contractes i les previsions sobre equilibri econòmic de les concessions.

La regulació del contracte de concessió d'obra pública al·ludeix en diverses ocasions al principi d'execució del contracte "a risc i ventura" del concessionari. Així, ja en definir aquest tipus de contracte s'hi fa esment. L'article 220.2 LCAP disposa: "La construcció i l'explotació de les obres públiques objecte de concessió s'efectuen per compte i risc del concessionari, que ha d'assumir els riscos econòmics derivats de la seva execució i explotació en els termes i amb l'abast que estableix aquesta Llei, el que en tot cas és compatible amb els diferents sistemes de finançament de les obres que s'hi regulen i amb les aportacions a què es pugui obligar l'Administració concedent."

Aquest principi té un triple fonament: la seguretat jurídica; la concurrència igual en els contractes públics i la protecció dels recursos públics.

El principi de risc i ventura del concessionari es configura d'una manera compatible amb les aportacions de l'Administració pública, amb una ordenació que li atribueix una àmplia discrecionalitat. L'amplitud del concepte de l'apartat quart d'aquest article ho anuncia: "El sistema de finançament de l'obra i la retribució del concessionari els determina l'Administració concedent amb respecte als objectius d'estabilitat pressupostària i atenent a criteris de racionalització en la inversió dels recursos econòmics, a la naturalesa de les obres i a la significació d'aquestes per a l'interès públic."

Recordem diversos preceptes en què la Llei invoca el principi del risc del concessionari. Així, l'article 224, sobre finançament de les obres, indica, en l'apartat primer, que el concessionari ha d'assumir el risc en funció de la inversió realitzada i, en l'apartat tercer, en referir-se a que "Quan hi hagi raons de rendibilitat econòmica o social, o concorrin singulars exigències derivades de la finalitat pública o interès general de l'obra objecte de concessió, l'Administració també pot aportar recursos públics per al seu finançament, [...] s'ha de respectar el principi d'assumpció de risc pel concessionari". Aquesta referència es repeteix a l'article 225, sobre retribució del concessionari. L'article 239 declara el risc del concessionari en l'execució de l'obra i l'article 243, en regular les obligacions del concessionari, a la lletra b) disposa que en serà "Explotar l'obra pública, assumint el risc econòmic de la seva gestió amb la continuïtat i en els termes que estableix el contracte o

ordenats posteriorment per l'òrgan de contractació", al·lusió aquesta darrera que sembla configurar una facultat d'aquest òrgan per a alterar aspectes del contingut clausulat.

Per a acabar aquesta relació, indiquem que l'article 251.2, sobre el segrest de concessions, disposa que mentre duri aquesta situació "L'explotació de l'obra pública [...] s'efectua per compte i risc del concessionari".

Aquesta posició significativa del principi de risc del concessionari va ser remarcada ja a l'exposició de motius de la Llei 13/2003, que, al mateix temps, però, anunciava criteris per a matisar-lo, "Té importància capital, perquè la concessió de l'obra pública conservi la seva adreça d'identitat i pugui ser reconeguda com a tal, que el concessionari assumeixi el risc de la seva construcció, conservació i explotació. Evidentment, en un contracte de llarga durada per naturalesa, l'assumpció del risc, davant la impossibilitat de predir amb un marge raonable d'error el futur, no pot transformar el contracte en un negoci aleatori; per tant, en coherència s'imposa moderar adequadament els límits del risc, si es volen atreure la participació del capital i la iniciativa privades en inversions el volum de les quals exigeix l'esforç compartit dels sectors públic i privat. [...] s'ha de destacar que l'assumpció de risc en 'proporció substancial' pel concessionari resulta determinant perquè el contracte de concessió mereixi aquesta qualificació". La transferència del risc al concessionari és essencial, però aquesta transferència pot limitar-se, de manera que el risc sigui compartit, en diferent mesura, per concedent i concessionari, amb la finalitat que el contracte no es converteixi en un negoci aleatori.

Una orientació similar es recollia a la Comunicació Interpretativa de la Comissió Europea 2000/C121/02, de 29 d'abril: "[...] *en una concesión de obras, los riesgos inherentes a la explotación se transfieren al concesionario [...] cierto es que, aun en el marco de los contratos públicos, puede quedar, en su caso, una parte del riesgo a cargo del contratista. Sin embargo, las contingencias fruto del entramado financiero de la operación, que podríamos clasificar como 'riesgo económico' son inherentes al fenómeno de las concesiones. En efecto, este tipo de riesgo, que depende estrechamente de las rentas que el concesionario pueda percibir de la frecuentación, constituye un elemento distintivo importante entre concesiones y contratos públicos. En conclusión, al derecho de explotación va unida la transferencia al concesionario de los riesgos resultantes de esa misma explotación; el reparto de los riesgos entre concedente y concesionario se efectúa en cada caso en función de las respectivas aptitudes para gestionar de manera más eficaz los riesgos en cuestión. Si los poderes públicos asumen las contingencias vinculadas a la gestión de una obra, asegurando, por ejemplo, el reembolso de la financiación, faltará el elemento de riesgo. En este caso, la Comisión considera que se trata de un contrato público de obras y no de una concesión*".

La recent Directiva europea d'adjudicació de contractes de concessió 2014/23/UE del Parlament europeu i del Consell, de 26 de febrer, en els considerants 18 a 20, insisteix i precisa en el mateix sentit: “[...] *Por lo tanto, debe aclararse la definición de ‘concesión’, en particular haciendo referencia al concepto de riesgo operacional. La característica principal de una concesión, el derecho de explotar las obras o los servicios, implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico que supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento, si bien parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador. [...] El hecho de que el riesgo esté limitado desde el inicio no impedirá que el contrato se considere una concesión [...]. Un riesgo operacional debe derivarse de factores que escapan al control de las partes [...]. Un riesgo operacional debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro*”.

També podem recordar la Sentència del TJUE 2011/52, de 10 de març, *Cas Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, en la qual s'afirma que “*la concesión de servicios implica que el concesionario asuma el riesgo de explotación de los servicios de que se trate y que la inexistencia de transmisión al prestador del riesgo relacionado con la prestación de los servicios indica que la operación en cuestión constituye un contrato de servicios*” i recordar la Sentència *Eurawasser*, de 10 de setembre de 2009, i la jurisprudència que s'hi esmenta. Més endavant, afegeix que “*este riesgo puede ser ciertamente limitado*” i “*el riesgo de la explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede traducirse en el riesgo [...] de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios [...] el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación [...] cuando el operador asume un riesgo de explotación, aunque sea muy limitado [...] dicho contrato debe ser calificado de contrato de concesión de servicios [...]*” (les rodones són nostres).

El principi de risc i ventura té, doncs, un paper rellevant en la mateixa configuració del contracte de concessió d'obra pública. Ara bé, com veurem, la llei preveu una variada mostra de mesures que impliquen una disminució o una compartició del risc. L'article 245 admet les aportacions públiques a la construcció de l'obra, amb les modalitats regulades en l'article 236 i en l'article 245.7. L'article 247 es refereix a les aportacions públiques per a l'explotació de l'obra que són compatibles amb les anteriors. L'article anterior, el 246, regula la retribució per la utilització de l'obra, que es fixarà en el clausulat de la concessió. En general, aquesta retribució es concreta en una tarifa que han d'abonar els usuaris, però l'apartat quart preveu que la tarifa sigui abonada per l'Administració “tenint en compte la seva utilització i en la forma que preveu el plec de clàusules

administratives particulars”. L'enunciat article 247, “a fi de garantir la viabilitat econòmica de l'explotació de l'obra [...]”, preveu que les administracions puguin atorgar, d'una banda, “Subvencions al preu, avançaments reintegrables, préstecs participatius, subordinats o d'una altra naturalesa, aprovats per l'òrgan de contractació per ser aportats des de l'inici de l'explotació de l'obra, o en el transcurs d'aquesta quan es prevegi que hagin de ser necessaris per garantir la viabilitat economicofinancera de la concessió. [...]”; i d'una altra, “Ajuts en els casos excepcionals en els quals, per raons d'interès públic, sigui aconsellable la promoció de la utilització de l'obra pública abans que la seva explotació assoleixi el llindar mínim de rendibilitat”. L'atorgament d'aquestes ajudes cal situar-les en tot cas en el context previst per l'article 224.3; això és, que trobin suport en “raons de rendibilitat econòmica o social, o concorrin singulars exigències derivades de la finalitat pública o interès general de l'obra objecte de concessió”, conceptes amplis que caldrà valorar en cada cas.

Aquest repàs de la regulació legal posa de manifest que si bé el principi de risc i ventura és un element constitutiu del contracte de concessió d'obra pública, l'ordenament disposa una variada bateria d'instruments per a moderar, fins a nivells considerables, el risc assumit pel concessionari; mesures que ha d'arbitrar l'Administració amb una configuració legal d'àmplia discrecionalitat, encara que, com és obvi, aquesta concepció no l'eximeix de justificar i motivar les decisions que adopti i amb referència formal de l'adequació a l'interès públic o general.

**V. 2.** L'altre aspecte a examinar particularment és el principi de l'equilibri econòmic dels contractes. L'exposició de motius de la Llei 13/2003 hi al·ludeix expressament. “La tradició del nostre dret positiu [...] ha consagrat, significativament en alguns casos, una interpretació del principi sempre favorable al concessionari, fins aconseguir fins i tot que el risc d'aquest desaparegués a vegades. Perquè la concessió conservi la seva naturalesa, l'equilibri econòmic contractual ha de recompondre -quan s'altera per les causes taxades que la Llei estableix- el marc definit i pactat entre l'Administració i el contractista, referència obligada per determinar els riscos i beneficis del concessionari. L'equilibri s'ha de restablir, tant si s'ha trencat en perjudici com a favor del concessionari, produint uns efectes més enllà del que es considera desitjable o tolerable per a la credibilitat de la institució i per a l'interès públic, sense que per això s'elimini l'interès del concessionari”.

En el marc d'aquesta orientació, l'article 248.1 declara que “El contracte de concessió d'obres públiques ha de mantenir el seu equilibri econòmic en els termes que van ser considerats per a la seva adjudicació, tenint en compte l'interès general i l'interès del concessionari, de conformitat amb el que disposa l'apartat següent”.





El restabliment de l'equilibri contractual, segons aquest precepte, és obligat en tres supòsits: a) quan l'Administració modifiqui les condicions d'explotació de l'obra, bé singularment (*ius variandi*), bé com a resultat de noves decisions generals (*factum principis*); b) en cas de força major; i, c) en els supòsits previstos en el mateix contracte.

La jurisprudència més recent –per exemple, sentències del Tribunal Suprem de 2 d'abril de 2008, 10 de novembre de 2009, en relació amb el contracte d'obra, i 16 de maig de 2011, en relació amb el contracte de concessió d'obra pública– i la doctrina consultiva han admès la preceptivitat del restabliment de l'equilibri quan hi hagi una fallida de l'equilibri com a conseqüència d'un fet extraordinari i imprevisible. L'antic Reglament de serveis de les corporacions locals de 1955, preveia en l'article 127.2 una readaptació de les contraprestacions quan es produïssin circumstàncies sobrevingudes i imprevisibles. En aquest supòsit es podrien subsumir circumstàncies econòmiques excepcionals, anormals i imprevisibles d'ordre general.

En tota concessió s'ha de donar una igualtat entre els avantatges atorgats al concessionari i les obligacions que se li imposen, una honesta equivalència entre allò que s'ha concedit i allò que se li demana –per dir-ho amb expressió de l'*Arrêt* de 21 de març de 1910 del Conseil d'État–. Ara bé, aquesta equivalència no només s'ha de donar en el moment de celebrar-se el contracte, sinó al llarg de l'execució. Però no qualsevol alteració comporta la revisió de l'equivalència, ja que l'*alea* comercial ordinària de l'explotació ha de ser assumida pel concessionari, sinó només aquelles que tenen un impacte extraordinari. De fet, el reequilibri de les prestacions no suposa una alteració de les condicions d'explotació, sinó que les adapta a circumstàncies fàctiques o jurídiques no previstes. En definitiva, en la disjuntiva entre manteniment de l'equilibri inicial i reequilibri per circumstàncies sobrevingudes extraordinàries, s'ha de mesurar la decisió, però sense veure en la tècnica del reequilibri un remei excepcional d'aplicació restrictiva.

El darrer apartat de l'article 248 fa una regulació oberta de les mesures a adoptar pel restabliment de l'equilibri ("les mesures que en cada cas siguin procedents") i n'esmenta, a títol exemplificatiu, algunes, com la modificació de tarifes d'utilització de l'obra, l'ampliació o la reducció del termini concessional, "i, en general, en qualsevol modificació de les clàusules de contingut econòmic incloses al contracte".

La regulació relativa al restabliment de l'equilibri econòmic contractual és considerablement flexible, a la vista de la previsió dels supòsits en què és procedent i de la determinació de les mesures en què es concreta. Ara bé ha de respectar alguns principis o referències: la concepció estructural inicial de l'equilibri en el moment de l'adjudicació del contracte; la finalització a l'interès general, i el manteniment, en alguna dimensió significativa, del risc del concessionari.

Exposat el marc legal en què s'ha de situar el reequilibri econòmic de les concessions, cal examinar, successivament, si en la proposta consultada es dóna, en primer lloc, una adequació a

l'interès públic o general; en segon lloc, si existeixen les circumstàncies per a procedir al reequilibri del pla econòmic de la concessió, i, finalment, si les mesures considerades troben suport legal suficient i, en tot cas, si respecten la naturalesa del contracte de concessió d'obra pública.

**VI.** El primer tema a considerar és l'elecció de la solució més idònia a l'interès general o públic, que ha de ser la referència per a la decisió de l'Administració. En la documentació, tant la Memòria econòmica i la Memòria justificativa com la Nota de l'Assessoria Jurídica, examinen les alternatives que es poden plantejar; això és, resolució del contracte, rescat de la concessió i reequilibri econòmic.

En la Memòria econòmica s'analitzen succintament els supòsits de resolució i rescat i el de reequilibri econòmic; es desglossen, en cada cas, diversos conceptes, i es conclou que aquest darrer és més beneficiós per als recursos públics, amb una diferència màxima de 22 milions d'euros, a més implica una despesa pública no concentrada i diferida en el temps. Aquest és el plantejament que es reflecteix a la Memòria justificativa, en la qual es posa èmfasi, també, en l'interès públic de la continuïtat de les concessions.

Naturalment, aquest parer només és acceptable si les mesures adoptades són compatibles amb la naturalesa del contracte de concessió d'obra pública, aspecte que s'estudiarà més endavant.

La solució preferida se situa en un context que cal examinar específicament. La clàusula desena, apartat 4, darrer paràgraf, del contracte modificat estableix que "el tancament del finançament definitiu [...] constitueix una de les obligacions de la concessionària derivades de la present modificació, per la qual cosa es reconeix la facultat de l'Administració, en cas d'incompliment d'aquesta obligació, de fer ús de les mesures que el contracte i el TRLCAP com a llei aplicable li atorguen, inclosa la resolució del contracte".

Encara que formalment la concessionària va presentar en temps oportú un projecte de finançament definitiu, aquest no es va poder acreditar. Abans, però, de constatar aquest fet, en el mateix escrit en què es requereix l'acreditació, l'Administració autonòmica s'ofereix com a entitat de finançament, cosa que després es confirmarà amb l'Acord de Govern d'11 de novembre de 2014, en què el Govern, a proposta dels consellers d'Economia i Coneixement i de Territori i Sostenibilitat, autoritza a concedir un crèdit a la concessionària.

D'aquesta manera, la Generalitat, en l'expectativa d'una impossibilitat de tancament del finançament definitiu en el mercat, es constitueix com a subministradora del finançament per al tancament a què al·ludeix la clàusula esmentada.



Cal aclarir que la prescripció contractual sobre mesures, inclosa la resolució del contracte, que la Generalitat pot adoptar, configura només una facultat de l'Administració de la qual pot fer, o no, ús.

De totes maneres, es pot entendre que no s'ha donat l'incompliment, ja que abans de produir-se aquesta circumstància, s'ha produït l'esmentat tancament del finançament definitiu, encara que sigui mitjançant una fórmula atípica o de caràcter inesperat. En tot cas, cal remarcar que el finançament concedit per l'Administració autonòmica és una operació de caràcter prestatari que haurà de ser retornada, amb els interessos corresponents –que, com les altres condicions, estan previstos en l'Acord de Govern– per part de la concessionària. Aquesta circumstància, això és, l'establiment del finançament definitiu, fa que no siguin d'aplicació les previsions de la clàusula onzena del contracte modificat sobre responsabilitat patrimonial de l'Administració en el cas de manca de tancament del finançament definitiu.

Per acabar, hem de recordar allò que abans s'ha indicat en el sentit que, segons la documentació subministrada, la proposta de reequilibri econòmic de la concessió és l'opció més beneficiosa per als interessos públics, enfront de la resolució o rescat d'aquesta.

**VII.** Com hem vist, l'article 248.2 del TRLCAP regula els supòsits en què és procedent el restabliment de l'equilibri econòmic de la concessió.

En el cas que s'examina, el reequilibri no troba fonament ni en el *ius variandi* o el *factum principis*, ni en la força major (lletres a) i b) de l'esmentat article), sinó que s'ha de buscar suport en altres causes: determinacions del mateix contracte i la possible incidència de factors excepcionals d'imprevisibilitat.

En la documentació que consta en l'expedient s'al·ludeix, puntualment, a la previsió del segon incís del darrer paràgraf de la lletra a) de l'apartat quart de la clàusula desena del contracte modificat –“Així mateix, les propostes de finançament hauran d'ésser compatibles amb el manteniment de l'equilibri econòmic de la concessió en els termes del contracte i de la present modificació”– i de la lletra b) – que preveu que “abans del 30 de setembre de 2014 l'Administració concedent autoritzarà el reequilibrament econòmic del contracte realitzant l'ajustament que pertogui del Pla econòmic i financer de la concessió, segons resulti de la present modificació, de les disposicions de la llei i de les previsions del mateix contracte”–.

D'altra banda, la clàusula vuitena, sobre restabliment de l'equilibri econòmic i financer de la concessió, es refereix a la subvenció de capital i a les tarifes per utilització de l'obra.

En la Memòria econòmica s'expliquen les mesures que s'adopten, però, en canvi, no s'explica l'origen dels desajustos que fan necessàries les variacions. Caldria incorporar la informació pertinent per a explicar la necessitat del reequilibri i verificar que les insuficiències no són fruit

d'errors en la proposta presentada en el procediment d'adjudicació, sinó de factors lligats a les prescripcions de les mateixes clàusules contractuals, o de fets excepcionals imprevisibles. La manca de dades pertinents sobre aquesta qüestió afecta la justificació de les solució proposada.

**VIII.** La proposta de reequilibri, o de manteniment de l'equilibri economicofinancer de la concessió, s'articula mitjançant un increment de tarifes d'utilització i un augment de les aportacions anuals de capital per part de l'Administració autonòmica. S'actua sobre dos dels instruments retributius de la concessió ja previstos en el contracte. No s'incideix, en canvi, en la duració, mesura que sovint s'utilitza per a portar a terme el reequilibri d'una concessió, ni en altres paràmetres econòmics.

L'increment de la tarifa previst és del 23 % i l'augment de l'aportació anual de capital de l'Administració és de 1.936.000 euros, si bé es redueix en un 5 % el topall d'ingressos (la retribució per tarifa i les aportacions no poden superar aquests límits).

Les mesures previstes, en si mateixes, s'inscriuen en les previstes en l'article 248.3 del TRLCAP i, sobre la seva raonabilitat econòmica, no pertoca a aquest organisme emetre'n parer, si bé cal advertir que la insuficiència de dades abans indicada pot afectar també la solidesa de l'explicació d'aquesta.

En canvi, s'ha d'examinar si són compatibles amb la naturalesa del contracte concessional, i, en concret, amb el seu element substancial de translació del risc, o de part del risc, en l'explotació al concessionari. Si les mesures previstes suposessin l'eliminació completa del risc per a la concessionària, es produiria una alteració essencial del contracte, de manera que quedaria configurat com un contracte d'obra, en lloc d'un contracte de concessió d'obra pública, i caldria procedir a una nova licitació.

Les variacions proposades, que no impliquen la introducció de formes de retribució o aportació diferents, no eliminen el risc transferit segons les previsions fins ara vigents, però en modulen l'abast o nivell. Ara bé, l'element d'incertesa subsisteix, ja que és un factor aleatori la utilització –el nombre d'usuaris que utilitzen la via– que realment es produeixi, que comportarà el compliment de la previsió d'ingressos per aquest concepte, o bé quedaran per sota. Òbviament, també hi cap un excedent d'ingressos sobre les previsions, com també podia succeir fins ara. Per a moderar-lo, es preveien els topalls, que ara es redueixen, de manera que es limita el possible excedent.

En definitiva, es pot afirmar que aquesta proposta no afecta substancialment l'esquema de distribució del risc d'aquest contracte concessional, que, com reiteradament s'ha advertit, és element imprescindible per a la permanència del negoci concessional.



En darrer terme, s'ha de tornar sobre la configuració del sistema de finançament definitiu del contracte. La presència de l'Administració concedent com a entitat creditícia de la concessionària obliga a una delimitació nítida d'aquesta activitat concreta de l'Administració. Si en aquest punt la relació amb la concessionària s'apartés de la pròpia d'atorgant i beneficiari d'un crèdit o préstec, s'afectaria el mateix contracte de concessió i, en eliminar la translació del risc, es convertiria en un contracte d'obra amb les conseqüències abans indicades.

## CONCLUSIÓ

Aquesta Comissió Jurídica Assessora dictamina, en els termes que es contenen en els fonaments jurídics d'aquest Dictamen, en relació amb la consulta sobre el reequilibri econòmic del contracte de concessió per a la redacció del Projecte constructiu, la construcció i l'explotació del tram de la via preferent C-17 (entre Centelles i Ripoll).