

II. EXTRANJERO

EL EUROTUNEL. LA PROVISIÓN Y FINANCIACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS PÚBLICAS EN RÉGIMEN DE CONCESIÓN (*)

Por

ALBERTO RUIZ OJEDA

Derecho Administrativo. Universidad de Málaga

SUMARIO: I. UNA BREVE INTRODUCCIÓN: LA FINANCIACIÓN EXTRAPRESUPUESTARIA DE INFRAESTRUCTURAS DE USO GENERAL Y LA PARTICIPACIÓN PRIVADA EN LA PROVISIÓN DE OBRAS PÚBLICAS.—II. EL ENLACE FIJO FRANCO-BRITÁNICO COMO PROYECTO ESTRICTAMENTE PRIVADO Y SU ESTRUCTURA JURÍDICA. LOS ASPECTOS NORMATIVOS Y CONTRACTUALES. 1. *Los prolegómenos de una decisión.* 2. *La concesión como molde operativo del Proyecto.* 3. *El soporte normativo de la concesión: sus principios rectores.* A) El principio «risques et périles»: la total ausencia de apoyo financiero público y de responsabilidad de los Estados concedentes en el buen fin del Proyecto. B) El equilibrio financiero del concesionario y la cuestión de los daños a terceros. C) La consideración restrictiva de la posición de monopolio de los concesionarios y la cuestión de las reglas del libre mercado. 4. *La cuestión de la sustitución de los concesionarios según los instrumentos reguladores.* 5. *La ejecución de las obras del Enlace Fijo. Una referencia especial a los contratos de obra celebrados por los concesionarios para la construcción del Enlace.* A) La intervención de los Principales en el diseño de los proyectos de obra y otros mecanismos de control y coordinación, con especial referencia al «Maitre d'Oeuvre». B) Características básicas de los contratos de obra celebrados entre los concesionarios y las compañías constructoras. Un primer apunte de los insolubles problemas en la ejecución del Proyecto.—III. EL ENTRAMADO INSTITUCIONAL Y ORGANIZATIVO DEL ENLACE FIJO. 1. *La estructura organizativa de los Estados concedentes, de los concesionarios y de las compañías constructoras en el marco general del Proyecto.* A) La Comisión Inter-gubernamental, el Comité de Seguridad y sus competencias. B) Eurotunnel como concesionario único. C) Transmanche Link como esquema aglutinante de las compañías constructoras. 1. *El Tribunal de Arbitraje y sus competencias.*—IV. LA FINANCIACIÓN DEL PROYECTO Y SU INSTRUMENTACIÓN. 1. *La emisión de acciones como instrumento de financiación.* 2. *El préstamo sindicado.* 3. *El papel jugado por otras instituciones en la financiación del Proyecto.*—V. LA FASE DE FUNCIONAMIENTO Y EXPLOTACIÓN DEL ENLACE Y LAS RELACIONES ENTRE EL CONCESIONARIO Y BR/SNCF.—VI. VALORACIÓN GENERAL: LAS LECCIONES QUE PUEDEN APRENDERSE DEL PROYECTO ANALIZADO.

(*) El autor desea expresar su agradecimiento a los Profesores Roger VICKERMAN (Channel Tunnel Research Unit, Universidad de Kent, Canterbury) y Gérard MARCOU (Centre de Recherches Administratives, Politiques et Sociales, Universidad de Lille II) por la colaboración y dedicación de tiempo que tan generosamente le han dispensado. Particularmente estimables han sido las fuentes documentales y bibliográficas, así como los comentarios y valoraciones sobre aspectos de este Proyecto que tienen un carácter reservado o confidencial. Este trabajo no hubiera resultado posible sin esta valiosa ayuda. Los errores y deficiencias de este artículo son exclusivamente imputables al autor.

La *alternatividad* es una nota frecuentemente unida en la realidad del tráfico social a la provisión de bienes *escasos*. Tal cosa significa que, en la gran mayoría de hipótesis posibles, la eficacia en el intercambio de bienes y servicios depende no sólo de cuestiones tecnológicas, sino de juicios de valor que implican decisiones sobre la oportunidad de emplear un concreto instrumento entre los varios posibles. Escasez y *alternatividad* son, pues, notas distintivas de las economías humanas (1).

Las infraestructuras, dotaciones o equipamientos públicos caen de lleno dentro del campo definido por esas dos coordenadas. Este elemento estructural de nuestra organización social es habitualmente considerado como *el conjunto global de capital social que resulta necesario para el correcto funcionamiento de todo el capital directamente productivo* (2). No es raro encontrar, en las aproximaciones al problema de la *alternatividad* de instrumentos para la provisión de infraestructuras brillantes fervorines maniqueos (público-privado, torpeza-eficacia, antirrentabilidad-rentabilidad). La serena contemplación de la realidad se presenta como la mejor terapia contra la indigestión de macroconceptos. Pretendemos aquí mostrar una concreta experiencia y aprender de ella. Esa experiencia se presenta singularísima, rodeada de circunstancias extremas que someten a los instrumentos aplicados a la máxima tensión imaginable. Ello hace del Proyecto de Enlace Fijo entre Francia y Gran Bretaña un experimento sin precedentes en la historia de las infraestructuras, un caso deslumbrante para el observador, magnífico en sus aciertos y en sus errores. No podríamos recoger aquí, ni siquiera resumidamente, todos los aspectos importantes, pero sí estimamos posible dar noticia de su esquema fundamental y de las implicaciones jurídico-financieras más destacables. Nuestra aportación puede resultar ilustrativa, dado que este Proyecto es ampliamente desconocido en nuestro país. Cuando la necesidad impone cambios importantes en los modos de gestión de dotaciones públicas, este tipo de experiencias enseñan muchas cosas a quienes están dispuestos a aprenderlas. El Proyecto del Canal de La Mancha es un ejemplo inigualable de cómo la iniciativa privada es capaz de arruinarse en un Proyecto que ella misma reclamó para sí —tras sesudos y autorizadísimos análisis previos— como largamente rentable, y de cómo la ausencia —igualmente calculada y conscientemente querida— de una participación pública directa consigue perjudicar, desde el principio, un Proyecto clave desde el punto de vista social y político.

(1) Cfr. Milton FRIEDMAN, *Teoría de los precios*, Alianza Editorial, Madrid, 1976, págs. 13 y 14.

(2) BRUINSMA, NIJKAMP y RIETVELD, «Employment impacts of infrastructure investments», en *Infrastructure and Space-Economy. Essays in Honor of Rolf Funck*, Kiel, 1988, pág. 212.

1. UNA BREVE INTRODUCCIÓN: LA FINANCIACIÓN EXTRAPRESUPUESTARIA DE INFRAESTRUCTURAS DE USO GENERAL Y LA PARTICIPACIÓN PRIVADA EN LA PROVISIÓN DE OBRAS PÚBLICAS

La provisión de infraestructuras públicas viene obedeciendo moderadamente a un esquema fijo que llamamos contrato administrativo de obra: la Administración, *dominus operis*, pone el dinero, y el contratista, los materiales y el trabajo. La sencillez estructural y la consolidación práctica del modelo son, *a priori* una garantía de eficacia. En sí mismo, este esquema contractual es ya un modo de colaboración privado-público, universalmente reconocido como tal por la doctrina (3), sobre todo a partir de las celeberrimas aportaciones de HAURIUO (4) en este sentido.

Si careciéramos de memoria histórica y de referencias comparativas internacionales, sería comprensible pensar que no hay otro esquema sensatamente posible. Por fortuna la amnesia no es general. Hubo épocas pasadas en las que el ingenio de nuestros gestores públicos rayó a gran altura, fundamentalmente por la *escasez* de recursos para la atención de necesidades sociales. Satisfecha en gran parte su voracidad recaudatoria, la Administración moderna parece haber perdido esas dotes de imaginación, y con ello ha ido desapareciendo algo tan esencial en los procesos de decisión pública como son los planteamientos *alternativos*. Nuestro sistema de provisión de infraestructuras se halla obsesivamente transido por la idea de que toda implantación de dotaciones ha de ir acompañada de erogaciones de fondos con cargo a los presupuestos públicos, como necesaria consecuencia de la regla positiva del *precio cierto*. El problema

(3) La doctrina ha considerado tradicionalmente a los contratos administrativos de obra y de servicio público como una forma de colaboración de los particulares con la Administración en la gestión de los intereses públicos. Así, pueden consultarse al respecto, sin ánimo de ser exhaustivos, los ya clásicos trabajos de GENY, *La collaboration des particuliers avec l'Administration*, París, 1930, especialmente págs. 242 y ss.; NEGRÍN, *L'intervention des Personnes morales de Droit privé dans l'action administrative*, París, 1971, especialmente págs. 50 y ss. y 61 y ss.; BETTINI, *La partecipazione amministrativa. Modelli italiani di partecipazione del cittadino alla Pubblica Amministrazione*, Milán, 1973, especialmente págs. 117 y ss. En lo que se refiere a la doctrina española, son dignos de mención las aportaciones DE CUEVAS, «*La teoría jurídica del administrado. (Apuntes para su estudio)*», «RDP», n.º 1, 1932, págs. 73 y ss.; Sebastián MARTÍN-RE-TORTILLO, en *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones. Dos estudios*, Sevilla, 1960, especialmente págs. 101 y ss. y 140 y 141; GARCÍA DE ENTERRÍA, *La figura del contrato administrativo*, n.º 41 de esta REVISTA, 1963, págs. 99 y ss.; PARADA VÁZQUEZ, *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, Sevilla, 1963, especialmente págs. 117 y ss.; ARIÑO, *El contenido de la relación contractual. Sus principios informadores*, «DA», n.º 121, 1968, págs. 25 y ss., especialmente pág. 54, y *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Madrid, 1968, especialmente pág. 231; BASSOLS COMA, *Consideraciones sobre los convenios de colaboración de la Administración con los particulares para el fomento de actividades económicas privadas de interés público*, n.º 82 de esta REVISTA, 1987, págs. 61 y ss.; MONEDERO GIL, *Doctrina del contrato del Estado*, Madrid, 1977, especialmente págs. 282 y 283; SÁNCHEZ MORÓN, *El principio de participación en la Constitución española*, n.º 89 de esta REVISTA, 1989, págs. 17 y ss.

(4) Nos referimos a su trabajo *La teoría del riesgo imprevisible y los contratos influidos por instituciones sociales*, «RDP», tomo XIII, 1926, págs. 1 y ss.

aparece cuando no hay fondos públicos o éstos son manifiestamente insuficientes. Y el problema tiene difícil solución cuando la carencia de recursos aplicables está generalizada en todo el entorno económico. No obstante, estas situaciones críticas sirven, sobre todo, para reflexionar y para sacar lecciones, con la única condición, ya indicada, de que se quieran aprender.

La situación que ofrece el mercado de las obras públicas en España evidencia un entendimiento peculiar de la mentada idea de participación o colaboración, plenamente compartido por las diferentes Administraciones públicas. Este sector fundamental de nuestra economía está configurado, en su vertiente empresarial, por un número no elevado de grandes compañías constructoras como primer escalón y de una pléyade de pequeñas y medianas empresas como segundo escalón o nivel (5). Desde el punto de vista de la ejecución y gestión de las obras públicas, nuestro Derecho se ha venido preocupando últimamente por los criterios de *selección* de los contratistas: grandes cautelas, seguridades, fianzas, todo ello dirigido a garantizar la solvencia económico-financiera y técnica del contratista, con la loable y lógica intención de asegurar la elección del colaborador óptimo. Por desgracia, la selección es imposible donde no se puede elegir; o sea, cuando todos ofrecen prácticamente lo mismo y la situación del mercado es la de *competencia controlada*. Nada debe temerse cuando esas grandes empresas son las que ejecutan la obra, al menos en su mayor parte. El ánimo cambia cuando, como realmente ocurre, nuestras empresas constructoras no son constructoras, o lo son cada vez menos, y, en consecuencia, son las empresas del segundo escalón las que ejecutan las obras públicas. Nos referimos a la ejecución por subcontratistas, generalmente innominados y a menudo innominables. Todo el despliegue de medios de control realizado por nuestra normativa se estampa contra una ejecución efectiva de las obras públicas por quien subcontrató con el que subcontrató con el que contrató; esto es, por quien carece de una entidad empresarial proporcionada a la importancia social y económica de lo que lleva entre manos. Es la subcontrata de la subcontrata como ácido contrapunto de la práctica administrativa.

(5) De acuerdo con *Construcción 2000. Estudio Estratégico. Informe Final*, octubre de 1992, realizado por SEOPAN (Asociación de Empresas Constructoras de Ambito Nacional), existen un total de 65.000 empresas en el sector de la construcción. En torno al 90 por 100 de las mismas tienen menos de 10 trabajadores, mientras que las de más de 500 empleados sólo suponen el 0,2 por 100 del número de empresas, pero facturan el 20,3 por 100 del total del sector. Las medianas empresas (entre 10 y 200 trabajadores) representan el 9,8 por 100 del total de empresas del sector. Debe tenerse en cuenta otro dato significativo: las ocho principales empresas españolas de construcción facturan el 16,2 por 100 del sector, lo cual supone un grado de concentración empresarial intermedio en el entorno de la CEE: el Reino Unido presenta un porcentaje —siempre dentro de esta última ratio que estamos considerando— del 43,1 por 100; Francia, el 53,22 por 100; Holanda, el 28,6 por 100; Alemania, el 11 por 100, e Italia, el 9,6 por 100. Para más detalles y gráficos, cfr. págs. 39 y 40. En «Le Moniteur», noviembre de 1991, pueden encontrarse análisis exhaustivos sobre la situación del sector de la construcción en los países comunitarios: es la información más completa y actualizada que conocemos, especialmente en lo que se refiere a estructura empresarial y volumen de gasto público.

A las empresas de este entorno la situación descrita les reporta ventajas nada despreciables. Los presupuestos públicos les permiten una previsión fiable de sus resultados de explotación, lo cual, unido al efecto volumen, compensa con creces la conocida y consentida tardanza del *Gran Patrón* a la hora de pagar. Todo está, por supuesto, calculado y previsto, también a nivel normativo: ahí están los *reformados*, las *revisiones de precios* y las *bajas no temerarias*. La Administración se asegura, por su parte, adhesiones inquebrantables y la necesaria comprensión hacia unos desórdenes solutorios intolerables en otros ámbitos económicos. En este ambiente, la aplicación por la Administración de *esas sanciones draconianas* al contratista de las que hablara HAURIOU (6) no se produce nunca, ni siquiera cuando están plenamente justificadas por una situación de incumplimiento; la razón es evidente: es más caro para la Administración cambiar de contratista, a lo que se añadiría que tal cambio no suele suponer otra cosa que *más de lo mismo*.

Desde la perspectiva de la calidad de las prestaciones hay un conjunto de interesados —los realmente interesados—, que son los *destinatarios* de estas prestaciones públicas, que no comparten siempre ese mismo nivel de satisfacción. Poco importa que la legislación atribuya al contratista la plena responsabilidad de los incumplimientos debidos a los subcontratistas; el hecho duro y crudo es que las obras se eternizan y los costes se disparan. El resultado es, con demasiada frecuencia, el de infraestructuras de mediocre calidad a precios exorbitantes. En tales precios deben incluirse, obviamente, los costes de mantenimiento y de reparación de lo mal hecho posteriores a la *recepción definitiva* de la obra. La realidad actual de nuestras obras públicas es asombrosamente similar a la agriamente descrita y criticada por don Agustín de BETANCOURT a principios del siglo XIX (7): nuestros modos de gestión parecen trascender el tiempo.

Este sistema de provisión de obras públicas, que podríamos denominar *vertical o verticalista*, ha venido presentando en los países de nuestro entorno unos resultados en parte similares a los que conocemos aquí. No obstante, desde hace ya tiempo, se vienen observando cambios muy significativos en el panorama internacional de las infraestructuras orientados hacia el uso de sistemas horizontales de implantación, gestión y

(6) Cfr. *op. cit.*, págs. 4 y 5. Sobre esta cuestión, puede resultar ilustrativo el trabajo de LÓPEZ-FONT MÁRQUEZ, *El término en el contrato administrativo de obra*, n.º 97 de esta REVISTA, 1982, págs. 207 y ss., en el que se pone de manifiesto de qué modo los incumplimientos del contratista en los plazos de ejecución no acarrearán la expulsión del contratista. En cuanto a los aspectos generales del incumplimiento en los contratos administrativos puede consultarse el estudio de SAINZ MORENO, *La «exceptio non adimpleti contractus» en la contratación administrativa*, «REDA» n.º 16, 1978, págs. 13 y ss.

(7) «Si se compara lo gastado con las obras verdaderamente servibles —dice BETANCOURT—, resultará que han importando el doble de lo que hubieran costado si lo hubieran dirigido personas inteligentes, que además de conocer en qué consiste la verdadera economía hubieran sabido sacar todo el partido que presentaban las circunstancias del terreno» (*Noticia del estado actual de los Caminos y Canales de España, causas de sus atrasos y defectos, y medios para remediarlos en adelante, dada al excelentísimo señor don Pedro Cevallos*, Madrid, 1803, pág. 214).

financiación de dotaciones de uso público (8). Quiere decirse con ello que la mera traducción al español de las Directivas comunitarias no supone un cambio significativo en la operatoria real ni en la calidad de sus productos.

(8) Así, en el Reino Unido, además de la experiencia del *Channel Tunnel*, pueden referenciarse otras no menos importantes. En primer lugar el *Dartford River Crossing*, puente construido sobre el río Dartford para unir los condados de Kent y Essex con el fin de paliar la enorme congestión de tráfico de los dos túneles ya existentes; este Proyecto está siendo gestionado y financiado íntegramente con inversiones privadas. También habría que hacer mención del *Second Severn River Crossing*, puente sobre el estuario del río Severn destinado a unir el sur de Gales (la zona industrial y minera de Swansea y Caardif) con Inglaterra, proyecto gestionado en régimen de concesión («franchise») exclusivamente privada. El *London City Airport*, construido sobre la base de una autorización gubernativa, es también un proyecto exclusivamente privado en su implantación, gestión y financiación. La *Jubilee Line Extension* es un caso de proyecto mixto, en el que la prolongación de la *Jubilee Line* del Metro de Londres hacia la zona de nuevo desarrollo urbano de los Docklands está siendo gestionada y financiada conjuntamente por promotores privados, London Underground Ltd como empresa pública y el Gobierno británico. También es interesante, como proyecto combinado, el *Docklands Light Railway-Lewisham Extension*: en este caso se optó por una financiación mixta, aunque mayoritariamente privada, y un modo de gestión en régimen de concesión puramente privada. Por su parte, los aeropuertos británicos incluidos en la BAA (British Airports Authority, entidad que es totalmente privada a partir de 1987) están también gestionados en régimen de concesión y representan unos resultados de explotación saneados y unos beneficios consolidados realmente envidiables.

En Francia se ha optado tradicionalmente por fórmulas mixtas, ya sea a nivel de consorcios como de concesiones o de organizaciones societarias de gestión. Puede decirse que el único caso de privacidad pura y estricta es el metro ligero OrlyVal, que opera en régimen de concesión como enlace ferroviario entre el aeropuerto de Orly y la estación de ferrocarril de Antony. A nivel de carreteras, los sistemas mixtos de concesión se han desarrollado en el caso de COFIROUTE (Autopistas del Oeste), la Autoroute de Port de Cavalaire y la Circunvalación de Lyon-Norte. En transportes colectivos urbanos las experiencias más recientes han adoptado la fórmula de la sociedad de economía mixta: es el caso del Metro de Toulouse, el Metro de Lyon y el Tranvía de Grenoble. Las infraestructuras de transporte ferroviario de media y larga distancia han sido financiados íntegramente con fondos públicos y gestionados por la SNCF. En puertos marítimos se ha buscado, por contra, la participación de inversiones privadas, sobre todo por parte de las principales compañías navieras y armadoras, si bien la gestión es llevada a cabo por entidades públicas institucionales. Los aeropuertos, con la excepción de los de París (Orly y Charles de Gaulle), que dependen directamente de una empresa nacional, se explotan por vía de concesiones a las Cámaras de Comercio e Industria, que suelen contar para sus inversiones de subvenciones públicas. Las sociedades de economía mixta están siendo empleadas también en los proyectos de dotaciones e infraestructuras anejas a los proyectos de remodelación urbana: es el caso de los sistemas generales del Distrito XV de París, en el que las viviendas, locales comerciales y demás edificaciones y dotaciones de uso privado o colectivo (centros de ocio, zonas verdes, grandes superficies comerciales o de uso industrial de calidad) rentabilizan unas infraestructuras y sistemas generales que constituyen equipamientos urbanos de un elevado nivel de calidad. Dentro de este interesantísimo esquema de gestión y financiación podría también incluirse la ampliación y remodelación del puerto de Cavalaire-Sur-Mer; a través de este proyecto se ha revitalizado un área urbana muy degradada y notablemente infrautilizada por la pérdida de importancia del puerto desde el punto de vista del comercio a gran escala, y se ha conseguido el difícil objetivo de integrar plenamente un amplísimo conjunto de dotaciones (comercios, puerto deportivo y pesquero, clubs sociales, tránsito turístico, nuevos accesos al casco antiguo de la ciudad y aparcamientos, principalmente). Este instrumento de gestión, plenamente integrado en los sistemas generales de planeamiento y actuación urbanística y de ordenación territorial, también

No se trata de plantear una enmienda a la totalidad, sino de introducir *usos alternativos* en los mecanismos de gestión, de calibrar, caso por caso, cuál de ellos se presenta como más adecuado. En los sistemas que hemos denominado *horizontales* se produce una implicación casi simultánea de todas las instancias que intervienen en la provisión de infraestructuras dentro de un mismo nivel. Tal cosa supone la articulación de vínculos de interesamiento recíproco y, como consecuencia de ello, la integración plena de decisiones. Dicho de otro modo, frente a la rígida atribución de papeles estáticos en estratos separados (la Administración-

ha sido utilizado en Francia para la implantación y gestión de infraestructuras de menos embergadura, como aparcamientos en zonas urbanas de gran congestión de tráfico (el ejemplo de Lyon es particularmente claro) o centros comerciales, educativos o de esparcimiento (es el caso de Besaçon). Las fórmulas mixtas, consorciales o societarias, de financiación de infraestructuras han sido también empleadas en Francia en los túneles y viaductos transfronterizos, como es el caso de Park d'Archamps y el teleférico de Saleve, en la frontera de Ginebra. Particular importancia puede tener también el Proyecto LASER (*Liaison Automobile Souterraine Expresse Régionale*) de vías subterráneas para tráfico rodado de París, destinado a aliviar los tránsitos de acceso y salida y a solucionar el gravísimo problema que la saturación de vehículos está provocando en la capital francesa y su área de influencia; se trata de un proyecto que aún está en fase de estudio e informe, pero, por la información que disponemos, parece que va a ser gestionado y financiado mediante sociedad de economía mixta.

Alemania está atravesando actualmente por un período interesantísimo en lo que respecta a los modos de gestión de infraestructuras y servicios públicos y se está verificando un importante cambio de mentalidad. Así, por ejemplo, las restricciones presupuestarias impuestas por la reunificación están obligando a introducir la cultura del peaje en las autopistas, con la implantación de modernos sistemas de cobro y control. Mientras se desarrolla legislativamente y se implantan en la práctica administrativa los instrumentos de participación privada, las experiencias en este terreno son puntuales y aisladas, pero ilustrativas del cambio que puede producirse a corto plazo. Como ejemplos podríamos aportar el PARKHAUS BETRIEB GMBH, de Frankfurt am Main, aparcamiento público cubierto en el centro de Frankfurt, regentado por una sociedad mercantil municipal con una importante participación privada. También es destacable el aparcamiento subterráneo Luisenplatz de Weisbaden, íntegramente construido, gestionado y financiado por una empresa privada que obtuvo una subvención estatal-municipal inicial. Otro aparcamiento subterráneo es el *Parkhausgesellschaft de Saarbrücken*, en el que el municipio aportó el suelo a una sociedad privada de inversión y promoción inmobiliaria que, tras construir este gigantesco aparcamiento (más de 1.000 plazas) y un gran centro comercial, los cede en arriendo a una sociedad mercantil municipal participada al 27,5 por 100 por socios privados. En el sector de las estaciones depuradoras se han puesto también en marcha esquemas de participación privada. Es el caso de la depuradora de Krefeld, financiada y gestionada por una sociedad mixta, de la de Bissendorf (en Wedemark, Hannover), íntegramente gestionada y financiada con cargo a inversiones privadas, y la estación depuradora de Hambühren, financiada y explotada por el sistema «*Betriebermodell*» (concesión de obra pública mediante empresa estrictamente privada con ciertas subvenciones públicas). También se ha dado entrada al sector privado en la construcción y remodelación de edificios empleados como sedes de organismos y entes públicos. Como ejemplos tenemos el Tribunal de Primera Instancia de Springe (distrito de Hannover), realizado por una empresa totalmente privada que es la propietaria del edificio, que lo arrienda a dicho Tribunal y a las demás entidades públicas o privadas que deseen hacer uso de cualquiera de las instalaciones; otro caso es el edificio sede del Ayuntamiento de Iserhagen, en Altwarmbuchen (también en el distrito de Hannover), construido y gestionado prácticamente con el mismo esquema que el anterior.

En Italia las experiencias de financiación estrapresupuestaria de infraestructuras públicas se circunscriben a las Autostrade. No obstante, razones de política económica y presupuestaria han obligado a plantear seriamente la posibilidad de desarrollar

pagador, el contratista-constructor, el usuario-utilizador) hay otros modos de gestión en los que a cada parte implicada se le atribuyen funciones que son comunes a las otras, y todo ello está incardinado en un mismo bloque operativo. En los sistemas *horizontales* la Administración paga, gestiona y controla; el constructor construye, financia, gestiona y usa; el beneficiario paga, usa, gestiona y controla. Todo es mucho más complejo, como lo es una eficaz provisión de estos soportes estructurales del desarrollo social y económico.

importantes proyectos en un futuro inmediato. Actualmente las autoridades italianas están trabajando en un plan de gestión mixta con participación privada al 60 por 100 mediante capital-riesgo denominado «Treno-Porti», destinado a administrar el patrimonio de la red ferroviaria italiana mediante la reconversión o reutilización de instalaciones y edificios en desuso o infrautilizados para aplicarlos a fines turísticos, deportivos, comerciales o urbanos. También se está estudiando la posibilidad, en el marco de una nueva legislación sobre recursos hidráulicos, de explotar, mediante sistemas mixtos, las redes de distribución y embalse de agua. Otro caso interesante que está todavía en período de estudio es el Proyecto Enlace Fijo del estrecho de Messina, para el cual se ha creado ya una sociedad pública de gestión con un capital social del 40.000 millones de liras, con la posibilidad de canalizar inversiones privadas mediante futuras ampliaciones de capital. A semejanza de las experiencias alemanas anteriormente descritas, también se han implantado y gestionado aparcamientos urbanos mediante sistemas puramente privados, como en Ancona y Bologna. Es, no obstante, el proyectado desarrollo de la red de alta velocidad la que, *a priori*, ofrece unas posibilidades más amplias. Dicha red comenzaría con las líneas Nápoles-Milán y Turín-Venecia. Aunque todavía no está del todo perfilado ni el sistema gestor ni el plan de financiación, sí se han dado pasos que permiten conocer las características básicas. Se ha constituido ya una sociedad mercantil llamada *Treno di Alta Velocità* (TAV), en la que se encuentran como socios fundadores un importante grupo de empresas e inversores privados y la sociedad pública de Ferrocarriles Italianos (ente Fs). Está previsto que TAV actúe como concesionaria de las líneas de alta velocidad por un plazo de cincuenta años y firme contratos de derecho privado con constructoras para la instalación de dichas líneas. Ferrocarriles Italianos tendrá el derecho exclusivo de uso de las líneas gestionadas por TAV a cambio de un canon y unos derechos complementarios sobre los resultados de explotación. Las tarifas y otros precios pagados por los usuarios y beneficiarios serán negociadas por TAV y Fs. Estaba previsto que los trabajos de construcción de estas líneas de alta velocidad comenzase antes de finales de 1993, cosa que todavía no ha ocurrido. La red italiana de alta velocidad estaría constituida, en su desarrollo final, por seis líneas: Milán-Bolonia, Bolonia-Florenia, Roma-Nápoles, Turín-Milán, Milán-Verona y Verona-Venecia).

En *Estados Unidos* también se están desarrollando interesantes proyectos de financiación extrapresupuestaria, especialmente desde la promulgación de la Intermodal Surface Transportation Act de 1991, que creó el marco normativo general y común a todos los Estados para que, en materia de infraestructuras de transporte, quedaran ampliamente permitidos los mecanismos de participación de capitales privados y de financiación con cargo a los usuarios y beneficiarios. Sin embargo, con anterioridad se había hecho uso de semejantes instrumentos, también en infraestructuras de transporte. Es el caso de los aeropuertos, como los de Dallas/Fort Worth, gestionado por una empresa constituida por esas dos ciudades y financiado por las compañías aéreas y demás compañías que usan y explotan estable o eventualmente las instalaciones del aeropuerto. El nuevo aeropuerto de Denver es otro excelente ejemplo de la aplicación de nuevos modos de gestión; financiado por el Ayuntamiento con cargo a unos bonos exclusivamente asegurados contra los ingresos que genere la explotación del aeropuerto, que será desarrollada en exclusiva por dicho Ayuntamiento sin cesión ni arriendo a compañías aéreas o entidades de gestión, lo cual demuestra cómo las Administraciones públicas pueden acceder directamente al mercado privado de capitales sin perder la gestión directa del servicio o infraestructura financiada. En el ámbito de las autopistas, los sistemas empleados han sido también muy variados y casi diseñados de modo

Estamos hablando de unos instrumentos de participación social en la provisión de infraestructuras, de ayuntamiento de esfuerzos, responsabilidades, recursos y capitales de variado origen, pero aglutinados en torno a un interés común. ¿Qué otra cosa puede ser si no el interés general y de qué otro modo puede satisfacerse mejor?

Los mecanismos de gestión colaborativa de los que hablamos adquieren configuraciones bien diversas, normalmente diseñadas *ad casum*, pero siempre llevan aparejada una participación directa, y no necesariamente exclusiva, de inversiones privadas, una implantación y gestión a cargo de entidades privadas con o sin participación pública y el empleo de técnicas de reasignación de recursos en forma de contraprestaciones pagadas por los *beneficiarios* de la infraestructura. El sistema parece lógico: los interesados intervienen en la satisfacción de sus intereses y todos los que intervienen están interesados en el *buen fin* de lo proyectado. El modelo *verticalista* se basa en la pura inercia del «lo público es gratis». No hay infraestructuras gratis ni obras que vengan del cielo; en el cómo pagar por ellas y en el cómo hacerlas se decide el éxito o el fracaso —este último puede ser especialmente rotundo y definitivo— de un resorte básico de las organizaciones humanas modernas.

Las infraestructuras vienen configuradas en la literatura económica por dos notas fundamentales: como bienes públicos (*publicness*) y como

específico para cada caso. La *Houston Toll Motorway* es el típico ejemplo de una infraestructura de transporte que se preveía claramente antirrentable para los inversores privados, pero que ha terminado constituyendo un auténtico éxito por la calidad en sí de la obra y la eficacia gestora desarrollada por las propias autoridades del Estado de Texas. Por su parte, la *Virginia Toll Motorway* es la primera autopista privada de peaje de los Estados Unidos y es un ejemplo paradigmático de proyecto de autofinanciación sin recursos propios, ya que el constructor-concesionario (la Corporación de Carreteras de Peaje de Virginia) se nutre financieramente de capital-riesgo de origen privado, títulos de deuda libremente negociables (convertibles o no en acciones) y peajes pagados por los usuarios. En las infraestructuras de suministro y tratamiento de aguas se han aplicado en Estados Unidos unas técnicas de financiación extrapresupuestaria, de probada eficiencia, empleando, fundamentalmente, bonos u obligaciones asegurados por ingresos anticipados procedentes de los propios usuarios: el consumo es fácilmente identificable, los costes y los beneficios pueden determinarse con fiabilidad y la naturaleza específica del servicio prestado asegura que se obtenga un «*cash flow*» estable. Ejemplos de esta modalidad de gestión es el Consorcio Municipal de Agua de la ciudad de Nueva York. Técnicas similares son empleadas en las plantas de tratamiento y eliminación de residuos, muchas veces empleados para la producción de energía o productos derivados (papel, metales y vidrios reciclados, fundamentalmente), como es el caso de la planta de Honolulu y la planta de reciclado y producción de energía eléctrica (principalmente dedicada al uso y tratamiento de residuos procedentes del carbón) del Condado de Delaware (Pennsylvania). Este tipo de técnicas de financiación extrapresupuestaria gozan en Estados Unidos de una consolidación adquirida en un plazo realmente breve (a partir de principios de los 80); de hecho se han creado entidades de gestión de masas de recursos pecuniarios —destinadas a la financiación de infraestructuras— captados en el mercado de capitales mediante la emisión de deuda negociable garantizada de modos diversos por cada Estado, Condado o Municipio; así, el Estado de Michigan constituyó en 1986 la *Michigan Municipal Bond Authority* (Agencia de Bonos Municipales), encargada de financiar escuelas públicas (mediante los *Qualified School Bonds*), dotaciones de transporte público (mediante los *Transportation Fund Bonds*), entre otras.

bienes de capital (*capitalness*) (9). Lo primero significa, fundamentalmente, que la responsabilidad global y suprema en su provisión y control corresponde a los poderes públicos, y que se trata de bienes de uso abierto a todos. Lo segundo implica que las infraestructuras necesitan una aplicación, normalmente enorme, de recursos materiales organizados, lo cual provoca un alto nivel de costes y largos períodos de tiempo para la recuperación de las inversiones y la obtención de su rentabilidad económica y social.

En ese panorama histórico e internacional al que venimos aludiendo se observa una rica variedad de experiencias que responden a ese modelo *horizontal*. Resulta difícil localizar rasgos comunes a todas ellas que no sean los que genéricamente se acaban de apuntar, y más difícil todavía resulta equiparar esquemas o, incluso, denominaciones. Todo lo que de uniforme y repetido tiene, desde una perspectiva comparativa, el clásico contrato de obra pública lo tienen de variopinto las modalidades de gestión privada y mixta de infraestructuras de uso general. Sí podría, no obstante, decirse que ese conjunto de experiencias está cambiando la relación de fuerzas que preside la contratación pública tradicional y está introduciendo mejoras importantes en esa dinámica inercial, sobre todo en lo que se refiere a la gestión de grandes proyectos de infraestructura. Ahí están los mecanismos de control y compartición de costes, la diversificación de los medios de pago, la revolución en los instrumentos de financiación, los sistemas de control de calidad y reducción del impacto ambiental, la intervención directa de los beneficiarios en la planificación de infraestructuras... Nadie se ha planteado la abolición del contrato de obra pública, que, en nuestra opinión, debe seguir ocupando el papel de protagonista en la provisión de infraestructuras, pero es evidente la necesidad de mejorarlo, y eso pasa por la articulación de complementos eficaces que ayuden a modificar la *mentalidad* de los factores sociales y económicos (10), sin desprestigiar una reforma legislativa de la configuración interna del modelo mismo. En la experiencia que vamos a analizar aquí se produce una depurada aplicación de mecanismos contractuales,

(9) Cfr., en este sentido, BRUINSMA, NIJKAMP y RIETVELD, *op. cit.*, loc. cit. Esta cuestión es tratada por extenso por LINNEKER en *Road transport infrastructures and regional economic development: the regional economic development effects of the M25 London Orbital Motorway*, Tesis Doctoral, London School of Economics and Political Science, septiembre 1991, con una explicación de los términos «publicidad» y «capitalidad» en págs. 3-4.

(10) A este cambio de mentalidad y de modos operativos, especialmente en el sector empresarial de las obras públicas, apela el Profesor FONTELA en dos interesantes aportaciones: «La financiación de infraestructuras», III Congreso Nacional de Ingeniería, Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, Madrid, 12 de junio de 1991, y «Estrategias de internacionalización en la construcción», *Construcción 2000. Estudio estratégico. Anexo, recopilación de Ponencias*, SEOPAN (Asociación Española de Empresas Constructoras de Ambito Nacional), Madrid, 1992, págs. 333 y ss. También es digna de mención, al representar la opinión oficial del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, la Conferencia de ZARAGOZA RAMEAU en el Instituto de Estudios Superiores de la Empresa, Barcelona, 8 de junio de 1992 (la referencia está tomada de *Expansión*, 9 de junio de 1992, pág. 3).

muchos de ellos ya conocidos y otros no tanto, dirigidos hacia objetivos nuevos y puestos al servicio de un honesto equilibrio en las prestaciones, de la equitativa resolución de desavenencias y de la calidad de los resultados. Impresiona comprobar el esfuerzo realizado por mejorar las técnicas de contratación en el Proyecto de Enlace Fijo franco-británico.

Si había una modalidad de gestión *horizontal* de infraestructuras terminológicamente etiquetada, ésta era la concesión de obra pública. Muchas de las experiencias aludidas responden al esquema concesional, que se presenta, junto con las modalidades consorciales y de organización societaria mixta, como sistema consolidado y dominante. Las Directivas comunitarias sobre contratación administrativa —y su flamante transcripción al castellano que es el proyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas— nos presentan una concesión de obra pública perfectamente engullida por el clásico contrato administrativo de obra, sometida a sus mismas reglas (las remisiones son expresas y puntuales) (11) y dirigido por la *Mano Invisible* de la libre competencia (12). Las diferencias entre concesión y contrato administrativo de obra son, en la normativa comunitaria, puramente accidentales: la forma peculiar que adquiere la *contraprestación* recibida por el concesionario y poco más. Se trata, en definitiva, de lo mismo: de un contrato.

El ejemplo que nos disponemos a exponer dinamita esa regulación normativa de lo obvio. La concesión de obra pública no es simplemente una variante excéntrica del contrato administrativo de obra, sino una estructura configuradora de un modo diferente de provisión, gestión y financiación de obras públicas. Y esta estructura ha sido llevada en el

(11) Así, el artículo 125 del Proyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas («Boletín Oficial de las Cortes Generales» de 26 de octubre de 1992) establece que «Se considera como contrato de concesión de obras públicas aquel en el que (...), la contraprestación a favor del adjudicatario consista en el derecho a explotar la obra o en dicho derecho acompañado del de percibir un precio», y añade que «Este contrato queda sujeto a las normas generales de los contratos de obras».

(12) Las críticas recibidas por la casi ilimitada confianza en la libre competencia mostrada por las autoridades comunitarias en la normativa sobre contratación pública han sido numerosas y, en ocasiones, notablemente incisivas. En este sentido, una de las aportaciones críticas más destacables es la de Andrew COX en *Public Procurement in the European Community. Volume 1: The Single Market Rules and the Enforcement Regime After 1992*, Winteringham, Earlsgate Press, 1992, especialmente págs. 204-223 y en *Implementing 1992 Public Procurement Policy: Public and Private Obstacles to the Creation of the Single European Market*, «Republic Procurement Law Review», n.º 2, 1992, págs. 139 y ss. Básicamente podemos resumir sus argumentos con la referencia al hecho de que la libre competencia en materia de contratación pública no es posible por la configuración misma de este mercado en el conjunto de los países de la CEE y por las reglas mismas impuestas por las Directivas comunitarias. Ello es, en efecto, así por la sencilla razón de que sólo las grandes empresas están en condiciones de licitar en los contratos de gran embergadura que son, precisamente, los sometidos a la disciplina de las Directivas; quiere ello decir que la normativa comunitaria no está pensada para el mercado abarcable por las medianas y pequeñas empresas, que quedan, por tanto, excluidas de un mercado que pretende regirse por el principio de competencia no restringida. Estos aspectos son comentados en este mismo sentido por Fred HARVEY en «EC Purchasing Directives. Problems Facing the Private Sector», en *Implementing and Enforcing the EC Procurement Directives*, Congreso organizado por la Contracts and Procurement Research Unit, Universidad de Birmingham, 22 y 23 de abril de 1993.

Proyecto del Canal de La Mancha a una situación límite; sometida a condiciones extremas, esta institución nos muestra nítidamente sus miserias y grandezas, sus posibilidades y limitaciones. Eso es lo que nos permite empezar a saber cuáles son las condiciones en las que su utilización puede resultar provechosa y conveniente. También lo *alternativo* debe ser *alternativamente* analizado.

II. EL ENLACE FIJO FRANCO-BRITÁNICO COMO PROYECTO ESTRUCTIVAMENTE PRIVADO Y SU ESTRUCTURA JURÍDICA. LOS ASPECTOS NORMATIVOS Y CONTRACTUALES

1. *Los prolegómenos de una decisión*

Sin necesidad de entrar a fondo en la consideración de aspectos generales y previos, es imprescindible entender que la realización de este Proyecto responde a una decisión fundamental de los poderes públicos adoptada a instancias de un importante sector económico y empresarial. Pueden achacarse al Proyecto y a su ulterior desarrollo numerosos defectos, salvo el de no haberse llevado dicha decisión hasta sus consecuencias últimas con una coherencia extrañamente frecuente. Aquí reside, en gran parte, el enorme interés de esta experiencia, en la directa correlación entre lo concebido y lo ejecutado; no hay pasos atrás ni contravenciones de principios, ni siquiera para corregir errores.

La larga historia de este Proyecto ha sido resumida como la historia de una *pasión franco-británica* (13), con avances y retrocesos, recelos y acuerdos no siempre definitivos (14). Fue necesario esperar al término de la segunda guerra mundial y al inicio del proceso de unidad europea para que tuviera lugar la acometida final. El primer paso decisivo resultó ser, curiosamente, un paso en falso. En 1971 la British Channel Tunnel Company Ltd. y la Société Française du Tunnel sous La Manche, S. A., firmaron el

(13) Cfr. SASSO y COHEN-SOLAL, *Le Tunnel sous La Manche: Chronique d'une passion franco-anglaise*, La Manufacture, Lyon, 1987, 294 págs. La literatura sobre la historia del Proyecto es abundante; entre otros, pueden consultarse LEROY, *The Channel Tunnel*, Clifton Books, Londres, 1969, 120 págs.; BONAVIA, *The Channel Tunnel Story*, David and Charles, Newton Abbott, 1987, 173 págs.; COURSIER, *Le Dossier du Tunnel Sous La Manche*, Tallandier, París, 1987, 223 págs.; GALLOIS, *Les grandes étapes du Lien Fixe Transmanche*, Syndicat d'Initiative de Wissant, Wissant 1986, 31 págs.; NAVAILLES, *Le Tunnel sous La Manche: Deux siècles pour sauter la pas, 1802-1987*, Champ Vallon, París, 1987, 276 págs.

(14) Los diferentes proyectos y tentativas del Enlace del Canal de La Mancha han tenido una influencia grande en otros enlaces fijos similares y, especialmente, en el Proyecto de Enlace Fijo hispano-marroquí. Esta influencia es claramente perceptible en los dos diseños que nos son conocidos: el de Pedro de JEVENOIS, recogido en *El túnel submarino del Estrecho de Gibraltar*, Madrid, 1928, 400 págs., con 5 completos anexos de planos y mapas (este ejemplar está disponible en la British Library of Political and Economic Science, London School of Economics and Political Science), así como el de IBÁÑEZ DE ÍBERO, *Un túnel bajo el Estrecho de Gibraltar*, París, 1927, 39 págs., escrito en castellano y en francés.

acuerdo de llevar a cabo las obras, caso de que los gobiernos francés y británico así lo decidiesen, mediante un sistema de financiación privada a capital-riesgo y créditos garantizados con cargo a fondos públicos. A renglón seguido la consultora Coopers & Leybrand Associates emitió un completísimo informe en el que se manifestaba la viabilidad económica del Proyecto en base a un riguroso análisis coste-beneficio (15), al que siguió el *White Paper* (16) sobre el Enlace Fijo en el que se recogían las más variadas aportaciones y sugerencias. En noviembre de 1973 el Primer Ministro británico, Edward Heath, y el Presidente francés, Georges Pompidou, firmaron un Tratado para la construcción del Enlace Fijo. El cambio político verificado en el Reino Unido a raíz de las elecciones generales de 1974 provocó el bloqueo político de la ratificación del Tratado, que fue definitivamente desechada, por acuerdo de los dos Gobiernos, el 1 de enero de 1975. Tras haberse perforado algo más de 300 metros a cada lado del Canal, las obras fueron abandonadas.

Fue en 1978 cuando *British Rail* y la *Société Nationale des Chemins de Fer* retomaron el interés por el Proyecto y decidieron remitir una propuesta de borrador a ambos Gobiernos, en el que se proponía un esquema de túnel ferroviario único con vía de doble sentido (17). A partir de aquí el Ministerio británico de Transportes convocó en 1980 un concurso internacional de ideas, al que concurren un total de nueve propuestas, incluida la de BR/SNCF. Un Grupo de Estudio franco-británico fue encargado de examinar las propuestas y de juzgar sobre la más idónea (18). Tras dos años de deliberaciones, el Grupo decidió que el esquema de enlace ferroviario consistente en dos túneles paralelos, con un tercero de interconexión y servicios, era la elección óptima y se aconsejaba una fórmula de financiación y gestión privada con cierto apoyo, en su caso, de aportaciones o garantías públicas. Ya en noviembre de 1984 la Primera Ministra británica, Margaret Thatcher, y el Presidente francés, François Mitterand, manifestaron en la reunión de Rambouillet su voluntad de hacer posible la construcción del Enlace, con la condición de que no existiese, en modo alguno, apoyo financiero público al Proyecto (19).

(15) COOPERS & LYBRAND ASSOCIATES LTD, *The Channel Tunnel: A United Kingdom Transport Cost-Benefit Study*, Her Majesty's Stationery Office, Londres, 1973, 48 págs.

(16) Nos referimos al documento publicado por el DEPARTMENT OF TRANSPORT bajo el título *The Channel fixed link*, Her Majesty's Stationery Office (Commandment Papers Series, n.º 9735), Londres, 1986, 15 págs.

(17) Sobre esta propuesta pueden encontrarse más detalles en LAMMING, *BR/SNCF Proposal for a Single Channel Tunnel*, «Tunnels and Tunnelin», n.º 12, junio de 1980, págs. 71 y ss.

(18) El informe final de esta Comisión fue publicado por el DEPARTMENT OF TRANSPORT bajo el título *Fixed Channel Link: Report of the UK/French Study Group*, Her Majesty's Stationery Office, Londres, 1982, 103 págs.

(19) Son célebres las palabras atribuidas a Thatcher a la hora de comentar la decisión de dar al Proyecto de Enlace Fijo un carácter estrictamente privado: «Si se trata de una buena inversión, sin duda se obtendrá el capital necesario para la realización del Proyecto; si no es así, no hay ninguna razón para que los contribuyentes tengan que pagar por ello» (la traducción es nuestra). La cita la tomamos de MARCOU, «Public and private sectors in the delivery of public infrastructure: the case of the Channel Tunnel

De conformidad con lo dispuesto en la normativa comunitaria entonces vigente (20), los Gobiernos francés y británico efectuaron la publicación del concurso para la ejecución y explotación del Enlace Fijo, que fue publicada en el «Diario Oficial de las Comunidades» del 7 de septiembre de 1985. Concurrieron un total de cuatro proyectos:

— El denominado *Channel Expressway*, que proponía la construcción de dos túneles submarinos para tráfico rodado, con circulación permanente en cada sentido, y con la posibilidad de construir, de forma simultánea o con posterioridad, sendas vías férreas en cada uno de los dos túneles para soportar un tren de frecuencia horaria en cada sentido.

— El Proyecto *Eurobridge*, solución mixta consistente en un puente de cuatro apoyos para tráfico rodado y un túnel submarino para ferrocarril de circulación restringida.

— El Proyecto *Euroroute*, también de carácter mixto, proponía la construcción de un puente para tráfico rodado con apoyo en dos islas artificiales y de un túnel submarino para circulación ferroviaria.

— El Proyecto *Eurotunnel*, que en lugar de presentar soluciones innovadoras —y más costosas— como los otros licitantes, optó por presentar la solución que se intentó poner en práctica en 1974-1975 y que gozaba, *a priori*, del beneplácito oficial.

Tras los análisis y deliberaciones llevados a cabo por una Comisión Mixta Intergubernamental nombrada al efecto y por sendas Comisiones de los Parlamentos francés y británico (21), se optó por esta última postura y se tomó la decisión de adjudicar la construcción y explotación del enlace a sus licitadores, el consorcio británico Channel Tunnel Group y el francés France Manche.

La decisión fue precedida y acompañada de un número ingente de estudios —oficiales, officiosos y otros promovidos por asociaciones, grupos de interés y expertos del más variado signo y procedencia— en los que se analizaban los condicionantes económicos (22), sociales y políticos, de las

from an international perspective», *Environment and Planning: Government and Policy*, volumen 11, 1993, pág. 6.

(20) Principalmente la Directiva 71/305, complementada por la Declaración de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros en el Consejo de las Comunidades de 26 de julio de 1971 («Diario Oficial» n.º C82, de 16 de agosto), así como la Directiva del Consejo 72/277, de 26 de julio de 1972 («Diario Oficial» n.º L176, de 3 de agosto).

(21) El informe de la Cámara de los Comunes lleva por título *Channel Link. House of Commons Transport Committee*, Her Majesty's Stationery Office, Londres, diciembre de 1985, dos volúmenes.

(22) Los aspectos económico-financieros del Proyecto fueron objeto de una atención especial. Nos resultan especialmente interesantes los siguientes análisis: MILLS, *Government incentive contracts with private enterprise: Some lessons from the Channel Tunnel*, «Journal of the Operational Research Society», n.º 33, 1982, págs. 505 y ss.; JOHNSON, «The Fixex Channel Link: a study of the cost-benefit methodology», Disertación presentada en la MA Conference on Regional Policy, Coventry, Lanchester, 1983; FRANCO-BRITISH CHANNEL LINK FINANCING GROUP, *Finance for a Fixed Channel Link*, vols. I y II (Addendum: Computer evaluations), Londres, mayo de 1984, 239 + 239 págs.; MAYER, *Un exemple de financement de project portat sur un equipement collectif international: la Liaison fixe a travers La Manche*, Universidad de París-Dauphine, 1986, 57 págs.; HOUSE

diferentes opciones planteadas (23). Nunca jamás se ha abierto un debate tan amplio. Ello da idea de cómo este Proyecto tocaba fibras sensibles. Puede hablarse, en sentido estricto, de auténticos «lobbies» pro y anti Enlace Fijo. Sólo por la variedad y calidad de las aportaciones realizadas por la llamada sociedad civil, con lo que eso significa de compromiso colectivo e individual con el interés de todos, el Proyecto de Enlace Fijo merece entrar en la historia de los modos de planificación y gestión de infraestructuras públicas (24). A ello debe unirse el enorme interés suscitado por el Proyecto en las instituciones de la Comunidad Europea (25), discretamente manifestado, pero inequívoca y decisivamente demostrado en la vertiente financiera, como más adelante veremos.

OF COMMONS TRANSPORT COMMITTEE, *Financing of rail services together with the proceedings of the Committee, minutes of evidence and appendices*, Her Majesty's Stationery Office, Londres, 1987, 2 vols., 70 + 351 págs.; TABOUIS, *Eurotunnel: la levee du capital. Une experience unique et prometteuse*, «Annales des Mines» n.º 5, mayo de 1988, págs. 60 y ss.; HESSIG, *Eurotunnel: le financement sur project et l'analyse des revenus*, «Annales des Mines» n.º 5, mayo de 1988, págs. 64 y ss.

(23) Pueden consultarse, a este respecto RAFTERY y SULLIVAN, *Bridge or tunnel for crossing the Channel?*, «Automobilism» n.º 6, 1980, págs. 21 y ss.; EUROPEAN CHANNEL TUNNEL GROUP, *The Channel Tunnel: Synopsis of Technical Report*, Londres, 1980, 16 págs.; BROWN, *The alternatives: tunnel or bridge*, «Surveyor», n.º 155, julio de 1980, págs. 71 y ss.; GAZIER, *Transmanche: les copies des candidates*, «Transports» n.º 309, noviembre de 1985, págs. 552 y ss.; VAN BAERLE, *Tansmanche: port ou tunnel?*, «Transport Public» n.º 833, diciembre de 1985, págs. 24 y ss.; *A bridge? A tunnel? Both? The Channel Link schemes reviewed*, «Metal Construction» n.º 18, febrero de 1986, págs. 80 y ss.

(24) Un excelente exponente de este debate sobre los aspectos socioeconómicos del Proyecto son los siguientes estudios: KENT COUNTY COUNCIL PLANNING DEPARTMENT, *The future Channel Crossing: Issues for discussion by Kent County Council and Region Nord-Pas-de-Calais*, Maidstone, 1982, 10 págs.; GIBB, *The Channel Tunnel. A Political geographical analysis*, Oxford University School of Geography, 1986, 31 págs., y *The transnational frontier region: an anglo-french case study*, Universidad de Oxford, Tesis Doctoral, octubre de 1986; SIMMONS, *The impact of the Channel Tunnel*, «Planner» n.º 73, marzo de 1987, págs. 16 y ss.; JOIGNAUX y THOMAS, *Le Nord-Pas-de-Calais: economie d'une region frontaliere dans le Marche Europeen enlargi*, «Cahiers du Centre ac Recherches Administratives, Politiques et Sociales» n.º 4, febrero de 1988, págs. 99 y ss. Digno de mención es también, a nivel de estudios de impacto ambiental, el informe oficial realizado por «Land Use Consultants», *Channel fixed link. Environmental appraisal of alternative proposals*, Her Majesty's Stationery Office, Londres, 1986, 97 págs.

(25) En este sentido pueden consultarse, entre otros, los siguientes informes, documentos y estudios: GALLIENNE, *Fixed links across the Channel: A preparatory contribution to the Strasbourg Conference of the International Chamber of Commerce, 15 June 1981*, Pell Frischmann and Partners, 1981, 14 págs.; COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *The role of the Community in the development of transport infrastructure*, Bruselas, noviembre de 1979, 32 págs. y 4 anexos; HOUSE OF COMMONS TRANSPORT COMMITTEE, *The European Commission's Green Paper on transport infrastructure: 1st Report, Session 1979-80*, Her Majesty's Stationery Office, Londres, 1980, 67 págs.; COOPER & LIBRAND ASSOCIATED LIMITED y SETEC ECONOMIQUE, *L'evaluation de l'interet communautaire des projets d'infrastructure*, en «Transports» n.º 258, diciembre de 1980, págs. 480 y ss.; CHENARD, *Report on the European Network of trunk communications 1: Draft Resolution presented by the Committee on Regional Problems and Regional Plannig*, publicado por el Consejo de Europa, Estrasburgo, 1981, 2 volúmenes (37 + 33 págs.), y *Report on the European Network of trunk communications 2: Explanatory Memorandum, 16th Session, Strasbourg, 27-29 October 1981*, también publicado por el Consejo de Europa, Estrasburgo, 1981, 199 págs.; KEERSMAERER, *Report on the construction of a Channel Tunnel*, Commission of the European Communities, Working Document

Conviene entender desde el principio, como aspecto decisivo del Proyecto, que su ejecución obedece a la insistente iniciativa de un importantísimo sector empresarial, como son los grandes bancos y compañías constructoras de Francia y el Reino Unido. Fue este «lobby» el que, en todo momento, actuó como auténtico promotor del Proyecto, sobre la base de unos análisis y unas previsiones que demostraban con contundencia su rentabilidad para la inversión privada. Los estudios sobre flujos de pasajeros y mercancías a través del Canal y los supuestos efectos derivados de una fuerte demanda inducida permitían delinear un diseño de futuro exclusivamente gestionado por el sector empresarial privado, sin participación alguna del sector público. Se pedía a las autoridades públicas que se limitaran a levantar las barreras y a otorgar un beneplácito originario: la iniciativa privada, con arreglo a estrictos criterios de mercado, se encargaría del resto.

Los términos de esta amplia propuesta social y empresarial encontraron las condiciones óptimas para fructificar: los antecedentes históricos, la mentalidad política imperante en el Reino Unido, las necesidades surgidas de la estrategia francesa en materia de política de transportes y las prioridades surgidas del proceso de integración europea. Todo contribuyó a que la propuesta prosperase: era el momento adecuado.

La idea de hacer del Proyecto una realización estrictamente privada y, más aún, de excluir cualquier tipo de participación o de responsabilidad financiera pública, fue una exigencia británica planteada como irrenunciable y como condición previa a cualquier paso posterior. A esta exigencia siguió, como no podía ser menos, la contrapartida francesa, que consistió en imponer la preferencia por una solución en la que el ferrocarril de alta velocidad tuviera un papel protagonista, con la clara intención de rentabilizar las enormes inversiones ya efectuadas en el desarrollo del TGV. De la misma manera que Francia se inclinaba por una fórmula de gestión en régimen de economía mixta, con una participación pública variable, el Reino Unido era más partidario de un enlace de tráfico rodado, con un eventual enlace ferroviario, que no exigiera la implantación en suelo británico de líneas de alta velocidad, ya que, a nivel de política general de transporte, la estructura ferroviaria británica se estimaba bien provista con la tecnología convencional y no estaban contempladas, ni siquiera a largo plazo, inversiones en alta veloci-

1-93/81, abril de 1981, 30 págs.; COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *The Community interest in transport infrastructure investments: Practical experience with the evaluation methodology*, Bruselas, 1982, 133 págs.; DOUSSET, *Infrastructures: The motor of the Common European Transport Policy*, «Transport», n.º 279, enero de 1983, págs. 1 y ss.; VANDEWIELE, *Rapport Interimaire au nom de la Commission des Transports sur les possibilités d'un soutien communautaire a la construction d'une liaison fixe traversant La Manche*, Office of Official Publications of the European Communities (European Parliament Document 1-372/83), Luxemburgo, 30 de mayo de 1983, 23 págs.; REES, *The outlook for transport infrastructure development in the EEC: the case for a common policy*, «Economic» n.º 51, marzo-abril de 1984, págs. 95 y ss.; CHURCH, «La dimension europeenne du Tunnel: Quelques remarques», *Cahiers du Centre de Recherches Administratives, Politiques et Sociales*, julio de 1988, págs. 12 y ss.

dad (26). La dinámica negociadora impuso por sí misma la recíproca aceptación de estas exigencias previas, y de ahí surgió la opción por un Proyecto íntegramente privado de Enlace Fijo ferroviario de gran capacidad y con tecnología avanzada. La importancia que esto tiene para entender aspectos decisivos de la ejecución del Proyecto aconsejaban la somera explicación de estos pormenores.

Hay otras razones que interesa tener en cuenta para explicar la adjudicación en favor de *Channel Tunnel Group/France Manche*.

Se trata, principalmente, de la solvencia financiera y técnica que estos consorcios ofrecían a los Gobiernos, en comparación con las incógnitas y recelos suscitados por otros elementos empresariales integrados en los consorcios firmantes de las restantes posturas. La presencia en el consorcio adjudicatario de empresas de la entidad y experiencia de Wimpey Major Projects Ltd., o de Bouyges, S. A., y la probada seriedad y eficacia de los bancos integrados en estos consorcios en operaciones financieras internacionales, otorgaban unas ventajas notables que, a la hora de la decisión final, fueron determinantes (27).

2. La concesión como molde operativo del Proyecto

Dentro de la gama de opciones posibles, la gestión y explotación del Proyecto cuadraba razonablemente con el molde jurídico concesional. La elección resultaba una solución natural, por no decir obligada, una vez que la participación pública quedaba expresa y formalmente excluida. La concesión se presentaba como un cauce institucional conocido, bien configurado conceptualmente y capaz de desarrollar el Proyecto con arreglo a criterios de unidad de gestión y responsabilidad. Aunque no fuera formalmente conocida como tal en el Derecho anglosajón, los instrumentos concesionales fueron ampliamente utilizados en el Reino Unido, por mucho que se piense que se trata de una institución exclusivamente

(26) Sobre estas cuestiones relativas a la política ferroviaria británica pueden consultarse: BRITISH RAILWAYS BOARD, *Cross Channel Rail Link*, Londres, 1981, 12 págs.; EUROPEAN CHANNEL TUNNEL GROUP y BRITISH RAIL, *Channel Tunnel Rail Link*, Londres, 1981, 6 págs.; VICKERS, *Pour un ouvrage de franchissement de La Manche*, «Automobilism» n.º 12, febrero de 1983, págs. 5 y ss.

(27) Para más datos sobre este orden de consideraciones, cfr. DEPARTMENT OF TRANSPORT, *Invitation to Promoter for the development, financing, construction and operation of a Channel Tunnel fixed link between France and the United Kingdom*, Londres, 1985, 64 págs.; se trata de un documento interesantísimo que realiza una evaluación general de las posibles soluciones técnicas y financieras. En opinión de HOLLIDAY, MARCOU y VICKERMAN los Gobiernos francés y británico llegaron a sugerir a las empresas integradas en los diferentes consorcios que concurrieron a la licitación que estudiaran fórmulas para presentar una postura o propuesta conjunta, pero las negociaciones en este sentido no prosperaron (cfr. *The Channel Tunnel. Public policy, regional development and european integration*, Londres, 1991, págs. 8 y 9). Estos mismos autores subrayan el hecho de que la solución finalmente adoptada fue una solución de compromiso que no satisfizo completamente ni a la parte británica ni a la francesa; también estos autores apuntan que la solución propuesta por *Euroroute* era considerada como aceptable por parte francesa, pero al no ofrecer en el aspecto financiero las mismas garantías fue finalmente desechada (cfr. *op. cit.*, loc. cit.).

francesa o continental-europea. Nos estamos refiriendo a la «franchise» (28) (franquicia), directamente conectada, a nivel de Derecho público, con el mecanismo legislativo de las «private Bills».

La fórmula de la concesión permitía, de este modo, configurar un núcleo gestor que sería el único elemento subjetivo con quien los Gobiernos entrarían en relación, sin necesidad de que éstos tuvieran que establecer desde el principio molde organizativo alguno ni participar en su dirección o control, así como la obtención de ingresos de explotación procedentes de los precios y tarifas abonados por los usuarios (29). De este modo, el concesionario construiría el enlace —por sí o en régimen de contrata con compañías constructoras—, lo abriría al público y lo explotaría y, al término de la concesión, el enlace considerado como unidad revertiría a los Estados concedentes. La concesión responde a la perfección a la idea inspiradora del Proyecto del «grant and forget» (otorga y olvida): los Gobiernos adoptaban una decisión cuya ejecución quedaba totalmente al cargo de quienes obtuviesen la concesión. Al mismo tiempo, el régimen de la actividad del concesionario quedaba regulado por un

(28) En este sentido, la franquicia ha sido tradicionalmente empleada en el Derecho mercantil anglosajón: por el contrato de franquicia el Principal se obliga a suministrar a otro comerciante mercancías o servicios de unas determinadas características para que éste, a su vez, los preste, en régimen de exclusividad, en una determinada plaza o ámbito geográfico. La franquicia, aplicada en Gran Bretaña al otorgamiento de posiciones de monopolio en la explotación de bienes de uso general y de «public utilities» (servicios públicos), adquiriría ese carácter regalístico del que hablara VILLAR PALASÍ (cfr. Voz «Concesiones Administrativas», *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, Barcelona, 1975, volumen IV, págs. 684 y ss.), y de ahí surgía la necesidad de otorgar una ley especial, una «private Bill», que legitimara ese régimen de exclusividad. Una comparación entre franquicia y concesión es realizada por MARCOU y VICKERMAN en «Le Tunnel sous La Manche entre États et marchés», *Politiques et Management Public*, Institut de Management Public, volumen 8, n.º 4, diciembre de 1990, pág. 79, así como por TOURNEAU, *Concessions. Franchisage. Les variétés du franchisage et sa validité*, «Jurisclasseur Commercial» n.º 565, 1988, págs. 83 y ss., y HOLLIDAY, «Franchising major investment projects. The case of the Channel Tunnel», en *The Channel Tunnel. Institutional contexts, regional responses and European integration*, Channel Tunnel Research Unit, Canterbury, 1989, págs. 35 y ss.

(29) La doctrina francesa ha definido tradicionalmente la concesión de obra pública como «el contrato por el que una persona física o jurídica —generalmente privada— se obliga con un ente público a construir y explotar una obra pública, adquiriendo aquél el derecho de obtener ingresos de los usuarios de la obra» (DUFAY, *Le Droit des travaux publics*, París, 1988, volumen I, pág. 105, la traducción es nuestra). En el ámbito de las actividades de servicio público, BETTINGER define la concesión como aquel «procedimiento contractual por el que un ente público, llamado autoridad concedente, encarga a otro ente público o a un sujeto privado la explotación, por un cierto tiempo, de un servicio público o de ejecutar una misión de servicio público en cooperación con ella y bajo su control, otorgándole una asistencia financiera pública como complemento a la remuneración imperfecta que el concesionario percibe de los usuarios» (*La concession de service public et de travaux publics*, París, 1978, págs. 204 y 205). Un tratamiento completo de la figura de la concesión en el Derecho administrativo francés puede encontrarse en RIEU, *La nature juridique de la concession de travaux Public*, Tesis Doctoral, París, 1923, especialmente capítulo II (págs. 77 y ss.); CATHELINÉAU, «Diversité et particularisme des concession de travaux publics», *CJEG*, 1968, págs. 27 y ss.; LAUBADERE, DELVOLVE y MODERNE, *Traité des contrats administratifs*, París, 1983, volumen I (págs. 283 y ss. y 690 y ss.) y II (págs. 239 y ss., 409 y ss., 515 y ss. y 677 y ss.).

marco jurídico estatutario, hecho *ad hoc*, en el que aparecían fundidos tanto elementos normativos como puramente contractuales. La adopción de un molde societario al modo de una «*société du service*» hubiera supuesto la introducción de condicionantes en origen que hubiesen limitado la libertad financiera y organizativa de los gestores de modo incompatible con la idea motriz del Proyecto. Todo quedó, por tanto, fiado a la autonomía del concesionario, tanto para bien como para mal, de manera que ese marco normativo-contractual era la *lex communis* de los sujetos implicados en el Proyecto.

En el Enlace Fijo franco-británico se produce una situación de enorme interés y que, en nuestra opinión, no ha sido suficientemente percibida por quienes tan autorizadamente se han ocupado de él. Nos referimos a la armónica compenetración de instituciones jurídicas de cuño británico con otras de origen europeo. En este aspecto que estamos analizando ahora tal conjunción es particularmente clara, sobre todo al constatar en qué medida la posición de monopolio del concesionario (exigencia típica de la concesión *more galicus* (30) es cuidadosamente limitada y controlada con el fin de contener las agresiones al principio general de la libre competencia del mercado (nota característica de la «*franchise*» en el Common Law). Repetimos que este aspecto se nos antoja decisivo y, para ello, basta una simple referencia: los que hemos sido educados en la tradición jurídica de origen francés hemos oído siempre que la concesión implicaba la gestión de la obra o del servicio a *riesgo y ventura* del concesionario. El Enlace Fijo del Canal de La Mancha es el único gran proyecto de infraestructura llevado a cabo en Europa en régimen de concesión en la que no existen eso que nosotros llamamos *técnicas de apoyo financiero* al gestor, que no son sino una ruptura directa del princi-

(30) Recordemos que, respecto a la condición del concesionario como sujeto ejerciente de poderes en régimen de exclusividad, el Dictamen del Consejo de Estado de 14 de noviembre de 1950 (Exp. 6683), decía: «... es, en efecto, característica de la concesión de aprovechamiento de dominio público o concesión demanial; pero lo es tanto de la concesión de gestión de servicios públicos como especie del mismo género. La idea común que trasciende ambas especificaciones está en la cesión al particular de una esfera de actuación originariamente administrativa. Esta esfera puede, desde luego, referirse al orden real, y aquí el orden de lo originariamente administrativo lo da la idea de dominio público, cuya titularidad únicamente y de modo necesario (criterio de la inalienabilidad del dominio público), corresponde a la Administración; o referirse al orden de la actividad y de la gestión, y en este supuesto el concepto de servicio público discrimina, entre toda la gama de actividades posibles, aquellas que son administrativas de modo natural, originario y exclusivo. Por el negocio de la concesión, la Administración transfiere a un particular una esfera de actuación en cualquiera de estos órdenes; lo característico y común es que en todo caso, y por hipótesis, esta transferencia es parcial, y comprende una tasa limitada de facultades y en modo alguno una propiedad plena, pues dominio público y servicio público siguen siendo tales tras la concesión y, por ende, referibles a la Administración, que en algún sentido, por el hecho simple de esta titularidad constante e inderogable, mantiene en la situación facultades de imperio». Resulta también ilustrativa la argumentación desarrollada por CLIQUEENNOIS para explicar la compatibilidad entre la noción de autoridad y la correlativa idea de ejercicio de la «*puissance public*» con la de gestión privada (cfr. *Le lien fixé et l'idée française de service public*, «Cahiers du Centre de Recherques Administratives, Politiques et Sociales», julio de 1988, págs. 47 y ss.

pio de riesgo y ventura. Aunque sólo sea por una vez, viene bien poner en práctica los principios: es el único modo de saber cómo funcionan.

Otro importante aspecto de la experiencia concesional que ahora estudiamos es el de sus implicaciones jurídico-internacionales. Como acertadamente se ha apuntado, la concesión del Proyecto del Canal de La Mancha tiene el carácter de contrato entre Estados soberanos, de ahí que el soporte primero y fundamental de toda su estructura jurídica sea, como vamos a ver, un tratado internacional (31). Esto condiciona todas las referencias que los instrumentos reguladores hacen a los Derechos de los Estados firmantes y a las garantías establecidas para la salvaguarda del régimen internacional de los espacios afectados (32).

Seguidamente analizamos el ropaje normativo y contractual de la concesión del Proyecto del Canal de La Mancha, así como la vertebración del segundo nivel relacional, esto es, del relativo a la ejecución de las obras. Pensamos que es el modo idóneo de entender la peculiarísima lectura del instituto concesional que el *Channel Tunnel* supone.

3. *El soporte normativo de la concesión: sus principios rectores*

El marco regulador del Proyecto de Enlace Fijo queda configurado por el Tratado Franco-Británico, firmado en Canterbury el 12 de febrero de 1986 y ratificado mediante canje de notas de la misma fecha; por el Acuerdo de Concesión, de 14 de marzo del mismo año, suscrito entre los respectivos Gobiernos y los adjudicatarios de la concesión, esto es, The Channel Tunnel Group Limited y France Manche, S. A.; por la normativa nacional promulgada por los Estados firmantes del Tratado para la aplicación de éste y del citado Acuerdo y para la evitación de obstáculos internos que hubiesen podido dificultar el buen fin del Proyecto. En el caso del Reino Unido tuvo lugar la promulgación de la Channel Tunnel Act, de 23 de julio de 1987 y, en Francia, del Décret, de 6 de mayo de 1987. Tanto el Tratado como el Acuerdo de Concesión entraron en vigor el 29 de julio de 1987.

(31) En este sentido, la concesión del Enlace Fijo franco-británico conecta directamente con la tradición iniciada por el Canal de Suez (1854-1856) y el Canal de Panamá (1904), o, más modernamente, con la construcción y explotación de ferrocarriles y centrales eléctricas y redes de suministro en Grecia por parte de empresas francesas (1929, 1932 y 1936). Para más referencias sobre estos antecedentes, cfr. MARCOU, *Public and private...*, cit., págs. 3 y ss. y BONIN, «Rétrospective historique du financement des infrastructures sous influence française», *Rencontres Internationales de l'École des Ponts et Chaussées: «Le financement des grands projets d'infrastructures»*, 9 al 10 de diciembre de 1987, págs. 14 y ss.

(32) Las implicaciones jurídico-internacionales del Proyecto han sido pormenorizadamente analizadas por KISH, *Le Tunnel sous La Manche et le Droit international*, «Cahiers du Centre de Recherches Administratives, Politiques et Sociales», julio de 1988, págs. 5 y ss.; MARCOU, *Les États et le concessionnaires: une vue du coste français*, «Cahiers du Centre de Recherches Administratives, Politiques et Sociales», julio de 1988, págs. 57 y ss.; GUILLAUME, *Le cadre juridique: Le traité et la concession*, «Annales des Mines» n.º 5, mayo de 1988, págs. 15 y ss.; PICKVANCE, «Central Government relations and the Channel Tunnel», *Policy responses to the Channel Tunnel*, Channel Tunnel Research Unit, University of Kent at Canterbury, 1988, págs. 1 y ss.

Los instrumentos reguladores nacionales no tienen para nosotros excesivo interés, sin perjuicio de las referencias puntuales que se hagan más adelante. En el caso de la *Channel Tunnel Act* se buscaba, fundamentalmente, crear un régimen propio para el Proyecto distinto de la *Town and Country Planning Act*, con el fin de eliminar por completo las competencias de las autoridades locales y regionales y evitar interferencias (33). En el caso del citado Décret del Gobierno francés, la intención no pasaba de conferir al Proyecto la necesaria declaración de utilidad pública y de urgente necesidad de ocupación a efectos expropiatorios.

En la vertiente británica, la promulgación de una ley especial (de una «*private Bill*») venía, además, constitucionalmente exigida. La razón es sencilla: las técnicas administrativas de gestión que implican el ejercicio de funciones públicas de modo estable por parte de sujetos privados y la correlativa restricción de la libertad de empresa requieren una autorización previa y expresa del Parlamento, que se hace efectiva a través de una Ley promovida por los propios interesados y tramitada mediante un procedimiento parlamentario especial. Es la institución de las «*private Bills*», en oposición a las Leyes de régimen general o «*public Bills*» (34).

(33) Tal cosa resultaba imprescindible debido a la oposición suscitada por el Proyecto en un amplio sector de la población de Kent, fundamentalmente por motivos de impacto estético y ambiental. De no haberse introducido una normativa especial para el Channel Tunnel que eludiera las competencias que el Derecho británico otorga a las entidades locales en materia de licencias, autorizaciones y medidas de policía, la construcción y funcionamiento del Enlace Fijo hubiera sido una fuente constante de conflictos. Resultan particularmente interesantes los detalles que nos desvela sobre esta cuestión el proceso parlamentario de elaboración de la *Channel Tunnel Act*, donde se planteó con total crudeza un encendido debate entre los partidarios y los opositores del Proyecto. Tales antecedentes vienen recogidos en los siguientes documentos: HOUSE OF COMMONS SELECT COMMITTEE ON THE CHANNEL TUNNEL BILL, *Special Report from the Select Committee on the Channel Tunnel Bill. Session 1986-87. With appendices and Proceedings of the Committee*, Her Majesty's Stationery Office, 1986, 181 págs.; DEPARTAMENT OF TRANSPORT CHANNEL TUNNEL UNIT, *Channel Tunnel Bill: Government response tho the recommendations in the Special Report of the House of Commons Select Committee on the Channel Tunnel Bill*, Londres, 1987, 21 págs.; HOUSE OF LORDS SELECT COMMITTEE ON THE CHANNEL TUNNEL BILL, *Select Committee on the Channel Tunnel Bill: Special Report*, Her Majesty's Stationery Office, 1987, 20 págs. y 3 apéndices.

(34) En efecto, la diferencia entre las «*private*» y las «*public Bills*» radica en el alcance regulador. Mientras las primeras van dirigidas a conferir unos derechos especiales a una persona o grupo de personas para segregar una actividad del régimen de Derecho común, las segundas tienen un alcance general y común y van dirigidas, precisamente, al establecimiento de reglas de universal aplicación. Las «*private Bills*» son siempre introducidas en el Parlamento por promotores privados, normalmente implicados en la actividad u organización que pretenda obtener ese régimen especial. No obstante, es importante diferenciar las «*private Bills*» de las «*public Bills*» introducidas o promovidas en el Parlamento por un concreto representante o Miembro del mismo en lugar de por el Gobierno o por un grupo parlamentario, pues estas últimas sólo se diferencian de las demás «*public Bills*» por su peculiar procedimiento de tramitación, al darse un caso especial de iniciativa legislativa. Sobre estos pormenores puede consultarse la obra de WADE y BRADLEY, *Constitutional and Administrative Law*, Londres, 1992 (10.ª ed.), págs. 180, 181, 184, 189 y 190. La utilización de las «*private Bills*» en la práctica es muy frecuente y la encontramos aplicada en todos los supuestos de concesión o «*franchise*»; así, por ejemplo, resultan sorprendentes las actuaciones emprendidas por la promotora-constructora privada OLIMPIA & YORK que, con un encomiable dinamismo, ha sacado

No obstante, la *Channel Tunnel Act* ha sido catalogada como una «*hybrid Bill*», esto es, una Ley destinada a dispensar un régimen jurídico especial para un concreto conjunto de actuaciones (la construcción y explotación del Enlace Fijo), pero promovida y presentada en el Parlamento por el Gobierno (35).

Lo que nos parece realmente importante aquí es dar noticia de la estructura reguladora de la concesión del Canal de La Mancha. Para ello vamos a enunciar y explicar lo que entendemos son sus principios rectores.

- A) El principio «risques et périles»: la total ausencia de apoyo financiero público y de responsabilidad de los Estados concedentes en el buen fin del Proyecto

adelante un buen número de «*private Bills*» para desarrollar proyectos de infraestructura de gran envergadura (el ya comentado caso de los Docklands de Londres es, en verdad, paradigmático).

Debe tenerse en cuenta, asimismo, que, a diferencia del Derecho público francés y de la generalidad de los ordenamientos jurídicos europeo-continenciales, la figura de la concesión no era, propiamente hablando, un «modo» de gestión administrativa, pues, como se ha apuntado más arriba, el Common Law no deja en manos de las autoridades públicas la posibilidad de conceder privilegios o de hacer más restringidas las condiciones del libre comercio: para ello siempre se ha exigido esa autorización normativa previa, con verdadero rango de Ley del Parlamento. No obstante el mantenimiento de esta regla general, el criterio ha empezado a cambiar recientemente, en concreto a partir de la *New Roads and Street Works Act* de 1989, promulgada a partir del célebre *Green Paper* del Department of Transport titulado *New Roads by new means* (Commandment Paper 698, Her Majesty's Stationery Office, Londres, mayo de 1988, 194 págs.). En este interesantísimo documento, en el que se recoge el amplio debate social suscitado sobre este tema, se propone la conveniencia de dar entrada, con carácter general, al sector privado en la provisión y financiación de infraestructuras y, concretamente, de autopistas, a semejanza del Proyecto de Enlace Fijo del Canal de La Mancha. A raíz de este informe, la aludida *New Roads and Street Works Act* establece, por primera vez, la posibilidad de que no sea necesaria una propuesta de Ley (una «*private Bill*», en definitiva) para que las obras o servicios públicos sean gestionados por particulares. En este sentido, esta nueva Ley autoriza al Gobierno a otorgar la concesión (el término empleado es «*to franchise*») de determinados ramales de enlace de la autopista perimetral de Londres, M25, y de algunas autopistas —en las que podrá introducirse el peaje— del área de Birmingham. Vemos, por tanto, cómo la experiencia del Channel Tunnel está resultando fructífera y está introduciendo una nueva mentalidad gestora, tanto en las autoridades públicas como en los factores del mercado; la concesión y, en general, los sistemas de explotación privada de infraestructuras son ya concebidos como remedios de ordinaria administración en lugar de meras excepciones.

(35) Cfr. MARCOU y VICKERMAN, *Le Tunnel sous La Manche entre États et Marchés*, «*Politiques et Management Public*», vol. 8, n.º 4, diciembre de 1990, pág. 79. Más referencias a de las «*hybrid Bills*» en SMITH y BAILEY, *The Modern English Legal System*, Londres, 1984, pág. 188. El recurso a esta modalidad intermedia permitía seguir un procedimiento parlamentario más aligerado, pues, en lugar de exigir una tramitación separada ante el Pleno de las dos Cámaras, se podía realizar la tramitación mediante dos «*Select Committees*»: es así como se consiguió tener lista la *Channel Tunnel Act* en un total de catorce meses, mientras que el seguimiento del procedimiento ordinario previsto para las «*public Bills*» podría haber llevado varios años. No obstante, la elección de esta solución exigió previamente la pacificación del Kent County Council mediante la plasmación en la Ley de importantes medidas de protección medioambiental, seguridad e higiene pública. El procedimiento ordinario hubiera sido tortuoso al tener que dar audiencia en las Cámaras a las peticiones de este organismo regional.

La explotación del Enlace Fijo por el concesionario se realiza «*a ses risques et périles*». Este criterio tiene proporciones maximalistas y extremas, hasta tal punto que no sólo se prohíbe el apoyo o garantía financiera pública, sino que, de forma no menos rotunda, se excluye cualquier tipo de responsabilidad de los concedentes en la construcción y explotación de la obra. En efecto, para que quedara claro desde el principio, el artículo 1.1 del Tratado afirma que «El Enlace Fijo del Canal será financiado sin recurso alguno a fondos o garantías gubernamentales, sean éstas de carácter financiero o comercial» (36). Las consecuencias de este apotegma son enormes. Las iremos viendo a lo largo de esta exposición. Detengámonos ahora en su vertebración normativa.

Podríamos resumir el alcance del principio de riesgo y ventura del concesionario, tal y como queda desarrollado en los instrumentos reguladores que analizamos, en los siguientes puntos:

1.º La total ausencia de compensaciones, subvenciones, garantías, avales o fianzas por parte de los Estados concedentes, ni siquiera en los casos de fuerza mayor. La cláusula 2.1 del Acuerdo de Concesión es terminante y clara a este respecto: «los concesionarios tendrán solidariamente el derecho y el deber de llevar a cabo el desarrollo, financiación, construcción y puesta en marcha del Enlace Fijo durante todo el período de duración de la concesión» y deberán hacerlo «a su exclusivo riesgo y ventura, sin recurso a fondos o garantías gubernamentales, de carácter financiero o comercial, sin consideración alguna de las eventualidades que pudieran acaecer». La Channel Tunnel Act establece y regula expresamente la responsabilidad en la que incurrirán las autoridades y entidades públicas británicas que vulneren esta prohibición general de asistencia financiera o comercial, así como el derecho de indemnización que los perjudicados tienen frente a la propia Administración británica por dicha contravención (cfr. Sección 2, apartados 4, 5 y 6). Los concesionarios responden solidaria y mancomunadamente («*joint and several*») frente a los Estados concedentes del cumplimiento de las obligaciones nacidas de la concesión (cfr. cláusula 20 del Acuerdo de Concesión). De conformidad con ello, en todos los contratos que los concesionarios celebren en lo sucesivo para la construcción, financiación o explotación del enlace se deberá hacer constar expresamente la ausencia de tales garantías por parte de los Estados concedentes (cfr. cláusula 5.6).

(36) La traducción es nuestra. En este mismo sentido, cfr. sección 2.1 de la *Channel Tunnel Act*. Siempre que hagamos referencias textuales a preceptos de los instrumentos normativos que estamos comentando seguiremos el texto inglés y las traducciones siempre serán nuestras.

2.º Consecuencia de lo dicho es la total libertad comercial y de política de tarifas y precios de la que gozan los concesionarios en la explotación del Enlace (37), siempre de acuerdo con las previsiones establecidas en el Derecho comunitario europeo y en el de los Estados concedentes (cfr. cláusula 2.1, último párrafo).

3.º El artículo 13.6 del Tratado establece expresamente que los Estados firmantes no tienen obligación alguna de hacerse cargo de la construcción o funcionamiento del Enlace Fijo en los casos de incumplimiento por los concesionarios o por cualquier otra causa que no sea el cumplimiento del término de la concesión, aunque se admite que libremente lo hagan (cfr. artículo 15.3).

4.º Al término de la concesión, así como ante el abandono, renuncia o exclusión del concesionario, se producirá la reversión de todas las instalaciones, bienes, recursos y derechos que formen parte del enlace y resulten necesarios para su ordinario funcionamiento; los Estados concedentes serán titulares de los bienes e instalaciones que radiquen en el ámbito territorial de sus jurisdicciones respectivas, y los derechos y recursos no divisibles se entenderán pertenecientes por mitades indivisas (cfr. artículo 17 del Tratado y cláusula 39.2 del Acuerdo de Concesión). Según la cláusula 39.3, los Estados concedentes podrán exigir a los concesionarios, dentro del plazo de los cinco años inmediatamente anteriores al del vencimiento del término de la concesión, las fianzas que estimen oportunas para garantizar el cumplimiento de la carga de la reversión y el buen estado de las obras e instalaciones objeto de la misma (38).

5.º La extinción de la concesión tiene lugar por las siguientes causas: *a)* por expiración del término de cincuenta y cinco años, a contar desde la fecha de entrada en vigor del Acuerdo de Concesión, es decir, desde el 29 de julio de 1987 (cláusula 3.2); *b)* por insolvencia irreversible de los concesionarios (cláusulas 35 y 24); *c)* por necesidades de defensa o seguridad nacional de cualquiera de los Estados concedentes (cláusula 36 y artículo 15.3 del Tratado); *d)* por situaciones de grave fuerza mayor impeditivos de la continuidad de las actividades en que la concesión

(37) La cláusula 2.3 del Acuerdo de Concesión otorga a los concesionarios el derecho de establecer tarifas, precios, o cualquier otro modo de carga o compensación a los usuarios del Enlace y de sus instalaciones auxiliares durante todo el período de duración de la concesión.

(38) En la cláusula 2.2 se hace una descripción genérica de las obras e instalaciones que deben entenderse incluidas en el Enlace Fijo. Para mayores detalles, el propio Acuerdo de Concesión incluye un plano a escala, principalmente destinado a trazar los límites geográficos de las instalaciones.

consiste, tales como guerras, invasiones o cualesquiera otros conflictos armados, sediciones, actos de terrorismo, sabotajes y otros daños criminales graves, explosiones nucleares y contaminación radioactiva y química, acciones de los elementos naturales, huelgas de excepcional importancia, entre otros (cláusula 24.1); e) por desistimiento de los Estados concedentes (cláusula 38).

De este desglose que hemos hecho del principio de riesgo y ventura siguiendo el articulado de los instrumentos reguladores de la concesión, resultan unas consecuencias de la mayor importancia, que comentaremos más adelante. Preferimos continuar con nuestra aproximación descriptiva y dar cuenta de cómo quedan desarrollados otros importantes principios.

B) El equilibrio financiero del concesionario y la cuestión de los daños a terceros

El Tratado y el Acuerdo de Concesión fijan una serie de previsiones relativas a las compensaciones y responsabilidades inter partes y a las de éstas con terceros sujetos por los daños y perjuicios que se les irroguen. Es una faceta interesante que podríamos resumir de la siguiente forma:

1.º Los Estados concedentes no resultarán responsables de los daños que los concesionarios, sus contratistas, subcontratistas, agentes y operarios causen a terceros, incluidos los usuarios del Enlace o de sus instalaciones anclares o auxiliares (cláusula 21.1). En aquellos casos en que el daño sea consecuencia de una actuación negligente de los Estados, los concesionarios tendrán derecho a que, por vía de repetición, se les reintegren las cantidades abonadas a los perjudicados y sean resarcidos de los demás daños que hubieren sufrido (cláusula 21.2). Los concesionarios deberán cubrir estas responsabilidades mediante los oportunos contratos de seguro (cláusula 22) (39). Obsérvese cómo juega aquí lo que en nuestro entorno jurídico conocemos como el criterio de *cláusula impuesta u orden de obligado cumplimiento* (40): mediante el simple otorgamiento de una acción de repetición de los concesionarios contra los Estados concedentes, de forma tal que la responsabilidad frente a

(39) Este aspecto de la obligación de los concesionarios de cubrir los riesgos vía contratos de seguro está desarrollado en el Anexo III del Acuerdo de Concesión.

(40) Cfr., sobre este particular, los trabajos de GONZÁLEZ NAVARRO, *Responsabilidad de la Administración por daños causados a terceros por el empresario de un servicio público*, «RDAF»; n.º 44-45, 1976, págs. 215 y ss., y BOCANEGRA SIERRA, *La responsabilidad de contratistas y concesionarios de la Administración Pública por daños causados a terceros*, «REDA» n.º 18, 1978, págs. 397 y ss.

terceros corresponde siempre a aquéllos, con arreglo al principio de igualdad de cargas entre los concesionarios (cláusula 19).

2.º Aunque, como más arriba se ha indicado, los hechos extraordinarios constitutivos de fuerza mayor no dan lugar, en ningún caso, al derecho a recibir compensaciones o medidas de apoyo financiero por parte de los concesionarios (cláusulas 25.2 y 35), la consumación de esas eventualidades les exonera de la obligación de continuar con la construcción y explotación del Enlace, sin pago de compensación alguna a los Estados concedentes y sin perjuicio del mantenimiento de las obligaciones y responsabilidades que hayan contraído previamente con terceros (cláusula 24).

3.º La figura que nosotros conocemos como «*factum Principis*» tiene también una regulación peculiar en el Acuerdo de Concesión. La interrupción o cesación de las obras o de la explotación del Enlace por decisión adoptada por los Principales en los casos en que así lo exijan la seguridad o la defensa de cualquiera de los Estados, o por otros motivos justificados, dará lugar siempre a indemnización a favor de los concesionarios (cláusula 25.3 y 36), que, en los supuestos de desistimiento, deberá abarcar tanto el «*damnum emergens*» como el «*lucrum cessans*». Cuando se trate de interrupciones de las obras o del funcionamiento del Enlace Fijo acordadas por los Estados concedentes que no excedan de una hora al día con el límite de doce horas al año, la compensación o indemnización a los concesionarios queda excluida (cláusula 25.4). La responsabilidad de los Principales en el pago de tales compensaciones es solidaria y mancomunada, y será exigible a los mismos con arreglo a lo dispuesto en los respectivos Derechos nacionales (artículo 15.3 del Tratado). Las interrupciones, retrasos y demás incumplimientos no definitivos imputables a los concesionarios podrán ser objeto de las penalidades pecuniarias previstas en la cláusula 26.

- C) La consideración restrictiva de la posición de monopolio de los concesionarios y la cuestión de las reglas del libre mercado

Otro rasgo especialísimo de la configuración normativa de la concesión del Enlace Fijo franco-británico es el del mantenimiento del principio de gestión según mercado. El omnipresente maximalismo de partida del carácter estrictamente privado del Proyecto es aplicado con un rigor inaudito. Resultan especialmente severas las cautelas introducidas por la *Channel Tunnel Act* para impedir la vulneración de la libre competencia y el abuso por parte de los concesionarios de su posición de monopolio: la

parte británica era especialmente sensible en este orden de cuestiones y, lo que no pudo imponer por vía de norma convencional, lo impuso a través de su legislación propia de desarrollo (41).

Ya hemos adelantado que los concesionarios tienen la más plena libertad en la fijación de su política comercial, tanto en la ordenación de los servicios como en los precios, tarifas y demás contraprestaciones debidas por los mismos, de manera tal que se declaran expresamente inaplicables las disposiciones de los Derechos nacionales de los Estados concedentes que restrinjan tal autonomía (cláusula 12.1 y artículo 12 del Tratado). No obstante, los concesionarios tienen la obligación de notificar a los Principales las tarifas y precios de los servicios pagados por los usuarios, así como cualquier modificación de las mismas, con una antelación mínima de quince días a su entrada efectiva en vigor (cláusula 12.4). Esto no es más que la contrapartida de la ausencia de apoyo o participación financiera pública en el Proyecto. Esta misma libertad rige en los contratos celebrados entre los concesionarios y otros sujetos para la construcción y financiación del Enlace Fijo (cláusula 17).

A esto se añade una especificación ciertamente relevante del Acuerdo de Concesión, relativa al régimen fiscal y financiero de los concesionarios. Según la cláusula 30, todas las transferencias de fondos, operaciones financieras, adquisiciones y conversiones de divisas e intercambios de bienes y servicios realizadas con motivo de la construcción y explotación del Enlace Fijo estarán sometidas a las normas generales vigentes en los Estados concedentes y la normativa comunitaria, especialmente en lo que respecta al pago de impuestos y ejercicio de controles por las autoridades competentes. Esto no significa otra cosa que la exclusión desde el principio de un trato fiscal favorable para los concesionarios o del establecimiento de condiciones ventajosas en el mercado mediante la promulgación de una reglamentación nacional específica. Las crueles consecuencias de esta regulación, aunque se adivinan sin dificultad, serán comentadas en su momento.

También debe tenerse en cuenta que la posición de monopolio de los concesionarios en la explotación de una conexión fija a través del Canal de La Mancha está restringida temporalmente, no por el período de duración de la concesión, sino por una segunda circunstancia. La cláusula 34 del Acuerdo de Concesión prevé la construcción de un segundo Enlace Fijo, en este caso para tráfico rodado; para ello los concesionarios deberán proponer a los Principales, desde la fecha de entrada en vigor del Acuerdo de Concesión y hasta el año 2000, un segundo proyecto. Caso de que tal cosa no se produzca o no haya acuerdo entre los concesionarios y los Estados, éstos podrán iniciar, nunca antes del año 2010, un procedimiento de concurrencia abierta para la adjudicación de la concesión del

(41) En concreto, *cfr.* SCHEDULE, 7 de la *Channel Tunnel Act*, en el que se protegen especialmente las leyes y demás disposiciones vigentes en el Reino Unido en materia de libre competencia en transportes, suministros y telecomunicaciones.

segundo, enlace. En este caso, ni este segundo enlace, ni cualquiera otro, podrá entrar en funcionamiento antes del año 2020.

Los concesionarios quedan, no obstante, investidos de la condición de beneficiarios de las expropiaciones forzosas y ocupaciones temporales a las que la construcción y explotación del Proyecto dieran lugar. La cláusula 4 del Acuerdo de Concesión contiene una declaración genérica de utilidad pública, que es posteriormente desarrollada en el Anexo II de dicho Acuerdo, por las secciones 8 y 37 de la Channel Tunnel Act y por el citado Décret del Consejo de Ministros francés.

4. *La cuestión de la sustitución de los concesionarios según los instrumentos reguladores*

Hay una cuestión interesante a la que las normas que comentamos dedican buena parte de su atención: la continuidad del Proyecto cuando se produzca un apartamiento de los concesionarios por cualquier causa, pero principalmente por insolvencia técnica o financiera. Ya hemos comentado que los Estados concedentes no tienen la obligación de continuar por sí la construcción y/o funcionamiento del Enlace Fijo, si bien la posibilidad de que lo hagan queda expresamente admitida. Se trata, obviamente, de un medio de ejercer presión sobre los concesionarios, que nunca podrán reclamar de los Principales una intervención o responsabilidad directa en la actividad concedida. Es curioso comprobar cómo la suerte de los concesionarios desconoce los términos medios: llevar a cabo las tareas encomendadas o abandonar la concesión. No están previstos expresamente en los instrumentos reguladores soluciones intermedias. Es así que la sustitución de los concesionarios y el régimen de continuación del desarrollo del Proyecto ocupan un lugar importante en el régimen jurídico de la concesión.

El problema tiene una vertiente no menos importante, cual es la debida protección de los derechos de los prestamistas de los concesionarios. Es un aspecto que comprenderemos mejor cuando analicemos la estructura financiera del Proyecto, pero que resulta inmediatamente comprensible si se tiene en cuenta el ingente volumen de recursos financieros empeñados en la construcción y operación del Enlace. Resulta imposible para cualquier empresa —y mucho menos para los concesionarios— ofrecer una solvencia suficiente mediante garantías propias frente a semejantes obligaciones. Esto quiere decir que la articulación normativa de soluciones que garantizaran la continuidad de las actividades dadas en concesión y la plena salvaguarda de los derechos de crédito de las entidades financieras implicadas era un requisito *sine qua non* para la captación de capitales en el mercado. De lo contrario, los concesionarios no hubieran encontrado a nadie que estuviese dispuesto a concederles líneas de crédito. En respuesta a esta necesidad, el Acuerdo de Concesión establece la siguiente reglamentación al respecto:

- 1.º La regulación contenida en la cláusula 32.1 tiene

particular interés. En los supuestos de *insolvencia, quiebra o imposibilidad financiera o técnica* (42) de los concesionarios tendrá lugar la sustitución de éstos por otros dos nuevos concesionarios, uno francés y otro británico, controlados por los prestamistas de los concesionarios primitivos, con la sola condición de que acrediten ante los Estados concedentes la suficiente capacidad técnica y financiera para el desarrollo del Proyecto (cláusula 32.1.1). Los concesionarios-sustitutos se subrogarán a todos los efectos en los derechos y obligaciones de los concesionarios sustituidos (cláusula 32.1.3). No obstante, sucede algo curioso con estos concesionarios-sustitutos: la cláusula 32.1.5 establece que cuando, una vez realizada la sustitución, concurra alguna de las causas de insolvencia técnica o financiera (las mismas que dieron lugar a la sustitución de los primitivos concesionarios), los concesionarios-sustitutos podrán abandonar la concesión sin penalidad alguna con la simple notificación a los Principales, aunque con la carga de la reversión de recursos, bienes e instalaciones, en las condiciones generales de la cláusula 39. Caso de que los concesionarios primitivos regularicen su situación financiera con las entidades prestamistas, podrán recuperar la condición de concesionarios, siempre que cuenten con el consentimiento de dichos acreedores y así lo soliciten éstos a los Estados concedentes; en este caso se aplicarán, *mutatis mutandis*, las previsiones establecidas para la primera sustitución (cláusula 32.1.6).

2.º La cláusula 32.2 regula el otorgamiento de una nueva concesión. Tal situación tendrá lugar cuando se produzca una terminación prematura de la concesión originaria por cualquier causa y no se haya producido la sustitución regulada por la cláusula 32.1, o, producida ésta, los concesionarios-sustitutos hayan abandonado la concesión. Los Estados deberán, antes de abrir procedimiento de licitación para la adjudicación de esta nueva o segunda concesión,

(42) Estas circunstancias, que son causa de sustitución de los concesionarios originarios, vienen detalladas en el Anexo IV del Acuerdo de Concesión; en nuestra opinión, todas ellas pueden quedar resumidas en esa expresión de *impotencia financiera o técnica*. La cláusula 37 regula pormenorizadamente la terminación prematura de la concesión por incumplimiento de los concesionarios, en el que se incluye, como ya sabemos, el abandono por insolvencia financiera o técnica. Según el apartado 1 de esta cláusula, cuando se produzca un cese en la actividad o un incumplimiento de cualquier otra obligación esencial por parte de los concesionarios, los Principales requerirán a aquéllos para que, en el plazo de tres meses, prorrogables hasta un máximo de seis, pongan remedio a tal situación de incumplimiento. La práctica de tal requerimiento será notificada a los prestamistas para que adopten las medidas que resulten oportunas. Si no se pone remedio por parte de los concesionarios a la situación antedicha, los Estados concedentes podrán declarar el apartamiento de los concesionarios y entrarán en juego los mecanismos de sustitución que estamos comentando.

ofrecer tal adjudicación directa a los concesionarios-sustitutos, si hubiere habido tales [cláusula 32.2.1.a)]. En todo caso quedarán a salvo los derechos de los prestamistas del concesionario primitivo y, concretamente, en el nuevo Acuerdo de Concesión deberá establecerse que los prestamistas quedan facultados para percibir, en pago de sus créditos, ciertas cantidades procedentes de los resultados de explotación del Enlace por los nuevos concesionarios, sin perjuicio de cualesquiera otros convenios que pudieran concluirse a este respecto [cláusula 32.2.1.b)].

3.º Según la cláusula 32.3, aunque los Estados no tienen obligación alguna de continuar el Proyecto en caso de terminación prematura del mismo, tal solución es posible si así lo acuerdan los Principales y los prestamistas. No obstante, en este supuesto los Principales en modo alguno se subrogan en las obligaciones contraídas por los concesionarios primitivos, sino que deberá procederse a una negociación con los prestamistas para fijar el alcance de las responsabilidades de los Principales en el pago de los créditos. La limitación de la responsabilidad de los Estados queda claramente establecida y, caso de hacerse cargo de la continuación del Proyecto, habrá de producirse una negociación de condiciones con los prestamistas.

5. *La ejecución de las obras del Enlace Fijo. Una referencia especial a los contratos de obra celebrados por los concesionarios para la construcción del Enlace*

La concesión presenta una segunda vertiente relacional. Hemos analizado, básicamente, cómo quedan reguladas las relaciones entre los concesionarios y los Principales o Estados concedentes. Debemos estudiar ahora una faceta que, como no podía ser menos, se presenta realmente ilustrativa y singular en este Proyecto: los contratos celebrados entre los concesionarios y terceros sujetos para la construcción del Enlace, a los que habría que añadir los contratos dirigidos a obtener la necesaria financiación. Por cuestiones sistemáticas hemos preferido dejar el estudio de estos contratos y operaciones de financiación para más adelante y abordar ahora el de los contratos de obra.

En los instrumentos reguladores no existe ninguna prohibición, ni implícita ni explícita, con respecto a una posible construcción del Enlace por los mismos concesionarios. Antes al contrario, parece claro que los citados instrumentos reguladores para nada contemplan las relaciones de los concesionarios con otros terceros que no sean las entidades financieras prestamistas. Ya se ha apuntado que la cláusula 17 declara lacónicamente la libertad de los concesionarios para contratar con terceros la explotación de servicios y utilidades del Enlace, una vez terminada la construcción del mismo.

Todo parece indicar, no obstante, que los concesionarios están considerados más como entidades de gestión que como constructores y que, por tanto, su misión consiste en recabar y coordinar los medios materiales y humanos necesarios para el buen fin del Proyecto. Como veremos más adelante, cuando analicemos los aspectos institucionales de esta concesión, para los Estados concedentes no existen otros sujetos que los concesionarios, los Principales son un *peritus extranei* con respecto a quienes contraten con los concesionarios, sea para la ejecución de las obras o para cualquier otra finalidad. La construcción del Enlace es responsabilidad exclusiva de los concesionarios, con independencia del medio que éstos empleen para ello. Es más, los contratos de obra que los concesionarios puedan celebrar no existen en las previsiones normativas de los instrumentos reguladores, cuyo mutismo al respecto es casi absoluto. La cláusula 8 se limita a indicar que, en los contratos que los concesionarios realicen para la ejecución de las obras, habrán de aplicarse las normas establecidas por las Directivas comunitarias para las concesiones de obra pública.

Pero sucede que el Acuerdo de Concesión sí fija importantes condiciones en lo que afecta a las facultades de los Estados concedentes para fiscalizar la ejecución de las obras del Enlace, aunque con total independencia de quién lleve a cabo la misma.

- A) La intervención de los Principales en el diseño de los proyectos de obra y otros mecanismos de control y referencia al «*Maitre d'Oeuvre*»

La cláusula 10 del Acuerdo de Concesión señala una serie de plazos de ejecución, a contar desde la fecha de entrada en vigor del mismo, que habrán de ser cumplidos por los concesionarios:

- a) Tres años para la realización de los estudios preliminares y trabajos preparatorios.
- b) Siete años para la terminación de las obras de tunelación.
- c) Diez años para la terminación del Enlace, que entrará en fase de funcionamiento, previa inspección y autorización de los Estados concedentes, en las condiciones fijadas por la cláusula 11.

Una característica fundamental del Proyecto que estamos estudiando es la denominada «*design phase*» (fase de diseño), en la cual los Principales (representados, como más adelante veremos, por la Comisión Intergubernamental) tienen una importante función fiscalizadora (cuyo alcance será también analizado más adelante). Esto resulta trascendental. El Anexo I del Acuerdo de Concesión realiza una descripción pormenorizada de los elementos que componen el Enlace Fijo, con referencia a la propia planimetría, que forma parte de dicho Anexo, y con la fijación de especificaciones en lo que se refiere a condiciones y *standards*

básicos de calidad de materiales y de terminación. Esto supone que el Proyecto queda materialmente dividido en unidades de obra, dotadas de autonomía en lo que se refiere a su diseño y ejecución. De aquí se sigue la peculiar estructura de la fase de diseño.

Los concesionarios, de acuerdo con la cláusula 7 del Acuerdo de Concesión, deberán elevar a la Comisión Intergubernamental los anteproyectos («*avant projects*») correspondientes a cada unidad de obra para su aprobación, que se entenderá verificada si, en el plazo de quince días a contar desde la fecha de presentación, la Comisión no notificase objeción o voluntad contraria (apartado 2). Los concesionarios podrán proponer a la Comisión Intergubernamental variaciones en las especificaciones de las unidades de obra; tales propuestas se entenderán también aprobadas si, en el plazo de un mes, la Comisión no manifiesta lo contrario (apartado 1). Insistimos en que los sujetos con quienes los concesionarios hayan contratado la ejecución de las unidades de obra son totalmente desconocidos por los Estados concedentes, también en la fase de diseño.

La figura de la Dirección de Obra («*Maitre d'Oeuvre*») juega también un papel relevante como elemento de coordinación y arbitraje entre los Principales y los concesionarios. La cláusula 6 establece que los concesionarios deberán nombrar, a sus propias expensas, uno o más Directores de obra independientes, que, caso de ser varios, actuarán integrados en una única Dirección de Obra. Los nombramientos de tales Directores se entenderán aprobados por la Comisión Intergubernamental si ésta no manifiesta lo contrario en un plazo de quince días. La tarea de la Dirección de Obra es la de informar sobre los aludidos anteproyectos antes de que sean elevados a la Comisión (cláusula 6.1), mediar, a modo de árbitro, entre ésta y los concesionarios en los casos de disconformidad en el diseño de las unidades de obra (cláusula 7.3) (43) e intervenir en la fase final de terminación de las obras para informar a la Comisión sobre la conformidad con las prescripciones del Acuerdo de Concesión (cláusula 11.1).

Se empieza a percibir aquí la enorme influencia de los modos contractuales británicos. El recurso a esa división de la obra en una diversidad de unidades dotadas de autonomía a efectos de ejecución es característica propia de los «*design and build contracts*», comúnmente empleados en el ámbito anglosajón en construcciones de gran embergadura y obras de ingeniería civil.

También es típicamente británica la configuración que presenta la Dirección de Obra (el «*Independent Project Manager*»), entendida como instancia independiente y profesional, encargada de la interpretación de

(43) De acuerdo con esta cláusula 7.3, las objeciones puestas por la Comisión Intergubernamental a los anteproyectos presentados por los concesionarios deberán ser remitidas a la Dirección de Obra. Si ésta está conforme con las mismas, los concesionarios tienen la inmediata obligación de ejecutar la unidad de obra correspondiente con arreglo a lo dispuesto por la Comisión. Si la Dirección de obra discrepa con las objeciones de la Comisión, deberá buscarse, en el plazo de quince días, una solución amistosa junto con los concesionarios; de no llegarse a un acuerdo, la decisión de la Comisión será ejecutiva.

la voluntad de las partes en la vertiente técnica, garante de la correlación entre la obra contratada y la ejecutada. En este sentido, la tradición anglosajona ha mantenido la figura del arquitecto y del ingeniero como elemento independiente dotado de facultades de interpretación: en la práctica habitual de los contratos de obra se entiende que quien ha realizado el diseño del proyecto de obra es el que está facultado para juzgar sobre la correspondencia entre lo proyectado y lo efectivamente construido. La práctica europeo-continental es, en este sentido, la inversa, sobre todo en los contratos de obra pública, pues la Dirección de Obra es aportada por la Administración contratante.

No obstante, para entender cabalmente la configuración de los contratos de obra celebrados entre los concesionarios y las compañías constructoras es necesario salirse de los instrumentos reguladores.

B) Características básicas de los contratos de obra celebrados entre los concesionarios y las compañías constructoras. Un primer apunte de los insolubles problemas en la ejecución del Proyecto

La cláusula 33 del Acuerdo de Concesión garantiza la confidencialidad de los contratos que celebren los concesionarios para el desarrollo y puesta en marcha del Enlace Fijo, así como de los documentos en que consten o acompañen a los mismos; la Comisión Intergubernamental está obligada a mantener la confidencialidad de la información de la que disponga al respecto. No se ha podido tener acceso, por tanto, a esta documentación, aunque contamos con información suficiente como para conocer con exactitud este aspecto fundamental del Proyecto.

De lo dispuesto por los instrumentos reguladores se desprende que los «*design contracts*» a los que dé lugar esta concesión responden al denominado esquema BOOT: «*Build, Own, Operate, Transfer*»: los concesionarios están obligados a diseñar y construir, poseer y administrar lo construido, explotarlo y, cumplido el término de la concesión, transferirlo como unidad patrimonial y económica a los Estados concedentes (44). Los contratos de obra fueron adjudicados a Transmanche Link, un consorcio de diez grandes compañías constructoras (cinco francesas y cinco británicas), que son las mismas que, junto con cinco grandes bancos (tres franceses y dos británicos), fundaron en su día Eurotunnel, el consorcio adjudicatario de la concesión del Canal. Este dato tiene una trascendental importancia. Aunque este aspecto se podrá entender de forma más completa cuando hayamos analizado la organización institucional del Proyecto, conviene adelantar que la idea originaria era la de comprometer a las compañías constructoras en el buen fin del Proyecto, haciendo que fueran socios fundadores del concesionario. Como constructoras, su principal interés está en obtener beneficios en la realización de las obras, y en cuanto partícipes en el capital del concesionario, su interés fundamental

(44) En este sentido, cfr. MARCOU y VICKERMAN, *Le Tunnel sous la Manche...*, cit., pág. 98.

reside en reducir los costes de construcción y terminar cuando antes las obras para iniciar el período de explotación y comenzar a percibir ingresos.

Con esto se querían evitar enfrentamientos entre el dueño de la obra y los contratistas que hicieran peligrar la realización del Proyecto, al empeñar a ambos en el logro de una finalidad común. Tendremos ocasión de comprobar cómo esta felicísima idea quedó frustrada desde sus mismos orígenes.

Según la información de que disponemos (45), el contrato de obra concluido entre los concesionarios y las compañías constructoras tiene las siguientes características fundamentales:

1.º Es un contrato de «*pièces intégrables*», esto es, de unidades de obra predefinidas de diseño y ejecución autónoma. Esto significa que los concesionarios han trasladado íntegramente a las constructoras la ejecución de las obligaciones que, en lo que a la construcción del Enlace, el Acuerdo de Concesión impone a los concesionarios. Son los contratistas las que dominan la construcción desde la misma fase de diseño (46).

2.º Como contrato de obra del tipo «*design and build*», el contratista queda obligado a diseñar, construir, someter a controles técnicos de calidad y seguridad previos a la recepción y entregar en óptimas condiciones de uso y explotación todas las instalaciones y construcciones fijas y el entero sistema de transporte, tal y como queda definido en la Acuerdo de Concesión (47).

3.º El esquema de condiciones y especificaciones del contrato responde al modelo de la FIDIC (*Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils*) (48), que, a su vez,

(45) Fundamentalmente nos basamos en el trabajo de ESSING y MCDOWALL, «Project management by Transmanche Link Joint Venture», en *The Channel Tunnel*, Société des Ingénieurs et Scientifiques de France/Institution of Civil Engineers, Londres, 1989, págs. 186 y ss., así como en la información proporcionada por Eurotunnel en su informe *Augmentation de capital. Note d'information*, París-Londres, noviembre 1990, especialmente págs. 50 y ss. y 98 y ss., en el que se recogen datos relativos a la evolución de los costes de construcción desde el inicio de las obras. También es importante la información que proporcionan sobre los contratos de obra MARCOU y VICKERMAN en *op. cit.*, loc. cit., y MARCOU en «La gestion du projet», en *Le Tunnel sous La Manche entre États et Marchés*, Presses Universitaires de Lille, 1992, págs. 145 y ss.

(46) En este sentido, cfr. BROWN, «Engineering management and transportation system design», *The Channel Tunnel*, Société des Ingénieurs et Scientifiques de France/Institution of Civil Engineers, Londres, 1989, págs. 79 y ss.

(47) Cfr. MARCOU, «La gestion...», *cit.*, págs. 159 y 160.

(48) Se trata de un organismo no gubernamental, de carácter privado y estrictamente profesional, con sede en Lausanne, constituido con la finalidad de uniformar los criterios técnicos y contractuales en grandes contratos internacionales de ingeniería civil, así como para realizar funciones de mediación y arbitraje en proyectos internacionales de ingeniería.

está fuertemente influenciado por los modelos anglosajones de contratación de obras de ingeniería civil (49).

4.º El sistema de fijación de la remuneración del contratista, así como el correlativo de compartición de costes, está claramente basado en los aludidos modelos anglosajones de contratación (50). Se distinguen en el contrato tres tipos

(49) Nos referimos al *ICE Design and Construct Conditions of Contract. Conditions of Contract and Forms of Tender, Agreement and Bond for Use in Connection with Works of Civil Engineering Construction*, confeccionada y publicada conjuntamente por tres prestigiosas instituciones no gubernamentales: Institution of Civil Engineers, Association of Consulting Engineers y Federation of Civil Engineering Contractors. La última edición es de 1992. En este documento se recogen lo que podríamos denominar las condiciones generales de la contratación de obras de ingeniería civil comúnmente aceptadas, articuladas en un pliego general. Es igualmente importante la función arbitral que estas instituciones realizan a través del llamado Permanent Joint Committee (órgano que tiene atribuida la representación conjunta de las tres instituciones); en este sentido, debe hacerse referencia al «*Arbitration Procedure*», en vigor desde 1983, y al «*Conciliation Procedure*», de 1988. La influencia de estos esquemas operativos en el Proyecto de Enlace Fijo del Canal de La Mancha y, en general, en los proyectos internacionales de ingeniería civil es indiscutible. Para los contratos de obra o de ingeniería civil realizados por el Estado el Department of the Environment británico publica, sobre la base de condiciones generales aprobadas por las citadas organizaciones no gubernamentales, las denominadas «*Standard Forms*» en las que se fijan las *General Conditions of Contract for Building and Civil Engineering* (abreviadamente GC/Works/I). Estas «*Standard Forms*» son revisadas periódicamente para ajustar sus prescripciones a las exigencias del tráfico: las últimas revisiones datan de 1990 y 1991. Un completo comentario a las GC/Works/I (Edition 3) puede encontrarse en POWELL-SMITH, *The Government General Conditions of Contract for Building and Civil Engineering*, BSP Professional Books, Oxford-Londres, 1990, 206 págs.

(50) Las técnicas de control de costes y los mecanismos de incentivación del contratista han experimentado un desarrollo muy importante en el ámbito anglosajón, especialmente en lo que se refiere a los contratos públicos. Aunque no cabe hablar, en sentido estricto, de contratos administrativos o de Derecho público, ha sido en los grandes proyectos de obra y en los suministros de gran envergadura (la mayoría de los cuales son, obviamente, contratados por entes públicos) donde todo ese conjunto de instrumentos han experimentado una mayor depuración.

En este proceso jugaron un papel decisivo las experiencias acumuladas en la contratación pública del ramo de Defensa y Seguridad, en el que se comenzaron a realizar ingentes inversiones a partir de los años 70, tanto en Estados Unidos como en Canadá y el Reino Unido. Se trataba de perfeccionar los resultados de la aplicación de recursos mediante la reducción de los costes de fabricación y suministro. En la medida en que la gran mayoría de los proyectos se llevaron a cabo en régimen de contratación, los mecanismos de control de costes pasaron a formar parte del clausulado de los contratos, y de ahí pasaron a convertirse en condiciones generales de los contratos públicos en materia de Defensa. La bibliografía producida al respecto es abundantísima y constituye un punto de referencia obligado para el análisis del control de costes en contratos de obra y de suministro, sean o no celebrados por entes públicos. Así, pueden consultarse, entre otros, los trabajos de SCHERER, *The theory of contractual incentives for cost reduction*, «*Quarterly Journal of Economics*» n.º 78, 1964, págs. 257 y ss.; BARON, *Incentive contracts and competitive bidding*, «*American Economic Review*» n.º 62, 1972, págs. 384 y ss.; BERHOLD, *A theory of linear profitsharing incentives*, «*Quarterly Journal of Economics*» n.º 85, 1971, págs. 460 y ss.; HOLT, *Competitive bidding for contracts under alternative auction procedures*, «*Journal of Political Economy*» n.º 88, 1980, págs. 433 y ss.; MCALL, *The simple economics of incentive contracting*, «*American Economic Review*» n.º 60, 1970, págs. 837 y ss.; REICHELSTEIN y OSBAND, *Incentives in Government contracts*, «*Journal of Public Economic*» n.º 24, 1981, págs. 257 y ss.;

de trabajos: a) los de coste controlado, denominados «*target works*», en los cuales el contratista obtiene el reembolso de los gastos efectivamente realizados y debidamente justificados, al tiempo que la remuneración queda establecida con arreglo al criterio del precio cierto (en este apartado habría que incluir todos los trabajos e instalaciones subterráneas); b) los trabajos a «*forfait*» o «*lump-sum works*», por los que el contratista percibe un precio fijado en el contrato que no varía en función de los costes efectivos (es el caso de los trabajos de construcción de las terminales y del resto del material fijo); c) los suministros periódicos («*procurement items*») y demás adquisiciones de mercancías, respecto de los cuales el constructor percibe una remuneración a porcentaje fijo sobre el coste de adquisición (se incluye aquí todo el material rodante y los sistemas de

WEITZMAN, *Efficient incentive contracts*, «Quarterly Journal of Economics», n.º 94, 1980, págs. 719 y ss.; MCAFEE y McMILLAN, *Bidding for contracts: a principal-agent analysis*, «Rand Journal of Economics» n.º 17, 1986, págs. 326 y ss. Particularmente importantes son, en este campo, las aportaciones científicas de Preston MCAFEE y John McMILLAN, que vienen recogidas en una obra fundamental a este respecto: *Incentives in Government contracting*, Toronto, 1988.

El control de costes y los incentivos al contratista para la mejora de sus prestaciones es una preocupación que ha estado, no obstante, presente en la contratación anglosajona a partir de la Segunda Guerra Mundial. La filosofía de estas técnicas radica en la idea de estimular al contratista a controlar el incremento de los costes de materiales y mano de obra, haciendo depender su margen de beneficio del éxito conseguido en tal tarea. Es tradicional encontrar en la literatura británica referencias extensas a esta cuestión. El tratamiento que se le venía dando estaba orientado hacia la distinción de diferentes tipos de contratos, sobre todo en la contratación pública, en función del grado de compartición de costes elegido. Según la doctrina dominante, es necesario hablar de tres tipos de contratos:

1.º «*Fixed price contracts*» (contratos de precio fijo), en los que cualquier alza sobrevenida de los costes es soportada íntegramente por el contratista, que no tiene derecho, en ningún caso, a una revisión del precio del contrato. Al no existir compartición alguna de costes el contratista debe esmerarse al máximo en la evitación de sobrecostes, pero, como contrapartida, se corre el riesgo de que las posturas en las licitaciones sean muy altas, pues los licitantes necesitan valorar a la alza sus ofertas en previsión de futuras contingencias, y, por otro lado, el peligro de que el contratista trate de compensar los costes no evitados con una rebaja en las calidades es ciertamente grande. Las características de esta modalidad contractual hacen que sólo sea aplicada a contratos de poca importancia, con poca complicación técnica, con un plazo de ejecución corto y a los que concurren licitantes de conocida solvencia técnica y financiera.

2.º «*Incentive contracts*» (contratos incentivados), en los que establece una compartición de costes entre el Principal y el contratista, compartición que puede ser variable, en función de la unidad de obra de que se trate, o uniforme para todo tipo de materiales y trabajos.

3.º «*Cost-plus contracts*», en los que cualquier variación a la alza de los costes es soportada por el Principal mediante una revisión del precio del contrato. Las ventajas e inconvenientes de esta modalidad juegan en sentido contrario que en la modalidad «*fixed price*»: los precios de las ofertas en las licitaciones son bajos, pero el precio final a pagar puede ser exorbitantemente alto, salvo que el Principal tenga una capacidad de control de la actividad del contratista, lo cual resulta ciertamente oneroso: el contratista no tiene incentivo alguno para ser

señalización) (51). Las estipulaciones que regulan las penalidades al contratista por retrasos e incumplimientos diversos quedan establecidas con arreglo al modelo «*liquidated damages*» (perjuicios liquidados o preestablecidos cuantitativamente en función de reglas fijadas en el propio contrato).

El mismo día en que se firmó el contrato de obra entre los concesionarios y las compañías constructoras, el 13 de agosto de 1986, se firmó entre aquéllos y las compañías SETEC (francesa) y Atkins (británica) el contrato de dirección de obra. Ambas compañías quedaron agrupadas en una unión temporal de empresas para garantizar la unidad de actua-

diligente en el control de los costes porque cualquier alza vendrá soportada íntegramente por el Principal.

Sobre estas modalidades contractuales pueden consultarse, entre otros, los siguientes estudios: MITCHELL, *The contracts of public authorities: a comparative study*, Londres, 1954, 256 págs., y *A general theory of Government contracts*, «*Juridical Review*» n.º 63, 1951, págs. 60 y ss.; TURPIN, *Government contracts a study of methods of contracting*, «*Modern Law Review*», vol. 31, n.º 3, 1968, págs. 241 y ss., y *Government Procurement and contracts*, Harlow, Essex, 1989, págs. 152 y ss.; ARROWSMITH, *Government Procurement and judicial review*, Toronto, 1988, 359 págs., y «*Government contracts and Public Law*», *Legal Studies*, vol. 10, n.º 3, 1990, págs. 231 y ss.

Ha sido recientemente, sobre todo a partir de las aportaciones de los ya citados MCAFEE y McMILLAN, cuando se ha dado un paso decisivo al comersarse a aplicar lo que en técnica econométrica se denomina «*cost share parameter*» (parámetro de compartición de costes). Esto ha permitido superar la tradicional formulación de los ya aludidos tres contratos-tipo para pasar a aplicar las técnicas de incentivación y control de costes por *unidades o elementos de obra*. Quiere decirse con ello que tales instrumentos no se aplican normalmente en bloque, sobre todo en contratos de gran embergadura, notable complejidad técnica y larga duración, sino que se hace un uso discriminado y parcial en función de cada tipo de material o trabajo. Sobre esta idea se ha concebido la «*general linear contract formula*», en la que se incluye como variante el citado «*cost share parameter*», de manera tal que esa fórmula es aplicada a cada unidad o elemento del contrato. Dicha fórmula se enuncia como sigue:

$$T = \alpha C + \beta B + P,$$

siendo siempre $0 < \alpha \leq 1$

donde:

T es el precio final pagado por la unidad, elemento o contrato,

α es el parámetro de compartición de costes,

C es el monto total final del alza de los costes,

β es la proporción del precio ofertado por el contratista en la fase de licitación que ha de ser pagado por el Principal,

B es el precio ofrecido por el licitante adjudicatario,

P es el margen de beneficio industrial que ha de obtener el contratista.

Suele ser igualmente frecuente designar en cada contrato los materiales o trabajos en los que no se aplicará compartición de costes y deberán ser soportados íntegramente por el contratista, sin derecho a revisión de precios. Es lo que se denominan «*prime cost items*» y «*prime cost works*» (materiales y trabajos de coste primario) (cfr. POWELL-SMITH, *op. cit.*, págs. 191 y ss.). Esta aplicación tiene una especial importancia para evitar que los suministradores y subcontratistas del contratista principal manipulen los precios e incitar al contratista a actuar con la máxima diligencia en la adquisición de materiales y en el empleo de la mano de obra.

La incorporación de este esquema operativo a los contratos de obra celebrados por los concesionarios del Enlace Fijo del Canal es evidente, como seguidamente se aprecia.

(51) Cfr. MARCOU, *op. cit.*, pág. 160.

ción (52). Según dicho contrato, las funciones de la Dirección de Obra son, fundamentalmente: *a)* informar los anteproyectos que son sometidos a aprobación de los Estados concedentes; *b)* velar por el adecuado cumplimiento del contrato de obra; *c)* informar a las entidades financieras prestamistas sobre la evolución de los costes y el desarrollo de los trabajos. En este sentido, la dirección de obra queda configurada como verdadero guardián o garante, en el plano estrictamente técnico, del correcto desenvolvimiento del Proyecto (53).

También en aplicación del esquema contractual de la FIDIC el contrato de obra regula el recurso al arbitraje como instrumento de resolución de conflictos. Las partes se comprometen a tramitar toda desavenencia a través del procedimiento arbitral previsto en el contrato. Este procedimiento consta de una doble instancia: la reclamación es elevada en primer lugar a una Comisión de Expertos, integrada por cinco técnicos designados por la Dirección de Obra, cuya decisión será, oídas ambas partes, inmediatamente ejecutiva; caso de que cualquiera de las partes se considere perjudicada por tal decisión, podrá someter su pretensión a un Tribunal Arbitral nombrado según las normas de la Cámara de Comercio Internacional (54).

Se observa, por tanto, una impecable articulación de los mecanismos contractuales. Los problemas que presentan las relaciones entre los concesionarios y los contratistas son de orden estructural. Interesa ponerlos de manifiesto, al menos en lo que se desprende directamente de lo que acabamos de exponer y sin perjuicio de una nueva remisión a un momento posterior de la exposición.

Salta a la vista que todo ese delicado entramado contractual está fundado sobre la más completa incertidumbre. Obligar a los concesionarios a llevar a cabo un «*design and build contract*» para la ejecución de un Proyecto tan complejo es una temeridad incalificable. Y es que el Acuerdo de Concesión no contiene suficientes especificaciones como para establecer un nivel satisfactorio de vinculación para los posteriores contratos de obra. Remitir el diseño de las unidades de obra a la fase de negociación entre los concesionarios y los contratistas es conducir el Proyecto hacia el marasmo. Ahí está el dato: en noviembre de 1990 se habían presentado un total de 201 reclamaciones ante el Comité de Expertos, de las cuales 114 estaban todavía pendientes de resolución. La complejidad del Proyecto es tal que la batalla por la fijación inicial —y no ya sólo por el control— de los costes es una tarea tremendamente ardua, a lo que hay que añadir las variaciones impuestas por las complejas condiciones que rodean la ejecu-

(52) Sobre estos aspectos, cfr. GRIMOND y MIDDLETON, «The role of the Maitre d'Oeuvre», en *The Channel Tunnel*, Société des Ingénieurs et Scientifiques de France/Institution of Civil Engineers, Londres, 1989, pág. 162.

(53) Es, en opinión de MARCOU, una clara manifestación de la influencia anglosajona en este otro aspecto de la ejecución de las obras, en la que las funciones arbitrales y mediadoras están claramente perfiladas.

(54) Cfr. cláusula 67 del contrato de obra, cuya referencia tomamos de GRIMOND y MIDDLETON, *op. cit.*, loc. cit.

ción de las obras (de carácter geológico, climático y económico), así como las rígidas exigencias de la seguridad y protección del medio ambiente impuestas por los instrumentos reguladores. A la luz de estos datos, todo parece abocar a una situación de continuo enfrentamiento entre los concesionarios y las constructoras: aquéllos por mantener la calidad de las obras e instalaciones con una máxima contención de costes, y éstas por rebajar la calidad para que los costes no reduzcan sus márgenes de beneficio. Los concesionarios ocupan, en este contrato de obra, la posición que ordinariamente correspondería a los entes públicos si se hubiera optado por un sistema de contratación directa, pero con la desgraciada diferencia de que la situación de los concesionarios es de extrema debilidad, al quedar por completo a merced de las constructoras, que tienen vía libre para imponer la interpretación de las genéricas especificaciones del Acuerdo de Concesión que más convengan a sus intereses económicos. En unas condiciones tales, no hay técnicas contractuales capaces de procurar una relación pacífica y ordenada. Iremos descubriendo nuevos aspectos de lo que constituye la fisura más sangrante de este Proyecto.

III. EL ENTRAMADO INSTITUCIONAL Y ORGANIZATIVO DEL ENLACE FIJO

Analizada la vertiente normativa y contractual del Proyecto del Canal de La Mancha, nuestro análisis debe dirigirse ahora hacia los aspectos institucionales y orgánicos. Descubriremos aquí unas innovaciones no menos notables y una aplicación original de mecanismos asociativos y de estructura de gestión, todo ello puesto al servicio del complejo sistema de relaciones que ha quedado descrito precedentemente y al que ahora añadiremos nuevos matices. Esta variación de perspectiva resulta imprescindible para ir completando una visión integrada.

1. *La estructura organizativa de los Estados concedentes, de los concesionarios y de las compañías constructoras en el marco general del Proyecto*

A) *La Comisión Intergubernamental, el Comité de Seguridad y sus competencias*

Los Estados concedentes o Principales están representados en el tejido relacional del Enlace Fijo mediante la Comisión Intergubernamental (en lo sucesivo, CI). Se trata de asegurar la unidad de criterio y de actuación en el ejercicio de las competencias que los instrumentos reguladores atribuyen a los Principales. Según el artículo 10.1 del Tratado, la CI quedará constituida para «supervisar, en nombre y representación de los dos Gobiernos, todas las materias concernientes a la construcción y funcionamiento del Enlace Fijo», de forma tal que los Estados firmantes ejercerán, a través de la misma, «todos los derechos y obligaciones que

dimanen de la concesión» (artículo 10.2). Los gastos y expensas de cualquier clase necesarias para el funcionamiento de la CI habrán de ser sufragadas por los concesionarios (artículo 10.9 del Tratado y cláusula 27.8 del Acuerdo de Concesión).

El marco competencial de la CI queda configurado de la siguiente forma:

1.º Unas facultades generales de supervisión que abarcan todos los aspectos del Proyecto (cláusula 27.1 del Acuerdo de Concesión), lo cual incluye la relación vía consulta con los concesionarios (artículo 10.3.a)), la aprobación de las propuestas hechas por el Comité de Seguridad (artículo 10.3.d)).

2.º La adopción de decisiones atribuidas a los Estados por el Tratado y por el Acuerdo de Concesión para la ejecución y desarrollo del Proyecto (artículo 10.3.c)).

3.º La preparación y emisión de disposiciones de carácter general relativas al régimen jurídico del Enlace Fijo, así como su ejecución y efectividad (artículo 10.3.e)).

4.º La remisión de recomendaciones a los Estados y a los concesionarios (artículo 10.3.g)).

La CI tiene una composición paritaria. Sus 16 miembros son designados por mitad por los Estados firmantes, y la presidencia es ejercida de modo alterno, por un período máximo de un año. Dentro de esos 16 miembros habrán de estar integrados dos miembros del Comité de Seguridad (artículo 10.4).

El Comité de Seguridad (en lo sucesivo, CS) está contemplado en el Tratado y en el Acuerdo de Concesión como un órgano de asistencia y asesoramiento de la CI «en todas las materias relativas a la seguridad en la construcción y funcionamiento del Enlace Fijo» (artículo 11.1.a)). Además de las funciones que la CI delegue en el CS, éste participará directamente en la supervisión de los anteproyectos presentados por los concesionarios y en la elaboración de las disposiciones generales aplicables al Enlace Fijo (artículo 11.1.a)) y tendrán plenos poderes de inspección de instalaciones e investigación (artículo 11.8). En caso de emergencia por grave e inminente peligro, el presidente del CS adoptará todas las medidas necesarias para garantizar la seguridad de las personas y de los bienes (artículo 11.3).

Se observa, por tanto, cómo el CS es un órgano subordinado a la CI (cláusula 27.2). También el CS tiene una composición paritaria, con el mismo régimen de alternancia en la presidencia. Sus gastos y expensas son igualmente pagados por los concesionarios (artículo 11.9 y cláusula 27.8).

La CI y el CS están directamente pensados para servir de vehículo a las competencias que directamente corresponden a los Estados en los instrumentos reguladores, esto es, los aspectos de seguridad, defensa y medio ambiente (artículos 5, 6 y 7 del Tratado). No obstante, la restric-

ción de las competencias a tales materias es sólo aparente, pues la dicción empleada por los instrumentos reguladores es tan abierta que, al desarrollarse la ejecución del Proyecto mediante «*design and build contracts*» cuyos anteproyectos han de ser supervisados por la CI y el CS, los poderes de control de los Principales se extienden a todos los aspectos de la concesión. En esta vertiente del Proyecto aparecen claramente definidas lo que son las competencias ordinarias de los poderes públicos en una infraestructura de estas características. Mantenido, a fin de cuentas, esa plenitud competencial, resulta todavía más paradójico que la responsabilidad financiera de los Estados concedentes no esté a la altura de su responsabilidad operativa y capacidades de control. Esto afecta de modo decisivo al equilibrio económico de la concesión o, mejor dicho, de los concesionarios. La ausencia de participación financiera de los Principales en el Proyecto y la indefinición de especificaciones y condiciones de ejecución ha provocado que, tanto la CI como el CS, no paren en mientes a la hora de exigir calidades en la supervisión de los anteproyectos. Poco importa: el alza de los costes y los mismos gastos de funcionamiento de la CI y del CS son de cuenta de los concesionarios.

B) Eurotunnel como concesionario único

Según la cláusula 18 del Acuerdo de Concesión, los concesionarios deberán constituir una única entidad de gestión en la que estén representados proporcionalmente los dos consorcios adjudicatarios de la concesión, de manera tal que esa entidad represente plenamente a los concesionarios en sus relaciones con la CI.

A esta exigencia del Acuerdo ha de añadirse otra de carácter estrictamente financiero: la necesidad de captar recursos mediante la emisión de acciones en el mercado. Como veremos a continuación, las características básicas del Proyecto obligaban a utilizar la suscripción de participaciones sociales como una imprescindible fuente de financiación.

Unidad de acción y unidad de soporte financiero llevaron a los adjudicatarios de la concesión (55) a la constitución de *Eurotunnel*. Tal constitución se llevó a cabo de modo ciertamente original, como original es también la peculiar organización interna de que está dotado. Puede decirse que no hay dos concesionarios, sino un único concesionario.

La creación de Eurotunnel da lugar a una organización única, de carácter binacional, que reposa sobre dos sociedades paralelas o «siamesas»: una de Derecho francés y otra de Derecho británico (56). Eurotunnel constituye lo que, en terminología británica, se denomina una «*umbrella holding company*», una compañía-paraguas, que más que ser, en sentido

(55) Por parte del concesionario francés, France-Manche está integrada por las constructoras *Bouygues*, *Dumez*, *Société Auxiliare d'Enterprises*, *Société Général d'Enterprises* y *Spie Batignolles* y los bancos *Crédit Lyonnais*, *Banque Nationale de Paris* e *Indosuez*; *Channel Tunnel Group*, por su parte, está integrado por las constructoras *Balfour-Beatty*, *Costain*, *Tarmac*, *Taylor Woodrow* y *George Wimpey International* y los bancos *Midland Bank* y *National Westminster Bank*.

(56) Cfr. MARCOU, *La gestion du projet*, cit., pág. 146.

estricto, un único sujeto, es un organigrama o esquema operativo y de toma de decisiones a cuya sombra se cobijan unidades más simples que, en este caso, sí son auténticas compañías con plenitud de personalidad jurídica (57). Esas dos compañías que hemos denominado «siamesas» son Eurotunnel, PLC (58) y *Eurotunnel, S. A.*, ambas constituidas e inscritas —en el Reino Unido y Francia, respectivamente— a finales de 1985, en previsión de la futura constitución del holding-paraguas. El ensamblaje de ambas en un mismo bloque se produce por una doble causa:

1.º Por la existencia de un capital social común y único. Según las previsiones estatutarias de ambas compañías la titularidad de cada acción de la compañía francesa (Eurotunnel, S. A.) implica automáticamente la titularidad de una acción de la compañía británica (Eurotunnel, PLC) y viceversa, de ahí que se hable de identidad de capital social e identidad de socios o partícipes (59).

2.º Por la articulación de una organización y dirección comunes, establecidas por el Acuerdo firmado al efecto el 13 de agosto de 1986, según el cual Eurotunnel estará gestionado por un Consejo de Administración único, con todas las competencias que los estatutos y las leyes nacionales otorgan a Eurotunnel, PLC, y Eurotunnel, S. A., siendo los presidentes de los Consejos de Administración de éstas los Co-Presidentes del Consejo de Administración de Eurotunnel, que tendrá una composición paritaria (60).

El resultado de este peculiar diseño organizativo es ciertamente novedoso. Refleja, en todo caso, con fidelidad la idea originaria del Proyecto de dispensar un soporte unificado de gestión sin diluir su carácter binacional ni la personalidad de las empresas incluidas en ese esquema organizativo. Al mismo tiempo, se otorgaba un protagonismo y una responsabilidad directa en la gestión de la concesión a las constructoras y bancos integrados en los consorcios adjudicatarios de la concesión.

(57) Cfr., en este sentido, HOLLIDAY, MARCOU y VICKERMAN, *The Channel Tunnel. Public policy, regional development and european integration*, Londres, 1991, págs. 16 y 17.

(58) Las siglas PLC («*Public Limited Company*») son reservadas por la legislación británica de sociedades mercantiles a aquellas «*Registered Companies*» (compañías mercantiles de personalidad plenamente separada de las sus socios) en las que se establece estatutariamente la previsión de que sea lanzada al mercado una oferta de suscripción de acciones representativas de su capital social. Las «*Limited Companies*» son usualmente denominadas «*Private Companies*», pues, aunque tienen también una personalidad distinta de la de sus socios y régimen de separación de responsabilidades, no contienen previsiones estatutarias de colocación de participaciones en el mercado, lo que significa que tienen un número de socios más reducido y una estructura organizativa más simplificada. Sobre estas cuestiones, cfr. GOWER, *Principles of Modern Company Law*, Londres, 1992, págs. 12 y 13.

(59) Cfr. MARCOU, *op. cit.*, pág. 147, y MARCOU y VICKERMAN, *Le Tunnel sous La Manche...*, *cit.*, págs. 88 y 89.

(60) Cfr. MARCOU, *op. cit.*, págs. 148, 149 y 150.

C) Transmanche Link como esquema aglutinante de las compañías constructoras

A diferencia del concesionario, las compañías constructoras encartadas en el Proyecto no tienen esa configuración unitaria o, al menos, la tienen en un sentido mucho más restringido. Se trata de algo expresamente decidido desde el principio.

El ya citado acuerdo de 13 de agosto de 1986 establecía que France Manche (el concesionario francés) y Channel Tunnel Group (el británico) constituirían entre sí dos uniones temporales de empresas sin personalidad jurídica, una de ellas sometida al Derecho francés y la otra al Derecho británico. Fue así como surgió Transmanche Construction, como «*société en participation*» de los artículos 1971 y siguientes del Código Civil francés y Translink, como «*partnership*» sujeta a la legislación británica al respecto (61).

A efectos puramente funcionales se habla de Transmanche Link como consorcio en forma de «*joint venture*» (62) encargado de las obras de ejecución del Proyecto que aglutina las compañías constructoras integradas en los adjudicatarios de la concesión (63). TML es, en la práctica, un sistema de enlace y coordinación entre las constructoras implicadas en la ejecución del Proyecto, consistente en unos órganos paritarios de control y seguimiento (64). Se entiende así que las compañías constructoras mantengan su independencia sin comprometerla en una organización dotada de poderes de decisión propios, al tiempo que controlan eficazmente el funcionamiento de Eurotunnel. Este dato resulta decisivo para entender hasta qué punto el entero Proyecto está a merced de los intereses de las compañías constructoras.

(61) Concretamente, la *Partnership Act* de 1890. Se distinguen en el Derecho británico de sociedades mercantiles dos clases de asociación para el comercio y la industria: el «*partnership*», que implica una simple compartición de gastos y beneficios y, en su caso, la puesta en común de bienes y de trabajo, y las «*companies*», que suponen una estructura personificada distinta de los socios. Según la sección 5.^a de la *Partnership Act* de 1890, ese primer tipo de asociación mercantil está basada en el «*law of agency*» (derecho de agencia), en función del cual cada socio tiene la facultad de representar a cada uno de los demás socios para el ejercicio de la actividad común. En este sentido, cfr. GOWER, *op. cit.*, págs. 2 y 3.

(62) El término «*joint venture*» es empleado en el Derecho mercantil británico para designar la asociación de dos o más compañías preexistentes e independientes entre sí; cuando esa asociación adquiere la forma de una nueva compañía, dotada de personalidad jurídica —participada normalmente a partes iguales por las empresas que acuerdan asociarse—, a esa nueva compañía resultante se le llama también «*joint venture*». Esto, no obstante, no tiene por qué ocurrir y, de hecho, el establecimiento de simples uniones temporales de empresas no personificadas suele ser una de las aplicaciones más comunes. En este sentido, las secciones 231 y 232 de la *Company Act* de 1985 (modificada en 1989 para adaptarla a las Directivas comunitarias) somete al régimen de contabilidad consolidada a estas uniones temporales, consorcios y grupos de empresas no personificados del tipo «*joint venture*». Para más detalles sobre estas cuestiones, cfr. GOWER, *op. cit.*, págs. 460 y 461.

(63) Cfr. MARCOU, *Public and private sectors ...*, *cit.*, pág. 6.

(64) Cfr. MARCOU y VICKERMAN, *Le Tunnel sous La Manche...*, *cit.*, pág. 89.

2. *El Tribunal de Arbitraje y sus competencias*

Queda por aludir al órgano al que los instrumentos reguladores del Enlace Fijo confían la resolución de los conflictos que pudieran surgir entre las partes implicadas, esto es, ya entre los Principales, ya entre los concesionarios, ya entre unos y otros.

La cláusula 40.1 del Acuerdo de Concesión, en concordancia con el artículo 19 del Tratado, prescribe que todo conflicto, diferencia o desacuerdo, habrá de solventarse ante un Tribunal de Arbitraje. Este Tribunal es constituido *ex profeso* para cada controversia, y opera con arreglo a las siguientes normas:

1.º Cada parte implicada designará un árbitro. Estos nombrarán, de común acuerdo, un miembro más que sea nacional de un país tercero, el cual tendrá la condición de Presidente del Tribunal, y, caso de desacuerdo, el nombramiento recaerá sobre el presidente del Tribunal de las Comunidades Europeas, y si éste fuera nacional de uno de los Estados signatarios será sustituido por el Presidente senior de las Salas de dicho Tribunal (artículo 19.2).

2.º Adoptará sus decisiones por mayoría de votos, ninguno de los miembros del Tribunal podrá abstenerse y el Presidente tendrá voto dirimente o de calidad. Las sentencias serán vinculantes y plenamente ejecutivas para las partes (artículo 19.3).

3.º Cada parte sufragará los gastos y expensas del árbitro por ella designado, y las del Presidente, a partes iguales. El Tribunal determinará en su sentencia la forma y proporción en que se sufragarán los gastos comunes (artículo 19.4).

4.º Sin perjuicio del recurso a los Derechos francés y británico cuando ello sea necesario, el Tribunal Arbitral fundamentará sus resoluciones en las disposiciones del Tratado, en las del Derecho internacional y, cuando las partes estén de acuerdo con ello, en principios de equidad (artículo 19.6).

IV. LA FINANCIACIÓN DEL PROYECTO Y SU INSTRUMENTACIÓN

La estructura financiera del Enlace Fijo del Canal de La Mancha es, sin duda, el aspecto más apasionante y donde el ingenio de quienes lo promueven y gestionan raya a mayor altura. Las técnicas empleadas suponen una respuesta sorprendente al reto de afrontar un Proyecto de incomparables dimensiones sin recursos propios por parte del gestor. Dichas técnicas no son, como ahora veremos, nada sofisticadas, ni implican invenciones espectaculares de ingeniería financiera; todas ellas eran ya conocidas y universalmente empleadas, pero la aplicación que aquí se

hace representa una comprensión nueva y un aprovechamiento ejemplar de las nuevas condiciones que el mercado de capitales dispensa a los instrumentos de financiación. Cuando se contempla esta delicada disposición aparecen como más lamentables aún los defectos de concepción de los que el Proyecto adolece. Suele ocurrir con frecuencia que las buenas ideas no encuentran ese utillaje menudo que las hace posibles; aquí sucede exactamente lo contrario: una excelente instrumentación es incapaz de corregir unos errores de partida, cuyas consecuencias se hacen omnipresentes e inevitables.

El Proyecto del Canal se ha presentado como el buque insignia de los sistemas de financiación privada de infraestructuras públicas (65), con el que se ha pretendido demostrar que la iniciativa privada es capaz de proveer y hacer rentable una infraestructura de grandes dimensiones, no ya con recursos limitados de partida, sino sin recurso alguno, esto es, fiado por completo a los resultados de explotación y a las técnicas de contención de costes y optimización de inversiones (66). Tal cosa ha sido una auténtica temeridad. Todo se fiaba a unos análisis coste-beneficio que, de forma clara y unánime, atribuían al Proyecto una capacidad de generación de ingresos sobradamente suficiente para afrontar, en condiciones normales de mercado, la construcción y funcionamiento del Enlace: los estudios de flujos de pasajeros y mercancías otorgaban a un futuro Enlace Fijo unas ventajas incontestables (67). Frente a los sistemas alternativos de transporte ya existentes, el Proyecto de Enlace Fijo ofrecía un «*rate of return*» (tasa interna de retorno de la inversión) (68) que oscilaba,

(65) Cfr. VICKERMAN, «Private provision of transport: lessons from the Channel Tunnel», Comunicación presentada en la Sixth World Conference on Transportation Research, Lyon, 29 de junio al 3 de julio de 1992, pág. 1.

(66) En este sentido, MARCOU, *La gestion...*, cit., pág. 175, y *Public and private sectors...*, cit., págs. 4 y 5.

(67) VICKERMAN recoge toda esta serie de datos y análisis en su trabajo «Le calcul économique», en *Le Tunnel sous La Manche entre États et marchés*, Lille, 1992, págs. 237 y ss. Además de los estudios que se han citado anteriormente (cfr. nota 22), es especialmente interesante y completo el estudio de variables, costes y flujos de pasajeros y mercancías realizado por MORRIS y HOUGH respecto al Proyecto del Canal de La Mancha en *Preconditions of Success and Failure in Major Projects*, «Major Projects Association, Technical Papers» n.º 3, Oxford, 1986, 330 págs., especialmente capítulo 5 (págs. 39 y ss.).

(68) Tal y como se apuntó más arriba, las aproximaciones realizadas desde la perspectiva de la economía del transporte y de las infraestructuras de uso público en general, consideran que el establecimiento de una economía de escala en cada infraestructura condiciona de forma decisiva su rentabilidad económica y social. De ahí que sea imprescindible fijar los términos en que va a desarrollarse dicha economía de escala para discernir sobre la posibilidad o conveniencia de dar entrada al sector privado en la gestión y financiación de cada proyecto. Esto exige efectuar un análisis coste-beneficio tal que permita juzgar tanto sobre el volumen global de las inversiones necesarias como sobre el tiempo que será necesario para recuperarlas y obtener la correspondiente rentabilidad. Es aquí donde la economía financiera, valiéndose de modelos matemáticos y contables, aplica el concepto de «*cash flow*» (flujo de caja), con el fin de establecer una previsión de las entradas y salidas de recursos pecuniarios como resultado de la cuenta de explotación de la actividad de que se trate (en este caso, de la implantación y gestión de una infraestructura). A partir de esta técnica se ha

según la estimación que se consultase, entre el 14 y el 17 por 100 (69), algo que difícilmente podría encontrarse en el ámbito de las infraestructuras de transporte.

La decisión de acometer el Proyecto mediante una estructura empresarial creada al efecto, y por tanto carente de recursos propios, venía impuesta tanto por la ya comentada negativa de los Estados concedentes a participar en él como por la propia naturaleza del instrumento concesional elegido, que obliga a una transferencia en bloque de la infraestructura una vez agotado el término de la concesión. La captación de recursos financieros realizada con motivo del Proyecto del Canal de La Mancha ilustra muy bien de qué modo ha cambiado el entorno económico y político de las infraestructuras públicas. La internacionalización de los mercados financieros permite el acopio de capitales en una cuantía y con una eficacia desconocidas hasta fechas recientes. En este campo se está experimentando una verdadera revolución, de la mano de la casi libre disponibilidad de divisas —con la consiguiente reducción de los costes por variaciones en los tipos de cambio—, la apertura de los mercados oficiales de títulos-valores y la fluidez en los intercambios transnacionales sobre la base de ágiles instrumentos de información y control; todo ello permite que puedan afrontarse operaciones de financiación de extraordinario volumen con un riesgo adecuadamente repartido entre un gran número de prestamistas

acuñado y pulido el concepto de «*rate of return*» (tasa de retorno o de recuperación de las inversiones o desembolsos), como elemento decisivo de análisis, hasta llegar a formular el principio o criterio del «*minimum acceptable rate of return*» (tasa interna de retorno mínimamente aceptable), que constituye ya un parámetro comparativo y discriminatorio al ofrecer unos resultados que tienen en cuenta la rentabilidad que ofrecen para la misma inversión otras posibles aplicaciones en condiciones normales de mercado.

Este aspecto resulta importante a juicio de MARCOU (cfr. «Public-private partnership for public infrastructure delivery: the Channel Tunnel case in international perspective», comunicación presentada en la *Fourteenth General Assembly of the Eastern Regional Organization for Public Administration*, sobre el tema «Administrative Reform Towards Promoting Productivity in Bureaucratic Performance», Beijing, República Popular de China, 12 al 20 de octubre de 1991, pág. 18), pues cuando se plantea la intervención de inversores privados en un proyecto de infraestructura es esencial tener en cuenta el *coste de oportunidad* de la inversión, esto es, comparar la rentabilidad que el Proyecto ofrece en relación con otras inversiones posibles en el mercado. Es obvio que sólo se conseguirá atraer capitales privados para la financiación de infraestructuras si se ofrecen porcentajes o tasas de retorno que resulten competitivos.

Este tipo de herramientas de análisis financiero integrado han alcanzado un alto nivel de desarrollo en la literatura económica anglosajona, con aplicaciones específicamente diseñadas para obras de ingeniería civil (de hecho, se ha acuñado ya la expresión «*financial appraisal for engineering selection*»). A este respecto puede consultarse la obra de ANTHONY, WELSCH y REECE, *Fundamentals of Management Accounting*, Irwin Editions, Illinois, 1985, págs. 451 y ss., así como, para aplicaciones a infraestructuras de transporte, la de BURTON, *Introduction to transportation Planning*, así como el trabajo de PETERSEN, «Infrastructure financing: examining the record and considering the options», en *Public Infrastructure Financing and Management*, SAGE Publications, Newbury Park, 1988, págs. 94 y ss. Una visión general de los instrumentos financieros comentados puede encontrarse en HOTCHKISS, «Cost-benefit analysis», en *Urban Transport Economics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1977, págs. 44 y ss.

(69) Cfr. VICKERMAN, *Private provision...*, cit., págs. 4 y 5.

e inversores. El establecimiento de un mercado financiero único en el ámbito de la CEE y, también en parte, de los países de la EFTA, tiene, por consiguiente, estos benéficos efectos. La financiación del Proyecto que ahora analizamos es un luminoso ejemplo de cómo resulta viable atraer capitales hacia inversiones tradicionalmente asignadas en régimen de exclusividad al sector público (70). Esto significa que las nuevas condiciones a las que aludimos permiten limar las diferencias de costes financieros que normalmente existían entre las inversiones presupuestarias públicas y las inversiones procedentes del mercado de capitales (71).

La financiación de este Proyecto es un caso paradigmático de financiación sobre proyecto («*project financing*» o «*financement sur projet*») en régimen de «*off balance sheet finance*». Con esto quiere indicarse, simplemente, que los inversores no tienen garantías en los activos de la compañía, sino en los resultados de explotación, en la capacidad de rentabilidad de la actividad que, en el caso de Eurotunnel, es estrictamente potencial y futura. Ya hemos dicho que Eurotunnel es una «*empty shell*», una cáscara vacía, una estructura empresarial sin recursos propios en cuya actividad todo serán gastos —fase de construcción—, hasta que llegue el momento de comenzar a percibir ingresos en la fase de operación o explotación del Enlace (72). Este encadenamiento rígido entre la fase de construcción y la de explotación para la generación de ingresos hará que cualquier retraso en la ejecución de las obras o cualquier alza de los costes tenga unas consecuencias dramáticas en el equilibrio económico de Eurotunnel y, en consecuencia, del Proyecto mismo.

Sentadas esas bases, se presentaban dos canales de captación de recursos: el capital-riesgo («*equity capital*») y el crédito («*loan capital*»). La estructura financiera del Enlace Fijo descansa en un doble apoyo: la emisión de acciones representativas del capital social de Eurotunnel (ya mediante suscripción de capital inicial, ya de ampliaciones sucesivas) y la concesión de una línea de crédito por parte de entidades financieras. La

(70) Sobre este orden de cuestiones, cfr. MARCOU, «Public and private sectors in the delivery of public infrastructure: the case of the Channel Tunnel from an international perspective», *Environment and Plannig: Government and Policy*, Pion Publications, vol. 11, 1993, págs. 1, 2 y 5.

(71) Los costes de las inversiones privadas han sido habitualmente superiores a los de las inversiones públicas al estar regidas aquéllas por el principio de rentabilidad del titular de la inversión; sobre esta cuestión, puede consultarse el informe de la OCDE *Toll financing and Private sector involvement in road infrastructure development*, París, 1986, págs. 29-44.

(72) Sobre estos aspectos, véase MARCOU, *La gestion...*, cit., págs. 175 y 176, y MARCOU y VICKERMAN, *Le Tunnel sous La Manche...*, cit., págs. 92-97. MARCOU hace referencia en el trabajo citado en primer término a otros proyectos financiados con arreglo a este mismo sistema, si bien el Enlace Fijo del Canal de La Mancha es el único conocido de financiación sin ningún tipo de recursos propios; así, suele ser frecuentemente utilizado el modelo «*off balance sheet*» con recursos limitados en la construcción de plataformas de prospección petrolífera en el Mar del Norte —de las que el esquema del Enlace Fijo ha tomado buena parte de los mecanismos de financiación—, y podría citarse algún ejemplo de infraestructura de transporte también en régimen de recursos limitados, como es el ya aludido metro ligero Orlyval de París.

solución inicial del aspecto financiero del Proyecto se presentaba como una necesidad impuesta por el propio Acuerdo de Concesión, que, en su cláusula 5.2, establece: «Antes de comenzar la construcción de las obras permanentes de tunelación, los concesionarios deben aportar pruebas a la Comisión Intergubernamental de que se han allegado fondos o se han adquirido compromisos fiables para la provisión de la financiación suficiente para llevar a cabo las obras y de que las garantías relativas a tales compromisos de financiación no pondrán en peligro su continuación una vez resulte claro que dichos compromisos no son suficientes para la terminación de las obras».

Vamos a ocuparnos de esos dos canales de financiación, prestando atención a los aspectos que más interés presentan para nosotros.

Tabla 1
Variación efectiva respecto de los costes estimados a financiar

Costes	Estimados en 1990 (en millones de libras)	Estimados en 1987 (en millones de libras)
Target works	2.009	1.329
Lump-sum works		
— Terminales	491	448
— Equipos fijos	814	668
Suministros	583	245
Contingencias	311	132
Total costes construcción	4.208	2.842
Costes corporativos	787	
Costes financieros	1.386	
Inflación	1.031	
Cash outflow neto	196	
Total costes	7.608	2.842

Fuente: Eurotunnel, *Eurotunnel Rights Issue*, Londres-París, 1990.

1. La emisión de acciones como instrumento de financiación

En el Proyecto de Enlace Fijo la suscripción de capital social está fundamentalmente pensada como técnica de financiación (73). Desde los mismos inicios se distribuyó el montante total de la financiación estimada necesaria entre las dos posibilidades descritas: aunque inicialmente se pensó cubrir un 20 por 100 de la financiación mediante la fórmula capital-riesgo, el resultado se redujo a un 18,23 por 100 (cfr., tabla 2).

(73) Seguimos en este epígrafe la sistemática y argumentos de VICKERMAN, «Private provision...», *cit.*, págs. 2-4; MARCOU, *Public and private sectors...*, *cit.*, págs. 8-10 y *La gestion...*, *cit.*, 180-187.

La emisión de acciones se hizo en diferentes fases, cada una de ellas dirigida a un ámbito previamente definido de potenciales adquirentes.

La primera suscripción de acciones tuvo lugar en el momento de constitución de Eurotunnel, PLC, y *Eurotunnel*, S. A. La finalidad perseguida con Equity I (noviembre, 1985) fue la de distribuir el capital inicial del futuro concesionario entre las constructoras y bancos integrados en los consorcios francés y británico, a quienes posteriormente se les adjudicaría la concesión.

Tabla 2

Distribución estimada de la financiación (en millones de libras)

<i>Capital-riesgo:</i>	
— Equity I.....	47
— Equity II (octubre, 1986).....	206
— Equity III (noviembre, 1987).....	770
— Equity IV (diciembre, 1990).....	566
<i>Total capital-riesgo</i>	1.589
<i>Créditos:</i>	
— Crédito sindicado inicial (noviembre, 1987).....	5.000
— Crédito sindicado adicional (noviembre, 1990).....	1.800
— Aval prestado por el BEI (noviembre, 1990).....	300
<i>Total créditos</i>	7.100
<i>Otras garantías</i>	23
<i>Total financiación</i>	8.712

Fuente: Eurotunnel, *Eurotunnel Rights Issue*, Londres-París, 1990.

La segunda emisión de acciones (Equity II) se correspondió con el primer aumento de capital por parte de Eurotunnel y tuvo lugar en octubre de 1986. Los destinatarios de esta emisión eran una serie de inversores institucionales (bancos y grupos financieros y empresariales no ligados inicialmente al Proyecto) con los que previamente se habían entablado contactos con el fin de conocer su interés y fijar las condiciones de la negociación y suscripción de los títulos. Un 35 por 100 fue colocado en el Reino Unido y el mismo porcentaje en Francia; el 30 por 100 restante fue colocado en otros países, entre los que destaca Japón, con el 10 por 100. No sin ciertas dificultades y reticencias —especialmente en el Reino Unido—, la suscripción de este aumento de capital resultó un éxito.

En noviembre de 1987 se llevó a cabo el segundo aumento de capital con la emisión de Equity III. Se trataba de ofrecer la suscripción de los títulos en los mercados organizados y a la generalidad de los inversores individuales interesados. La colocación de esta tercera emisión fue harto problemática, tanto desde el punto de vista legal como desde la perspectiva de la situación del mercado bursátil. Desde el punto de vista de la

legalidad aplicable se presentó en Francia el problema de que la regulación del mercado de valores no contemplaba mecanismos tales como la simultaneidad en la titularidad de las acciones prevista en los estatutos de Eurotunnel, PLC, y Eurotunnel, S. A., o el sistema de primas de emisión concebido con arreglo al sistema bursátil británico para incentivar la suscripción, o el instrumento de los «warrants» (bonos de suscripción de acciones), consistentes en la adquisición de un título negociable que da derecho a una opción de compra de acciones (ya conocidos por entonces en los mercados franceses, pero de recentísima aplicación práctica). Desde el punto de vista de la situación del mercado bursátil, Equity III coincidió con una baja generalizada en la Bolsa de Londres que hizo peligrar muy seriamente la operación; fue necesaria la intervención del Banco de Inglaterra —por la vía de la promoción indirecta de la suscripción— para conseguir que se cubrieran los objetivos mínimos.

El aumento de capital de noviembre de 1990 tuvo lugar en uno de los momentos más delicados de la corta historia de Eurotunnel, en los que llegó a una situación de inviabilidad financiera por el alza exorbitante de los costes (cfr., tabla 1), que en algunos elementos de la obra alcanzó el 140 por 100. Equity IV entró dentro de una nueva operación de completa refinanciación del Proyecto.

2. *El préstamo sindicado*

De la misma manera que las constructoras integradas en los consorcios adjudicatarios de la concesión fueron las encargadas de contratar con Eurotunnel las obras de ejecución del Proyecto, los bancos (tres franceses y dos británicos) se encargaron de montar la operación de financiación mediante la organización de un crédito sindicado multinacional (74). El contrato fue firmado el 4 de noviembre de 1987. Constituye la pieza maestra de la estructura financiera del Enlace Fijo, tanto porque representa más del 80 por 100 del monto total de la financiación, como por el poder que ostentan los prestamistas en el desarrollo del Proyecto en sí mismo considerado. Una entrada en la intimidad de este mecanismo de financiación nos proporcionará datos de los que no debe prescindirse (75).

Una vez más se produce una novedosa aplicación de técnicas, que resulta particularmente importante en este aspecto del Proyecto. Ya comentamos que la idea fundamental de la financiación del Enlace Fijo consistía en distribuir el colosal importe global a financiar entre un gran número de aportantes, con el fin de diversificar al máximo los riesgos. De ahí que la solución de articular un crédito sindicado fuese la opción apropiada. La sindicación permite repartir de modo variable la cuantía del crédito sin que exista solidaridad activa alguna entre los prestamistas,

(74) Cfr. MARCOU, *La gestion...*, cit., pág. 188.

(75) De nuevo nos encontramos con información de acceso restringido; seguimos aquí el trazado argumental de MARCOU, *La gestion...*, cit., págs. 187-201.

cada uno de los cuales resulta titular del derecho de crédito en proporción a su aportación o participación. El acuerdo o contrato de crédito *sindicado empleado para la financiación del Enlace del Canal de La Mancha* es, además, un crédito sindicado directo, es decir que, en oposición a la sindicación crediticia indirecta, todos los prestamistas son signatarios del contrato o convención de crédito, sin que exista un «*manager*» o síndico que negocie primero con el prestatario o prestatarios sobre la totalidad del crédito y luego coloque las participaciones en el mismo a otras entidades financieras (76). No obstante, la sindicación directa ha sido ingeniosamente aplicada en la financiación del Enlace Fijo al introducirse esa figura propia de la sindicación indirecta que es el «*manager*» o «*chef de file*», introducción que venía impuesta por la gran diversidad de entidades financieras implicadas (cfr., tabla 3) y, como ahora veremos, por la necesidad de realizar un seguimiento directo del Proyecto por parte de los prestamistas sindicados.

Tabla 3
Procedencia geográfica de las entidades sindicadas (77)

Area/país	Contrato 1987 (%)	Contrato revisado 1990 (%)
CEE	57	58
Francia	18	20
Reino Unido	10	12
Alemania	13	13
Bélgica	4	4
Países Bajos	3	3
Luxemburgo	3	3
Italia	5	5
España	1	1
Otros países europeos (excluida URSS)	10	9
Japón	23	23
Estados Unidos	2	2
Resto del mundo	9	7
Oriente Medio	5	4
URSS	1	1

(76) La técnica de la sindicación de créditos ha sido ampliamente utilizada en operaciones internacionales de financiación. Especialmente desde la entrada en vigor del libre movimiento de capitales en los países de la CEE, se ha acuñado el término «*eurocredits*» para designar a los convenios de financiación en el ámbito comunitario mediante la técnica de la sindicación. Sobre este aspecto puede consultarse el trabajo de BLAISE, FOUCHARD y KAHN, *Les Euorcrédits: un instrument du système bancaire pour le financement international*, Universidad de Dijon, Institut de Relations Internationales Librairies Techniques, París, 1981, especialmente págs. 121 y ss.

(77) Tomada de MARCOU, *La gestion ..., cit.*, pág. 191. De acuerdo con los datos que

Tiene, por tanto, un gran interés el conocer la organización interna del crédito sindicado en lo que afecta a la disposición operativa de los prestamistas. Pueden distinguirse tres niveles:

1.º Los bancos-agentes («*managers*» o «*chefs de file*»), que son cuatro de los cinco bancos accionistas de Eurotunnel (*Crédit Lyonnais*, *BNP*, *National Westminster Bank* y *Midland Bank*), que son los encargados de realizar un seguimiento de la marcha del Proyecto, de informar a todos los bancos y entidades financieras integradas en la sindicación y de coordinar el funcionamiento del crédito.

2.º Los bancos dirigentes («*instructing banks*»), figura que constituye una auténtica novedad en técnicas de financiación sindicada. Opera en este caso como un «parlamento» o asamblea general de los principales bancos integrados en la sindicación, que son los que, de alguna manera, están apoyados por otros que tienen participaciones más minoritarias. Este nivel organizativo tiene como misión controlar la actividad de los bancos-agentes y adoptar las decisiones más importantes, tales como la concesión de moratorias y la revisión o modificación de las condiciones generales del crédito. Dentro de este grupo existe uno más reducido llamado *grupo técnico y financiero*, que es el encargado de examinar la información que, a través de los bancos-agentes, llega sobre la actividad de *Eurotunnel*, con el fin de proporcionar a los bancos dirigentes unos datos críticos sobre los aspectos técnicos, económicos y financieros del desarrollo del Proyecto.

3.º La asamblea de bancos participantes, que más que ser un órgano que aglutine físicamente a representantes de todos los prestamistas —las consultas y comunicaciones se realizan por medios informáticos y telemáticos— es un órgano abstracto al que se atribuye la competencia de incrementar la cuantía del crédito disponible, junto con otras decisiones que supongan un cambio sustancial en las cláusulas del contrato de crédito, para las que se exigen unas mayorías reforzadas. El valor del voto depende de la participación que cada prestamista tenga en el crédito sindicado.

Como puede observarse, se ha concedido a *Eurotunnel* una línea de crédito, lo cual significa que se trata de unos fondos de disposición condicionada, sometida a requisitos ciertamente onerosos que llevan consigo un control estrecho y premioso de la ejecución de las obras, de los

MARCOU nos proporciona, la primera convención o contrato de crédito sindicado (en 1987) fue suscrita por un total de 198 bancos, y en la segunda (en 1990) ese número se vio incrementado hasta 208 (cfr. *op. cit.*, págs. 188 y 189).

gastos y costes y, en su día, de los resultados de explotación. Ello es así porque, al tratarse de una financiación sobre proyecto sin recursos propios por parte del prestatario, los prestamistas no tienen otra garantía de cobro que el seguimiento de dicho proyecto y de los futuros ingresos de la explotación.

El contrato firmado entre *Eurotunnel* y el sindicato de prestamistas estipula las causas por las que se entenderá cancelada la línea de crédito, lo cual generará automáticamente la obligación por parte del prestatario de devolver las cantidades percibidas hasta la fecha. Tales causas son: *a)* la incapacidad del prestatario de terminar las obras una vez agotado el monto total del crédito; *b)* la conculcación de los ratios de garantía previstos en el contrato; *c)* un retraso en la apertura al público del Enlace más allá del 29 de julio de 1994; *d)* un alza en los costes por encima de los márgenes tolerados por el contrato; *e)* el incumplimiento por parte de Eurotunnel de las obligaciones esenciales emanadas de la concesión. Ya comentamos anteriormente el régimen de la sustitución del concesionario por las entidades prestamistas previsto en los instrumentos reguladores.

Nos referíamos antes a la situación de impotencia financiera en que Eurotunnel se encontró entre octubre de 1989 y diciembre de 1990, debido al exorbitante incremento de los costes. Se trató, en efecto, de un verdadero bloqueo del Proyecto, claramente encuadrable dentro de los supuestos anteriormente descritos. Sin embargo, los prestamistas optaron por introducir un régimen de intervención en la explotación y «congelar» la línea de crédito en lugar de cancelarla, dar por extinguido el contrato y hacerse cargo directamente de la construcción y funcionamiento del Enlace. Fue entonces cuando los bancos y entidades sindicadas presionaron para que se realizara la ampliación de capital Equity IV, para que Eurotunnel y TML llegaran a un acuerdo de revisión de costes y condiciones contractuales y se firmara un nuevo contrato de crédito —lo cual se llevó a efecto el 22 de febrero de 1990—, que equivalió a una completa operación de refinanciación y ampliación de la deuda. Hay un detalle que muestra lo dramático de la situación: para conseguirlo Eurotunnel tuvo que ceder al sindicato, directamente y en exclusiva, la explotación de las tiendas libres de impuestos del Enlace hasta 1999, con lo que la actividad complementaria más rentable para el concesionario quedará en manos de los prestamistas durante los primeros años de funcionamiento (78).

De lo que hemos expuesto hay dos circunstancias que, sin perjuicio de que se comente más adelante, han de ponerse de relieve. La primera de ellas es el margen de discrecionalidad tan amplio que los prestamistas tienen en el ejercicio de sus rigurosos poderes de control sobre Eurotunnel: nada queda fuera de una fiscalización del sindicato regida por vagos criterios de apreciación. La segunda es la extrañeza y la ambigüedad que

(78) Cfr. VICKERMAN, *Private provision...*, cit., págs. 6 y 7.

causa el hecho de que unos miembros destacados del sindicato de prestamistas, como son los bancos-agentes, sean, al mismo tiempo, socios fundadores de Eurotunnel y promotores originarios del Proyecto. Por si nos faltaran datos al respecto, aquí tenemos más evidencias de la falta de independencia del concesionario y de la carencia de la mínima autonomía de gestión para el cumplimiento de la misión que le corresponde (79).

3. *El papel jugado por otras instituciones en la financiación del Proyecto*

Ante las graves dificultades financieras por las que el Proyecto ha atravesado, no faltó la ayuda de importantes instituciones financieras que no dudaron en aportar su valiosa colaboración en momentos ciertamente críticos. Tal es el caso del Banco Europeo de Inversión, que ha servido de catalizador del interés mostrado por las instituciones comunitarias en el buen fin del Enlace Fijo franco-británico, al que desde el principio se calificó como «Proyecto de interés comunitario prioritario». El papel jugado por el BEI ha sido decisivo, según el juicio unánime de los más cualificados conocedores de este Proyecto, para la supervivencia de la concesión, sobre todo por el efecto psicológico que sobre el mercado financiero tuvo en su día la participación directa de la Comunidad (80).

El BEI ha tenido dos intervenciones a lo largo de la historia de la financiación del Proyecto. La primera en la suscripción del contrato de crédito sindicado de 1987 por la cuantía de 10.000 millones de francos franceses, pero con la ventaja de que tal crédito era reembolsable por Eurotunnel según una tasa fija de interés y en un plazo de hasta veinticinco años. La segunda tuvo lugar en la revisión del primer contrato de crédito, pero en esta ocasión el BEI optó por otorgar un aval, en garantía de parte de la ampliación del crédito acordada. La entrada del BEI en el sindicato permitió, en cierto modo, moderar las severas medidas de control y garantía impuestas al concesionario (81).

Por su parte, la entidad francesa Crédit National realizó sendas aportaciones a la financiación vía crédito, tanto en el primero como en el segundo acuerdo, también en condiciones especialmente ventajosas para Eurotunnel (82).

(79) En este mismo sentido, MARCOU y VICKERMAN, *Le Tunnel sous La Manche...*, cit., págs. 92-94.

(80) Cfr. MARCOU, *La gestion...*, cit., pág. 201, y *Public and private...*, cit., pág. 8; MARCOU y VICKERMAN, *Le Tunnel sous La Manche...*, cit., pág. 96.

(81) Cfr. MARCOU, *La gestion...*, cit., pág. 202.

(82) Cfr. MARCOU, *op. cit.*, loc. cit.

V. LA FASE DE FUNCIONAMIENTO Y EXPLOTACIÓN DEL ENLACE Y LAS RELACIONES ENTRE EL CONCESIONARIO Y BR/SNCF

Una vez escogida la opción de sistema ferroviario, el éxito del Proyecto dependía de la articulación de una red de alta velocidad que enlazara Londres con París y Bruselas. Lo que otorga al Enlace Fijo del Canal de La Mancha una supremacía clara en la competencia con los otros sistemas de transporte es, precisamente, la considerable reducción de los tiempos totales de tránsito, combinado con un alto nivel de calidad del medio, y eso sólo se puede conseguir con el tren de alta velocidad. Al mismo tiempo, se trataba de aprovechar el Enlace para que cumpliera la función de simple paso de una orilla a otra del Canal, lo que proporcionaba unas prestaciones adicionales y un volumen considerable de ingresos. La explotación del Enlace procuraría, por tanto, dos tipos de utilidades: la conexión de las citadas capitales europeas y el denominado «*shuttle*», es decir, el trayecto de cruce del Canal por Folkstone-Calais.

El Acuerdo de Concesión prevé en su cláusula 1 el establecimiento de un contrato de explotación entre el concesionario y las compañías ferroviarias públicas francesa (*Société Nationale des Chemins de Fer*) y británica (*British Rail Board*). Dicho contrato fue firmado por Eurotunnel y BR/SNCF el 29 de julio de 1987 (83). De acuerdo con este contrato, Eurotunnel explotaría en exclusiva, sin intervención alguna de las compañías ferroviarias, salvo posterior convención al respecto, los trenes de trayecto «*shuttle*» (de simple paso de Canal). La explotación de las líneas de conexión Londres-París-Bruselas se regirá conforme a las siguientes reglas:

1.^a La mitad de la capacidad de transporte de los trenes pertenece en exclusiva a *Eurotunnel* hasta la extinción de la concesión.

2.^a La otra mitad de la capacidad de transporte de los trenes estará reservada a la explotación directa de las compañías ferroviarias, que abonarán a *Eurotunnel* un canon anual fijo de explotación y una cantidad, también anual, en proporción al número de viajeros y volumen de mercancías.

3.^a BR/SNCF contribuirán también anualmente a sufragar los gastos de explotación del conjunto del Enlace Fijo.

Pero todo esto requería el desarrollo de actuaciones complementarias eficaces por parte de los Estados concedentes, a lo que éstos quedaban obligados, como ya sabemos, por disposición expresa del Tratado y del Acuerdo de Concesión. Concretamente hacía falta la implantación de las líneas de alta velocidad entre el extremo británico del Canal y Londres y entre el extremo francés y París y Bruselas. Tan evidente se presentaba esta necesidad que hubo una clara y premeditada conexión entre el anun-

(83) También aquí tomamos la información de MARCOU, *La gestion...*, cit., pág. 152, debido a la confidencialidad de este contrato.

cio, realizado conjuntamente por el Gobierno francés y la SNCF el 26 de octubre de 1987, de comenzar la ejecución del proyecto TGV-Nord y el éxito de suscripción de Equity III en la Bolsa de París (84). Las dificultades se presentaron del lado británico.

Ya hemos comentado las reticencias del Reino Unido a introducir en su sistema ferroviario la tecnología de alta velocidad. No obstante, era obvio que, al menos, la línea de alta velocidad Flokstone-Londres debía ser construida por elementales exigencias del Enlace Fijo. Pero se añadía una dificultad suplementaria: el coste elevadísimo de las expropiaciones y de los sistemas de seguridad y prevención de impacto ambiental y estético, al ser Kent un área de edificación residencial y de alto interés turístico y ecológico. El Gobierno británico no estaba dispuesto a asumir tales costes (85). Prueba de ello es que la Channel Tunnel Act establece, en su Sección 42, que, al igual que el Enlace Fijo, la línea ferroviaria de alta velocidad entre Folkstone y Londres habrá de llevarse a cabo sin ningún tipo de participación financiera pública o garantía con cargo a los presupuestos públicos. Esto suponía excluir la construcción de la línea, pues ningún promotor privado estaba en condiciones de encargarse por sí solo de un proyecto con semejante previsión de costes, lo que obligaba a hacer circular al TGV por las líneas ferroviarias convencionales de BR-South East Network, ya de por sí sobrecargadas con los flujos ordinarios. Aunque posteriormente, y ante la delicadísima situación financiera de Eurotunnel, el Gobierno británico redactó un proyecto que sería íntegramente ejecutado por BR con cargo a fondos públicos —que, previsiblemente, no estará terminado antes de 1997—; el daño a la ya maltrecha economía del Proyecto de Enlace Fijo estaba consumado.

VI. VALORACIÓN GENERAL: LAS LECCIONES QUE PUEDEN APRENDERSE DEL PROYECTO EXAMINADO

Con lo que hasta aquí llevamos dicho se puede tener una adecuada idea global del Proyecto de Enlace Fijo del Canal de La Mancha, aunque hayamos tenido que omitir, por razones obvias, el tratamiento de un considerable número de aspectos concretos. Esa idea general sirve, no obstante, para apreciar la extraordinaria importancia del experimento descrito. Y hablamos de experimento porque, aunque conscientemente no se ha concebido como tal, las condiciones que le rodean son tan extremas que parece difícil que puedan responder a condiciones reales. Todos los sujetos encartados parecen operarios de un laboratorio, que se limitan a asegurar que el objeto de experimentación padezca con toda su crudeza las técnicas que se le están aplicando y las leyes que rigen esa aplicación. La ocasión se presenta inmejorable para extraer consecuen-

(84) Sobre este hecho, cfr. MARCOU, *Public and private sectors...*, cit., pág. 11, y MARCOU y VICKERMAN, *Le Tunnel sous La Manche...*, cit., págs. 81 y 82.

(85) Cfr. MARCOU, *op. cit.*, loc. cit.

cias útiles en un ámbito de la actividad social y económica, necesitado de nuevas proyecciones.

En el lado positivo, el Enlace del Canal nos presenta un auténtico derroche de riqueza instrumental. Es algo que, en sí mismo, contribuye a sacar a las técnicas de gestión pública de su situación de atavismo. Una parte considerable del incremento de eficacia que, con total fundamento *in re*, los ciudadanos reclaman de los gestores públicos consiste en incorporar criterios reales de mercado. Es necesario derribar el talud que hace ya dos siglos se interpusiera entre Administración y sociedad. En la provisión de infraestructuras hacía falta demostrar que resulta posible recabar recursos financieros en cantidades suficientes y en condiciones de rentabilidad para los inversores, y eso es lo que hace el Enlace Fijo franco-británico. Comienza a quedar claro que las nuevas técnicas de financiación y gestión permiten la consecución de los intereses públicos en régimen de participación plural de los factores económicos y sociales, y con ello se logra un ensamblaje, completo y desde el principio, de los productos de la gestión pública en la trama real de la vida social. Para quienes estamos acostumbrados a la lógica del «vuelva usted mañana» en la llevanza de los asuntos públicos, una experiencia como la del Channel Tunnel resulta reconfortante y altamente constructiva.

No menos positivo se presenta esa combinación de técnicas británicas y europeo-continenciales, aplicadas sin rupturas ni extremismos. Aquí el impacto *educativo* del Proyecto es muy estimable. Se nos ha presentado a menudo una geografía de culturas jurídicas y de organización social hecha de bloques preestablecidos y, a menudo, contrapuestos. La experiencia analizada hace ver lo contrario: muestra la complementariedad de los ordenamientos jurídicos y de los sistemas de gestión y, en consecuencia, lo fructífero que resulta efectuar aplicaciones conjuntas. En el Proyecto del Canal encontramos, por ejemplo, la introducción de técnicas contractuales británicas en el seno de una institución contractual de corte típicamente francés, como es la concesión, o, por seguir en esa línea, la modulación de la concesión con aportaciones británicas tomadas de figuras en parte semejantes. Esta tarea de elaboración analógica, de búsqueda de conexiones mutuas, introduce una nueva mentalidad en los esquemas de gestión, tan necesaria para mejorar su utilidad social.

Al tiempo que el Proyecto ofrece al observador tan sugerentes y deslumbrantes virtudes, sus defectos quedan no menos manifiestos y claros. Y son, especialmente, deficiencias de concepción, de las que los defectos operativos resultan necesaria consecuencia. Podemos pasar a comentarlos, también con la intención de completar algunas referencias expuestas con anterioridad.

El defecto básico se localiza en la peculiar interpretación del papel que los factores públicos han de cumplir en la provisión de infraestructuras. La idea fundamental ha sido la de hacer depender el grado de participación de los Estados concedentes del nivel de rentabilidad de las inversiones para el sector privado: ya que estamos —se pensó y se dijo— ante una infraestructura claramente rentable, nada justifica la presencia de apoyo

financiero público. El error está en no haber entendido que el nivel de participación financiera del sector público no puede depender de otra cosa que del interés público y social que una actuación tiene. La ruptura de esa regla de proporcionalidad, entendida en dichos términos, constituye la falla más importante y decisiva de este Proyecto. Cuando se trata de inversiones de capital, quien no aporta recursos financieros no tiene interés en la inversión, y lo que marcaba desde el principio el Proyecto del Canal de La Mancha era, precisamente, su extraordinario interés público, social y político. Resulta difícilmente calificable el espectáculo ofrecido por unos Gobiernos que han tenido que lanzarse poco menos que a un apoyo clandestino de un Proyecto cuyo buen fin resulta decisivo para el futuro de ambos Estados y de buena parte de Europa, clandestino y soterrado en tanto en cuanto ellos mismos se habían prohibido legalmente tal posibilidad.

La ausencia de participación financiera pública en una operación como ésta impide la aportación positiva e imprescindible de los gestores públicos al Proyecto. La Comisión Intergubernamental es, desde el punto de vista de la economía del Enlace, un enorme estorbo. La CI se limita a exigir altos niveles de calidad en los sistemas de seguridad y de control y a mostrarse intransigente en el ejercicio de sus demás competencias; si los Gobiernos tuviesen una responsabilidad financiera directa se hubiesen fijado desde el principio las calidades y especificaciones de los materiales y trabajos y la CI sería cauta a la hora de pedir modificaciones, por la sencilla razón de que tendría que soportar el alza de los costes. Es muy fácil y muy negativo plantear severas exigencias cuando no se soportan sus consecuencias económicas. Hubiera sido necesario una presencia efectiva de los Gobiernos en los órganos rectores de *Eurotunnel* sobre la base de una contribución dineraria, sobre todo para contrarrestar la agresividad de las compañías constructoras, que ha tenido unos efectos nefastos en el desarrollo del Proyecto, como pondremos de relieve a continuación.

En la vertiente estrictamente financiera, la falta de participación pública ha provocado de forma directa un alza en los costes que el concesionario tiene que soportar. Recordemos que la línea de crédito abierta por el sindicato de prestamistas proporciona unos recursos muy condicionados, al estar supeditadas las disposiciones de fondos a unos premiosos mecanismos de control previo. Cada vez que ha habido problemas de disposición Eurotunnel incurría en situaciones de iliquidez con los contratistas, que, de forma inmediata, interrumpían o ralentizaban las obras. Hubiera sido imprescindible una mínima y razonable aportación de dinero público para dotar a Eurotunnel de un fondo de maniobra, modesto pero imprescindible, para atender los eventuales problemas de tesorería y no incurrir en incidencias perturbadoras de la gestión del Proyecto. Lo que nosotros conocemos bajo la denominación genérica de técnicas de apoyo financiero tienen mucho de necesidad de medio y no de simple conveniencia en los sistemas de gestión concesional, y ello no tiene porqué eliminar, si se hace con inteligencia, la responsabilidad del gestor y

su correcta actuación empresarial. Antes dijimos que la exclusión de la participación financiera pública se quiso fundamentar en la salvaguarda de los bolsillos de los contribuyentes; pues bien, lo único que se ha hecho ha sido sustituir a unos sacrificados por otros: los finalmente inmolados han sido los accionistas de Eurotunnel, numerosos y muchos de ellos modestos, que pusieron sus esperanzas y su dinero en un Proyecto que las autoridades públicas presentaban como indudablemente rentable. Como agudamente dijera SARMET, en relación con el Enlace Fijo del Canal de La Mancha, «no es posible transferir los riesgos al sector privado sin realizar, al mismo tiempo, transferencias financieras. Un crédito sin recursos o con recursos limitados es siempre más caro que un crédito garantizado por la autoridad pública» (86).

Otro defecto estructural del Proyecto es la debilidad del concesionario, directamente ligado con lo que se acaba de comentar. Esa debilidad nace de un hecho muy claro: los verdaderos promotores del Enlace, tal y como al final quedó concebido, son las empresas constructoras, que, curiosamente, son quienes ostentan unas mayores cuotas de poder y quienes menos interés tienen en la buena marcha del Proyecto en su fase de apertura al público y explotación comercial. El incentivo de este influente sector empresarial está en los ingresos a obtener en la construcción del enlace, no en su posterior funcionamiento. De ahí que su instrumento de presión para satisfacer sus intereses resulte absolutamente incontestable: el tiempo. Y esto es así porque los ingresos de explotación de Eurotunnel llegarán cuando el Enlace esté abierto al público. Cuanto más se retrase la terminación de las obras, más costes tendrá que soportar y más tardará en recibir ingresos de fuentes propias. Cuando se negocian las condiciones de ejecución de las obras las constructoras tienen el arma del tiempo: la amenaza de interrupción de los trabajos tiene un efecto disuasorio inmediato frente a los que no quieren plegarse a sus exigencias. La evolución errática de la cotización de las acciones de Eurotunnel ha tenido una relación directa con los frecuentes anuncios de un retraso en la apertura del Enlace por enfrentamientos entre el concesionario y las constructoras (87).

En estrecha relación con esto último está la falta de independencia de Eurotunnel. La enorme dispersión de su accionariado (88) hace que no sea posible que en sus órganos de administración pueda estar adecuadamente representado el interés de los accionistas o, al menos, el interés de

(86) *Le financement privé du Tunnel sous La Manche: cas unique ou esemple?*, «La Revue Banque, julio-agosto de 1987, pág. 661.

(87) Frecuentemente ha hecho referencia sir Alistair Morton, Manager General de Eurotunnel, al chantaje del tiempo (*«the blackmail of the time»*), empleado por TML para imponer sus criterios en las negociaciones de los anteproyectos y, concretamente, en su último informe anual. Cfr., en este sentido, «Financial Times», 20 de abril de 1993, pág. 24, y «The Times» del mismo día, págs. 24, 25 y 29, y el del 21 de abril de 1993, pág. 25.

(88) Así, a fecha 1 de diciembre de 1990, el 34,66 por 100 del capital de Eurotunnel estaba en manos de 481.578 accionistas, titulares de un total de 184.372.405 acciones (cfr. *Eurotunnel Rights Issue, cit.*, y MARCOU, *La gestion... , cit.*, pág. 225).

un grupo de ellos, que son los que verdaderamente se beneficiarían de la buena marcha de la concesión. En este Proyecto se echa en falta un gestor independiente, dotado de facultades suficientes y de capacidad de actuación, que esté verdaderamente interesado en dirigirlo y en hacer de su posterior explotación la fuente de sus beneficios. Por contra, son las compañías constructoras las que, con un porcentaje muy minoritario, dominan casi por completo los órganos rectores de Eurotunnel y las que, en consecuencia, cuentan con todos los resortes para hacer valer sus intereses, también en la esfera doméstica del concesionario. Por si esto fuera poco, los consorcios a los que las constructoras pertenecen también tienen una posición preeminente en la organización del síndico de prestamistas a través de los bancos asociados a ellas, que, como ya se apuntó, actúan como bancos-agentes de los prestamistas. La sombra alargada de TML llega también a la propia organización interna de los que provén la mayor parte de la financiación del Proyecto. El cómo han conseguido las constructoras dominar a todas las partes implicadas en el Proyecto, incluidos los Estados concedentes, es una muestra más de la enorme influencia que tiene este poderoso grupo de presión.

Se da también la coincidencia de que la libertad de Eurotunnel en su política comercial y de tarifas en la fase de explotación del Enlace no es tal libertad. La razón no es otra que la de tener que depender de BR y SNCF. Nadie es capaz de creer que, en la fijación de los precios a cargo de los usuarios de los trenes, *Eurotunnel* impondrá sus criterios sin oposición. Una vez terminado el Enlace, el concesionario se verá plenamente integrado dentro de un sistema ferroviario dominado por entidades públicas con unas prioridades bien distintas a las suyas. A esto se añade el hecho, ya referido, de que la línea de alta velocidad Londres-Folkstone no estará disponible hasta varios años después de la apertura prevista de los túneles (cosa que podrá ocurrir, según acuerdo adoptado en la cumbre franco-británica del 27 de julio de 1993, el 6 de mayo de 1994).

Pasando a otro orden de cuestiones, hay que hacer notar que el diseño de elementos esenciales del Enlace Fijo tiene carencias originarias insalvables. Nos referimos a la ausencia de unas especificaciones concretas, plasmadas en un proyecto general de obras e instalaciones y plenamente vinculante para todas las partes implicadas como parte fundamental del Acuerdo de Concesión. Algo tan importante como son las especificaciones técnicas de un Proyecto tan complejo y de tal embergadura queda remitido a deletéreos futuribles que sólo alcanzarán un nivel de especificación por vía negocial entre el concesionario y las constructoras. Gran parte de la previsible ruina del Proyecto será debida a este gran error. Sobre esa base, las estimaciones de costes carecen por completo de fiabilidad y, en consecuencia, toda la planificación financiera montada sobre ella es la consagración del desastre. Ningún sentido tiene articular prodigiosos mecanismos contractuales de contención de costes y compartición de riesgos, ni de sofisticados cálculos de flujos de caja. En una situación de indefinición originaria, cada parte procura desplazar los sobrecostes hacia las otras y si, como aquí ocurre, una de ellas goza de

una posición de predominio, es ésta la que desplaza los costes sobre todas las demás. Este es un defecto directamente atribuible, como casi todos los del Proyecto, a quienes adoptaron la decisión política y la plasmaron en los instrumentos reguladores. La ya comentada situación de quiebra por la que atravesó Eurotunnel en 1989-1990, resuelta con los nuevos acuerdos entre el concesionario, las constructoras y los prestamistas y la emisión de Equity IV, fue consecuencia, como se recordará, del alza imparable de los costes, que echó por tierra las bases sobre las que se concluyeron todas las operaciones de financiación.

El ropaje normativo de desarrollo de dichos instrumentos reguladores es manifiestamente pobre, sobre todo para dotar al Enlace de un régimen estatutario completo. Es evidente que esto es una manifestación más del ya expresado principio de gestión en condiciones puras de mercado. Se echan en falta una serie de medidas legislativas que otorguen al concesionario ventajas y exenciones con respecto al régimen general o común. Y es que la concepción del Proyecto parece directamente inspirada en una inexistente economía de invernadero, con «*Mano Invisible*» incluida. Tanto se ha querido respetar el principio de libre competencia, de igualdad del concesionario en el desarrollo de su actividad con respecto a los demás factores del mercado, que, al final, se le ha colocado en una situación de desventaja, de manera tal que la condición de Eurotunnel resulta considerablemente peor que la de sus supuestos competidores, que no tienen que soportar las imposiciones de las que venimos hablando. Lo que el Proyecto tiene de positivo, en lo que se refiere a la introducción de criterios y técnicas de mercado en los sistemas de gestión de intereses públicos, lo tiene de negativo por la radicalidad con que solventa la solución final. A quienes la concibieron pareció escapárseles el hecho de que la «*puissance public*» es un factor más del mercado, que se mezcla con los demás sin solución de continuidad y que, en consecuencia, interviene decisivamente en los mecanismos que rigen el funcionamiento de la economía. Esta experiencia pone de manifiesto que la intervención de la Administración en el mercado es fundamental, ya que permite alcanzar o asegurar una rentabilidad económica que el mercado no ofrece siempre por sí solo.

* * *

Comenzamos esta exposición haciendo referencia a la necesidad de aportar ideas y criterios nuevos para la provisión, gestión y financiación de infraestructuras públicas, al encontrarnos en una auténtica encrucijada histórica, de dimensiones internacionales. Pensamos que nuestra aportación puede tener interés para corregir los defectos de un sistema exclusivamente fundado en el gasto público, en tanto que ha intentado mostrar que el recurso a instrumentos alternativos es, hoy y ahora, plenamente posible al haberse perfilado las técnicas de gestión que hacen posible su aplicación. Pero también hemos querido hacer ver que la solución no parece encontrarse en el otro extremo de la línea del péndulo.

BIBLIOGRAFIA

