

NUEVAS TENDENCIAS DE REGULACIÓN DE LA MOVILIDAD EN ANDALUCÍA: DE LA POLÍTICA DE INVERSIÓN EN INFRAESTRUCTURAS A LA GESTIÓN DE SERVICIOS DE MOVILIDAD

Juan Antonio Carrillo Donaire

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. LA PLANIFICACIÓN Y REGULACIÓN DE LAS INFRAESTRUCTURAS DEL TRANSPORTE Y LA MOVILIDAD ANTE UN CAMBIO DE PARADIGMA: DE LA INVERSIÓN EN INFRAESTRUCTURAS A LA MOVILIDAD COMO SERVICIO Y COMO DERECHO DE LA CIUDADANÍA. 1. EL MARCO ESTRATÉGICO Y REGULADORIO EUROPEO. 2. MEDIDAS ADOPTADAS POR EL ESTADO. 3. TRATAMIENTO DE LA CUESTIÓN EN ANDALUCÍA. ESPECIAL REFERENCIA AL PLAN DE INFRAESTRUCTURAS DEL TRANSPORTE Y LA MOVILIDAD DE ANDALUCÍA (PITMA 2021-2030). II. PALANCAS DEL CAMBIO DE PARADIGMA: LOS OBJETIVOS DE SOSTENIBILIDAD, INTERMOVILIDAD, INTERCONEXIÓN, MEJORA LOGÍSTICA, DIGITALIZACIÓN Y TRANSFORMACIÓN TECNOLÓGICA. 1. MOVILIDAD SOSTENIBLE. 2. MOVILIDAD DIGITAL, INTELIGENTE Y SEGURA. 3. MOVILIDAD INTERMODAL, INTERCONECTADA Y LOGÍSTICA. III. LA CUESTIÓN DE LA FINANCIACIÓN DE LAS INVERSIONES EN TRANSPORTE Y MOVILIDAD: POSIBILIDADES Y DIFICULTADES DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA ANTE LOS RETOS DEL EQUILIBRIO PRESUPUESTARIO. 1. LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA COMO FÓRMULA GENÉRICA DE FINANCIACIÓN Y GESTIÓN DE INFRAESTRUCTURA DE MOVILIDAD: ALCANCE E INSTRUMENTOS. 2. EL RÉGIMEN DE LAS CONCESIONES EN LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO Y SUS DIFICULTADES DE RENTABILIZACIÓN ECONÓMICA.

I. LA PLANIFICACIÓN Y REGULACIÓN DE LAS INFRAESTRUCTURAS DEL TRANSPORTE Y LA MOVILIDAD ANTE UN CAMBIO DE PARADIGMA: DE LA INVERSIÓN EN INFRAESTRUCTURAS A LA MOVILIDAD COMO SERVICIO Y COMO DERECHO DE LA CIUDADANÍA

El sector del transporte y la movilidad se encuentra ante una etapa de grandes cambios, motivados fundamentalmente por los retos que están planteando a escala global, entre los que cabe señalar, como más importantes:

- (i) la necesidad de avanzar hacia la lucha contra el cambio climático, la descarbonización de la economía y la mejora de la calidad del aire, donde el transporte tiene un impacto fundamental (siendo responsable directo del 25% de emisiones de gases efecto invernadero);
- (ii) la introducción de la tecnología en la movilidad, singularmente por las posibilidades de gestión de datos digitalizados a gran escala y la irrupción de las plataformas de servicios de movilidad;
- (iii) la creciente concentración de la población en entornos urbanos y periurbanos, donde reside aproximadamente el 60% de la población, y la despoblación del mundo rural; así como
- (iv) la generalización de nuevos hábitos socioeconómicos como el teletrabajo, el comercio electrónico, el ocio en casa, etc., que están produciendo un cambio en la conformación de la demanda del transporte, extraordinariamente acelerado por los efectos de la pandemia del COVID-19.

Estos retos presiden hoy el marco europeo, nacional y regional de la planificación del transporte y la movilidad, donde han cobrado un enorme protagonismo nuevos ejes o palancas que definen un nuevo paradigma en las políticas públicas en dicho campo y provocan un desplazamiento del epicentro tradicional desde las clásicas políticas de planificación y financiación de infraestructuras del transporte a la concepción de la movilidad como una función o servicio que los poderes públicos han de garantizar a la ciudadanía. Esas palancas de cambio cristalizan en los nuevos objetivos que encarnan las ideas de sostenibilidad, entendida en un sentido amplio y transversal, la transformación digital, y la intermodalidad, que conlleva la interconexión de los sistemas de transporte y las infraestructuras logísticas.

El desarrollo de este nuevo paradigma de la “movilidad como servicio” se produce en un contexto socioeconómico en el que están cambiando profundamente los hábitos y las demandas ciudadanas de movilidad y las necesidades de inversión que ello conlleva, en una dinámica que se enfrenta a las limitaciones del marco financiero de lo público. Este último aspecto está obligando también a un replanteamiento de las fórmulas de financiación de las inversiones, que requieren potenciar la colaboración público-privada ante las insuficiencias de los fondos europeos estructurales y la política financiera de estabilidad presupuestaria y contención del déficit público, lo que justifica que dediquemos atención, al final de este trabajo, a la nueva regulación de las nuevas fórmulas de colaboración público-privada y sus limitaciones.

Este proceso de modificación de la planificación estratégica del transporte y la movilidad hacia el paradigma del servicio a la ciudadana, orientado sobre las claves de la sostenibilidad, la interconexión e intermodalidad y la transformación digital, se verifica claramente a escala europea, nacional y regional en un cambio de signo del modelo regulatorio.

1. El marco estratégico y regulatorio europeo

En línea con los objetivos de la Agenda 2030 de Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible¹, en el marco europeo es de destacar el Pacto Verde Europeo, presentado por la Comisión en diciembre de 2019, que recoge una nueva estrategia de crecimiento para la UE basada en la neutralidad climática y en una economía eficiente en el uso de los recursos, donde dejen de producirse emisiones netas de gases de efecto invernadero en 2050, el crecimiento económico esté dissociado del uso de recursos, y se incremente la convergencia interregional. En la reunión del Consejo Europeo de diciembre de 2019, los países de la UE confirmaron el objetivo de la neutralidad climática para 2050. El Pacto Verde da respuesta a la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible y al Acuerdo de París de 2015 sobre lucha contra el cambio climático. El nuevo objetivo es reducir las emisiones netas de gases de efecto invernadero de la Unión en al menos un 55% para 2030 con respecto a los valores de 1990, lo que representa 15 puntos porcentuales frente al objetivo acordado en 2014. Objetivo que ha consagrado de forma vinculante el Reglamento UE 2021/1119, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 2021 por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática, llamado “Ley Europea sobre el clima”².

En materia de Movilidad, el Pacto Verde parte del hecho de que el transporte representa la cuarta parte de las emisiones de gases de efecto invernadero, por lo que busca reducir esas emisiones en el 90% en el horizonte de 2050, poniendo el acento en la reducción de la congestión urbana y la mejora del transporte público. La apuesta estratégica europea es incrementar el transporte de mercancías por ferrocarril y por vías navegables, reduciendo el transporte por carretera y el aéreo.

Con anterioridad al Pacto Verde, el Libro Blanco “Hoja de ruta hacia un espacio único europeo de transporte: por una política de transportes competitiva y sostenible”³, de 2011, ya, exponía una visión del futuro de la política europea de los transportes

¹ La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, aprobada por la Asamblea General en septiembre de 2015, identifica los compromisos adquiridos en las grandes conferencias y cumbres de Naciones Unidas (la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible Río +20, la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo y la Plataforma de Acción de Beijing), y renueva los Objetivos del Milenio, que se reformulan ahora en los Objetivos del Desarrollo Sostenible. Algunos de esos objetivos tienen particular incidencia en el tema que tratamos: los objetivos núm. 9 “Construir infraestructuras resilientes, promover la industrialización sostenible y fomentar la innovación”, y núm. 11 “Lograr que las ciudades sean más inclusivas, seguras, resilientes y sostenibles”, principalmente; aunque también los objetivos núm. 13 “Adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos” y núm. 7 “Energía asequible y no contaminante”.

² Los objetivos climáticos y la hoja de ruta trazada desde Europa consta de siete líneas de acción, y en todas ellas se fijan plazos para dictar medidas legislativas que apoyen el cambio y trazan objetivos concretos que cumplir, que ese centran en invertir en tecnologías respetuosas con el medio ambiente, apoyar a la industria para que innove, desplegar sistemas de transporte público y privado más limpios, descarbonizar el sector de la energía, garantizar que los edificios sean más eficientes desde el punto de vista energético y colaborar con socios internacionales para mejorar las normas ambientales mundiales.

³ COM (2011) 144 final, de 28 de marzo de 2011.

hasta 2050, que planteaba objetivos e iniciativas concretas en la política europea de transportes a largo plazo. Sus prioridades eran: (i) construir redes de transporte integradas que combinen diversos medios o tipos de transporte; (ii) mejorar y completar la Red Transeuropea de Transporte (RTE-T); (ii) crear ejes multimodales (o “nodos”); (iii) eliminar los puntos de congestión persistentes, ya fueran de carácter técnico o administrativo; (iv) mejorar las infraestructuras en los países que se incorporaron a la UE a partir de 2004; (v) fomentar la investigación, la innovación y la inversión en transportes para el futuro, en pro de un modelo que no dependiese del petróleo y apostase por alternativas fiables que permitiesen reducir las emisiones de gases de efecto invernadero.

La RTE-T constituye un eje fundamental de las políticas de la Unión en materia de transporte que tiene por finalidad superar la falta de uniformidad en la planificación y el desarrollo de infraestructuras en los países europeos. Iniciada su implantación en los años 90 del pasado siglo, la Red ha sido sometida a una profunda revisión en los últimos años. El resultado de la misma, en cuanto a su diseño y los mecanismos de financiación mediante fondos estructurales ha sido objeto de varios Reglamentos de la UE. Uno de 2013 creó el “Mecanismo Conectar Europa”⁴, que regula las condiciones de apoyo financiero comunitario a los proyectos de ejecución y mejora de la RTE-T, proponiendo la creación de una “red básica” para 2030, orientada en la sostenibilidad y la conectividad digital como elementos de una nueva estrategia de conexión europea articulada en grandes redes de transporte intermodal y grandes nodos logísticos. La red básica está constituida por un amplio entramado de rutas regionales y nacionales que convergen entre sí con el objetivo, cifrado para 2050, de que ningún ciudadano europeo tarde más de 30 minutos en conectar con la red básica, garantizándose a su vez la seguridad e interconexión del transporte.

Más recientemente, en diciembre de 2020, la Comisión Europea presentó su “Estrategia de movilidad sostenible e inteligente”, junto con un plan de acción consistente en 82 iniciativas para los próximos cuatro años. Este documento sentó las bases para la transformación ecológica y digital del sistema de transporte de la UE en cumplimiento de los planteamientos más genéricos del Pacto Verde Europeo. El objetivo más destacable de esta estrategia en materia de movilidad es reducir para 2050 un 90% las emisiones de CO₂ causadas por el transporte, planteando actuaciones en cinco áreas clave de actuación: promover vehículos, buques y aviones sin emisiones; fomentar el uso de combustibles hipocarbónicos y renovables; conseguir el objetivo de aeropuertos y puertos sin emisiones; aportar por la movilidad interurbana y urbana sostenible; e introducir mecanismos de tarificación del carbono. Asimismo, se aspira a una movilidad inteligente y digital,

⁴ Reglamento (UE) n.º 1316/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2013, por el que se crea el Mecanismo «Conectar Europa», por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 913/2010 y por el que se derogan los Reglamentos (CE) n.º 680/2007 y (CE) n.º 67/2010.

que modernice el sistema de transportes, haciéndolo más seguro y eficiente. Para lograrlo, la Comisión proyecta dos áreas adicionales de actuación: fomentar una movilidad multimodal conectada y automatizada, e impulsar la innovación, el uso de datos e inteligencia artificial para la movilidad.

2. Medidas adoptadas por el Estado

A nivel nacional, España ha iniciado un proceso de transformación de su planificación económica y de la regulación del sector del transporte para cumplir el objetivo de la neutralidad de emisiones en 2050. El hito normativo clave ha sido la aprobación de la 7/2021, de 20 de mayo, de Cambio Climático y Transición Energética, que prevé un conjunto de obligaciones para la reducción de emisiones y el aumento de los consumos de energías renovables. Asimismo, la Ley establece medidas específicas en materia de movilidad, entre las que destacan:

- (i) Se fija el objetivo para 2050 de conseguir un parque de turismos y vehículos comerciales ligeros sin emisiones directas de CO₂. A tal fin, a partir de 2040 no se podrán vender turismos y vehículos comerciales ligeros nuevos, no destinados a usos comerciales, que emitan CO₂.
- (ii) Todos los municipios de más de 50.000 habitantes deberán adoptar planes de movilidad sostenible que incluyan zonas de bajas emisiones. Los municipios de más de 20.000 habitantes también deberán aprobar zonas de bajas emisiones si su calidad del aire no es buena.
- (iii) Se establecen obligaciones para que las gasolineras coloquen puntos de recarga de coches eléctricos y para facilitar que se instalen en los edificios y aparcamientos. A partir de 2023, todos los edificios que no estén destinados a uso residencial y con más de 20 plazas de aparcamiento deberán contar con infraestructuras de recarga.
- (iv) Se elaborará un catálogo nacional de puntos de recarga disponibles.
- (v) El Gobierno fijará también objetivos de integración de combustibles alternativos en el transporte, con especial énfasis en los biocarburantes avanzados y otros combustibles renovables de origen no biológico.
- (vi) Se conmina al Gobierno a elaborar un proyecto de Ley de movilidad sostenible y financiación del transporte público, que también contemplará objetivos de penetración del ferrocarril en el transporte de mercancías en distancias superiores a los 300 kilómetros⁵.

⁵ A finales de 2020 se sometió a consulta pública un Anteproyecto de Ley de Movilidad Sostenible y Financiación del Transporte, que puede consultarse en <https://www.mitma.gob.es/el-ministerio/buscador-participacion-publica/consulta-publica-previa-la-ley-de-movilidad>. En enero de 2022, la Ministra de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana anunció que elevaría el anteproyecto de la ley al Consejo de Ministros en el mes de febrero.

Junto a ello, el Gobierno ha aprobado el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030⁶, elaborado para dar cumplimiento a las obligaciones recogidas en el Reglamento UE 2018/1999, que conmina a los Estados a elaborar Planes Nacionales que abarquen periodos decenales.

En el ámbito específico de la movilidad, el Consejo de Ministros aprobó, el 10 de diciembre de 2021, la “Estrategia de Movilidad Segura, Sostenible y Conectada 2030”, que contiene la hoja de ruta que guiará las actuaciones del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana (MITMA) en materia de transportes y movilidad en los próximos diez años⁷. Los principios básicos de la Estrategia son la Seguridad, la Sostenibilidad y la Conectividad. Los objetivos principales de la Estrategia son: integrar la movilidad en la planificación urbanística; optimizar los medios de transporte colectivos y compartidos; la innovación tecnológica, la seguridad biosanitaria; y potenciar los medios de transporte con bajo consumo energético, conectando en este punto con la anterior “Estrategia de Impulso del vehículo con energías alternativas en España (2014-2020)”, cuya ejecución puso en marcha los Planes de Impulso a la Movilidad con Vehículos de Energías Alternativas (MOVEA I y MOVEA II), que han aprobado importantes líneas de ayuda para apoyar la adquisición de vehículos alternativos, incluyendo tanto los eléctricos como los propulsados por gas licuado del petróleo (Autogas) y gas natural.

3. Tratamiento de la cuestión en Andalucía. Especial referencia al Plan de Infraestructuras del Transporte y la Movilidad de Andalucía (PITMA 2021-2030)

En Andalucía, la Ley 8/2018, de 8 de octubre, de medidas frente al cambio climático y para la transición hacia un Nuevo modelo energético recogió la llamada Estrategia Andaluza de Cambio Climático, cuyo desarrollo se realizó a través del Plan Andaluz del Cambio Climático (2010), el Programa de Mitigación 2007-2012, el Programa de Adaptación al Cambio Climático y el Programa de Comunicación en materia de Cambio Climático. La Estrategia Andaluza de Cambio Climático incluye tres programas, entre los que destaca el de “Mitigación de emisiones”, que define diez áreas estratégicas en materia de reducción de la emisión de gases de efecto invernadero. Para cada una de sus áreas estratégicas, de acuerdo con la Ley 8/2018,

⁶ Resolución de 25 de marzo de 2021, de la Dirección General de Política Energética y Minas y de la Oficina Española de Cambio Climático, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2021, por el que se adopta la versión final del Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030 (BOE de 31 de marzo de 2021). Los objetivos del Plan para el año 2030 son: (i) 23% de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero respecto a 1990; (ii) 42% de renovables en el uso final de la energía, lo que duplica el 20% del año 2020; (iii) 39,5% de mejora de eficiencia energética en la próxima década; (iv) 74% de presencia de energías renovables en el sector eléctrico, en coherencia con una trayectoria hacia un sector eléctrico 100% renovable en 2050.

⁷ <https://esmovilidad.mitma.es/>

se cuantifican objetivos de mitigación de emisiones *per cápita* que se combinan con medidas de carácter transversal, entre las que destacan medidas concretas en material de movilidad⁸.

Pero en el ámbito específico de la movilidad destaca el Plan de Infraestructuras de Transporte y Movilidad de Andalucía (PITMA 2021-2030)⁹, en fase de aprobación en la actualidad, que constituye el instrumento de planificación de las políticas en materia de infraestructuras y sistemas de transporte, con inclusión de los objetivos a conseguir para los distintos modos de transporte relacionados con la sostenibilidad del sistema productivo andaluz y con el nuevo papel que deberá desempeñar la movilidad en Andalucía. El propio Plan explica que su formulación

“supone un reto, pero también una oportunidad, ya que ha de servir para orientar todas las iniciativas y fondos hacia un cambio profundo en la política de infraestructuras de transportes y la movilidad. Ello además en consonancia con tendencias ya consolidadas desde hace varios años, tanto a nivel nacional como internacional, que propugnan una movilidad sostenible, basada en el uso racional de los recursos, tanto de los recursos financieros como de los naturales, y unas políticas que se centren en satisfacer las necesidades de los usuarios, priorizando la gestión de los servicios, frente al simple desarrollo de nuevas infraestructuras.

Es imprescindible además priorizar las estrategias y medidas centradas en la mitigación y adaptación frente al cambio climático. No se trata solo de contribuir a una menor emisión de gases de efecto invernadero, sino también de asegurarnos de que las infraestructuras de transporte son resilientes ante los efectos que causarán unos episodios climáticos extremos, tal como predicen actualmente los modelos.

A ello hay que sumar la necesidad de incorporar las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, dentro de una imparable tendencia a la digitalización de las infraestructuras y la movilidad, considerándolas siempre como una oportunidad para facilitar la vida cotidiana de los ciudadanos”.

⁸ El Programa de Mitigación incluido en los anexos del Plan incluye tres Líneas estratégicas principales en el área de Transporte y Movilidad : (i) mejorar la eficiencia energética de los distintos medios de transporte (Eficiencia energética en vehículos), (ii) optimizar la eficiencia de los modos de transporte de pasajeros y mercancías, que incluye mejoras en la gestión de flotas, desarrollo de sistemas de transporte inteligentes, digitales, tecnológicos y cooperativos, ampliación de la oferta intermodal y el desarrollo de servicios de información, mejoras en la gestión de la red de consorcios de transporte, mejorar la gestión y el desarrollo de la red logística; (iii) mejora de la eficiencia energética en las infraestructuras y en los servicios de transporte.

⁹ Cuya versión final, tras el periodo de información pública, se hizo pública en noviembre de 2021: https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/pitma_2021_2030_version_final_tras_ip_nov21.pdf

El PITMA se integra con otros documentos de planificación relevantes. En este sentido, el Gobierno andaluz es consciente de que planificación estratégica de las infraestructuras del transporte tiene que partir necesariamente de la ordenación del territorio, por lo que tiene en cuenta las previsiones del Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía (POTA), asumiendo la diagnosis del sistema de transportes que contiene el capítulo 2 (Sistemas de Articulación Regional) del Título III (Estrategias de desarrollo territorial) del POTA. De hecho, el programa de actuaciones del POTA preveía el desarrollo de planes en materia de infraestructuras del transporte. Por ello, el PITMA 2021-2030 se formula como un Plan con Incidencia en la Ordenación del Territorio con los efectos previstos en la legislación de ordenación territorial andaluza. Asimismo, el PITMA tiene en cuenta la Estrategia para la Transformación Económica de Andalucía 2021-2027, que contempla la mejora de las conexiones de la red de transportes, como en la conectividad digital, con objeto de disminuir las distancias en sentido amplio para alcanzar mayores cotas de integración y reducir los desequilibrios territoriales existentes dentro de Andalucía.

El PITMA pretende un profundo cambio en la política de infraestructuras de transportes y la movilidad dando centralidad a la lucha contra el cambio climático y la contaminación atmosférica, la reducción de la movilidad obligada, la desincentivación del crecimiento urbano difuso, la potenciación de la movilidad activa y una política clara de fomento del transporte público que apueste por la incorporación de la innovación tecnológica a la gestión del transporte y la movilidad.

El Plan fija seis objetivos estratégicos y específicos, y sobre éstos se definen nueve Líneas estratégicas. Cada Línea Estratégica se desarrolla mediante Programas, que dan cumplimiento a los objetivos estratégicos y específicos, desarrollando medidas relacionadas con la innovación tecnológica, la digitalización, el transporte público interurbano y metropolitano, las infraestructuras del transporte, la movilidad activa, la descarbonización de la economía en materia de transportes, infraestructuras sostenibles, puertos autonómicos, logística y transporte intermodal de mercancías, la coordinación interadministrativa y la formación y sensibilización en materia de movilidad. Esos objetivos estratégicos son:

1º.- Mejorar las capacidades de investigación e innovación y la asimilación de tecnologías avanzadas en materia de movilidad e infraestructuras del transporte:

Este objetivo busca fomentar la inversión en investigación e innovación, en particular el incremento del número de empresas innovadoras en los sectores de la estrategia de especialización inteligente, también mediante la compra pública de innovación y el desarrollo de nuevos productos, procesos y servicios.

2º.- Mejorar los servicios de movilidad que se prestan a los ciudadanos y a las empresas aprovechando las ventajas de la transformación digital:

La transformación digital de la sociedad ofrece la posibilidad de mejorar el acceso a la información sobre la movilidad, permitiendo que el usuario pueda individualizar y ajustar sus desplazamientos de acuerdo con sus preferencias o condicionantes. Esto es fundamental para pasar a una política de movilidad que priorice el servicio frente a la infraestructura.

3º.- Promover medidas en el sistema de movilidad dirigidas a la eficiencia energética y a la mitigación y adaptación ante el cambio climático:

En este objetivo se concentran las medidas de mitigación y de adaptación, orientadas a reducir la emisión de gases y a que las infraestructuras y servicios sean menos vulnerables, lo que supone transformar el sistema energético ligado a la movilidad. En este sentido, y en coherencia con lo establecido en el marco estratégico en materia de cambio climático, se asumen los objetivos del Plan Andaluz de Acción por el Clima de reducción de emisiones difusas de GEI del 39% en el año 2030 con respecto a 2005, así como reducir un 38% el consumo de energía en el transporte en esta década.

4º.- Desarrollar una red de infraestructuras para el transporte de personas y mercancías que responda adecuadamente a la demanda de movilidad, y que sea sostenible, resistente al cambio climático, inteligente, segura e intermodal:

Dada la situación periférica de Andalucía, una red de infraestructuras bien conectada y que cubra todo el territorio es fundamental para acceder a los principales mercados de la UE, aumentar la competitividad y garantizar la cohesión territorial. Las redes de infraestructuras (carreteras, sistemas ferroviarios, puertos y áreas logísticas) son el soporte de la movilidad de las personas y mercancías. En este punto, el Plan se propone superar las políticas centradas en la construcción de infraestructuras, para orientarlas hacia la movilidad, dimensionándolas de acuerdo la demanda, tras un análisis de su viabilidad técnica y económica. Las infraestructuras además deben diseñarse o mejorarse minimizando sus efectos sobre el medio, el cambio climático, la salud y la sociedad, haciéndolas sostenibles en un sentido amplio.

Han de incorporarse, además, medidas de adaptación al cambio climático, particularmente en las infraestructuras más sensibles, como los puertos, y que admitan el desarrollo de sistemas inteligentes de transportes, sin olvidar priorizar la seguridad de los ciudadanos. Asimismo, ha de fomentarse la utilización de diferentes modos y medios de transporte en los desplazamientos, fomentando su conexión e intermodalidad.

5º.- Avanzar en una movilidad regional sostenible:

En Andalucía, la movilidad presenta unos patrones claros de escasa sostenibilidad, con un predominio evidente del transporte por carretera y poca representatividad del ferrocarril. Por ello, una de las prioridades del Plan es fomentar el transporte en ferrocarril interurbano y en líneas interurbanas de autobús, atendiendo también a los ámbitos rurales y litorales. Es necesario además potenciar un transporte regional donde sea posible utilizar y combinar varios modos de transporte, siendo la intermodalidad una característica básica. A tal efecto resulta imprescindible mejorar la accesibilidad a los grandes nodos de transporte (estaciones de tren y de autobús, aeropuertos, puertos y áreas logísticas).

6º.- Promover la movilidad urbana y metropolitana multimodal sostenible:

El mayor número diario de desplazamientos en Andalucía se concentra en las nueve áreas metropolitanas. Por consiguiente, el Plan prioriza la movilidad multimodal y sostenible en estos ámbitos, en particular incentivando unos sistemas de transporte público más inclusivos, accesibles, sostenibles y eficientes, reduciendo las externalidades negativas del transporte (congestión, emisiones, calidad del aire, consumo energético). Ello debe hacerse siempre sobre la base de planes de movilidad sostenibles, potenciando hábitos de movilidad saludables y favoreciendo siempre el despliegue de sistemas inteligentes de transporte que favorezcan su gestión y lo acerquen a la ciudadanía.

Los recursos financieros para afrontar los compromisos asumidos por el PITMA 2021-2030, ascienden aproximadamente a 5.500 millones de euros, de los cuales más del 80% van destinados a la Línea Estratégica número 5, “infraestructuras sostenibles e intermodales”. Ello se debe a que en esta línea se contempla la inversión necesaria para la construcción de los sistemas ferroviarios metropolitanos y las grandes infraestructuras. La hipótesis de partida para abordar estas inversiones es contar con financiación pública procedente en su mayor porcentaje de fuentes específicas (procedente de diferentes mecanismos financieros de la Unión Europea). En menor porcentaje se contará con financiación pública directa del Estado y de la Comunidad Autónoma. Pero junto a ello, el Plan También apuesta claramente por las fórmulas de colaboración público-privada, especialmente para la construcción y gestión de infraestructuras de movilidad urbana e interurbana, así como las áreas logísticas y portuarias.

II. PALANCAS DEL CAMBIO DE PARADIGMA: LOS OBJETIVOS DE SOSTENIBILIDAD, INTERMOVILIDAD, INTERCONEXIÓN, MEJORA LOGÍSTICA, DIGITALIZACIÓN Y TRANSFORMACIÓN TECNOLÓGICA

1. Movilidad sostenible

Como hemos podido comprobar, la política europea, nacional y regional en materia de transporte y movilidad está presidida por los requerimientos de la descarbonización del modelo productivo y la necesidad de adaptar dicho modelo a los efectos del cambio climático¹⁰, que ha dado lugar a un nuevo concepto de movilidad en el que la idea de sostenibilidad es central.

Sin embargo, la adjetivación de la sostenibilidad como rasgo caracterizador de las políticas de movilidad se incorporó a nuestro ordenamiento con antelación incluso a la emergencia de estas nuevas preocupaciones. Así, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible introdujo una serie de reformas que, desde el prisma de la sostenibilidad medioambiental, incidían en la transformación del modelo energético, la reducción de emisiones, el transporte y movilidad sostenible. El Capítulo III del Título III de la Ley, sobre la “movilidad sostenible” (artículos 93 a 106) contenía importantes medidas de impulso y transformación del sector del transporte para incrementar su eficiencia económica y medioambiental y la competitividad en el mismo. Establece entre los principios aplicables a la regulación del transporte, los de gestión eficiente y el fomento de los medios de transporte de menor coste ambiental y energético. Asimismo, contempla medidas relativas a la planificación y gestión eficiente de las infraestructuras y servicios del transporte, incorporando como objetivos la promoción de la competitividad, la cohesión territorial y la movilidad sostenible y las prioridades de la planificación estatal en la materia, que se centran especialmente en el desarrollo del transporte ferroviario.

En la específica materia de “la movilidad sostenible” la Ley prioriza el fomento de los medios de transporte de menor coste social, ambiental y energético; establece el derecho y los cauces de la participación ciudadana y social en la toma de decisiones que afecten a la movilidad; y apunta, por primera vez, el cumplimiento de los compromisos que se adopten en el plano internacionales sobre preservación del clima y la calidad ambiental. La consideración de esos principios deberá realizarse en los

¹⁰ Para una perspectiva jurídica general de dichos efectos y retos, nos remitimos a las ponencias presentadas en el XVI Congreso de la Asociación de profesores de Derecho Administrativo, celebrado los días 4 y 5 de febrero de 2022 en Oviedo, en la sesión relativa a los nuevos retos del cambio climático. Y, en particular, a los trabajos escritos de los profesores SÁNCHEZ SÁEZ, A., “Novedades y retos actuales del patrimonio natural”, y ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, M., “El papel de los mercados de carbono en la mitigación del cambio climático”, que abordan la cuestión con carácter general y con cita de la bibliografía más actualizada; y que pueden consultarse en <http://www.aepda.es/AEPDAEntrada-3492-XVI-Congreso-de-la-AEPDA.aspx>

planes de movilidad sostenible, que la Ley regula en cuanto a su naturaleza, ámbito territorial (autonómico, supramunicipal o municipal), contenido mínimo, vigencia y actualización, supeditando la concesión de subvenciones estatales al transporte público urbano o metropolitano a la puesta en marcha de estos planes¹¹.

La Ley avanza también en el fomento de la movilidad sostenible en las empresas, incorporando la obligación de adoptar planes de transporte. Asimismo, en materia de promoción del transporte limpio por carretera, la Ley traspuso la Directiva 2007/46/CE, de 5 de septiembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre homologación de los vehículos de motor y de los remolques, sistemas componentes y unidades técnicas independientes destinados a dichos vehículos.

Todas las medidas contempladas en la Ley de Economía Sostenible de 2011 se han visto transidas e intensificadas por los ya comentados compromisos posteriores adquiridos por la Unión Europea y España en materia de descarbonización y cambio climático, que han intensificado ciertas coloraturas o matices de la idea de movilidad sostenible, que permiten que hoy este concepto se describa desde la triple perspectiva: social, económica y medioambiental. Sin renunciar a los objetivos clásicos de mejora y mantenimiento de infraestructuras y de seguridad, este nuevo paradigma ha impulsado el concepto de movilidad como una noción más amplia, que engloba, no sólo aquello que es inherente al transporte desde una perspectiva tradicional –desplazamiento de personas o bienes, entre un origen y un destino, consumiendo recursos cuantificables–, sino que además incluye todos aquellos condicionantes, necesidades, motivaciones y percepciones de los individuos, con el fin de situar al usuario en el centro de todo el sistema de transporte, que tiene que ser interconectado e intermodal. Por otra parte, el entendimiento de la sostenibilidad en sentido amplio hace evidente una mayor interacción entre políticas sectoriales de transporte, energía, industria, telecomunicaciones, urbanismo, medio ambiente o salud.

Tanto la Ley de Cambio Climático y Transición Energética de 2021, el Programa Nacional de Control de la Contaminación Atmosférica, el Programa Español de incentivos a la movilidad eficiente y sostenible, como la Estrategia de Movilidad segura, sostenible y conectada 2030, sientan las bases para la transición a una

¹¹ Las previsiones de la Ley en esta materia obligaron a actualizar el Plan Estratégico de Infraestructuras y Transportes, para lo que su disposición adicional cuarta fijaba el plazo de un año, reforzando el componente territorial estatal y autonómico a la planificación de la movilidad de ámbito municipal. El entonces vigente Plan Estratégico de Infraestructuras y Transporte de 2005 y la Estrategia Española de Ahorro y Eficiencia Energética en España (2004-2012) contemplaban los Planes de Movilidad Urbana Sostenible (PMUS) como la principal medida para conseguir una eficiencia en el transporte. Sin abandonar el enfoque local (pues la Ley prevé que los municipios que pretendan recibir subvenciones estatales para el transporte público debían tener aprobado un PMUS), sentó al mismo tiempo las bases de una planificación a mayor escala, tanto nacional como autonómica. La primera se refleja en la “Estrategia de Movilidad Segura, Sostenible y Conectada 2030” que aprobó el Gobierno de la Nación en 2021, y de la segunda es ejemplo el PITMA 2021-2030, cuyas respectivas medidas comentábamos anteriormente.

movilidad sostenible y descarbonizada, adoptando medidas concretas en relación, entre otras, con

- La planificación e inversión en infraestructuras de distribución y recarga de energías limpias.
- La exigencia de flotas cero emisiones (tanto en servicios públicos como en los servicios de distribución urbana de mercancías).
- La potenciación ferrocarril/transporte marítimo en mercancías.
- El fomento del transporte público, de los llamados vehículos de movilidad personal (VMP) y de la movilidad compartida (*pooling* y *sharing*), que requeriría una regulación uniforme, y no tan fraccionada o local, que es la perspectiva regulatoria adoptada hasta ahora.
- La penalización del transporte privado (zonas de exclusión, ecoetiquetas, carriles reservados a transportes públicos y de alta ocupación y transporte colectivo, tasas por uso, aparcamientos periféricos de disuasión, etc.)

Todo ello justifica la configuración de la “Movilidad sostenible” como el eje vertebrador de las tres primeras políticas palanca del llamado Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia¹² adoptado por el Gobierno de la Nación para la preparación del modelo económico, en el contexto de la pandemia del COVID-19, a la recepción de los fondos *Next Generation UE*: “Agenda urbana”, “infraestructuras resilientes” y “Transición energética”. Y asimismo explica la alineación del resto de políticas públicas del Plan de Recuperación a la idea central de sostenibilidad, como pone de manifiesto el conjunto de medidas previstas en el Real Decreto-ley 36/2020, 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

2. Movilidad digital, inteligente y segura

El segundo eje de la nueva regulación de la movilidad se orienta al diseño y gestión de una política de movilidad digital, conectada y segura. De los tres objetivos principales de la “Estrategia española de Movilidad Segura, Sostenible y Conectada 2030”, en línea con la “Estrategia europea de movilidad sostenible e inteligente 2020”, son, de un lado, garantía de la seguridad, que pretende garantizar una mayor protección de personas y bienes, mejorando los estándares y reduciendo la siniestralidad; lo que engloba la seguridad de las infraestructuras, seguridad operacional, la seguridad en casos de emergencia y crisis, la seguridad contra actos ilícitos y la ciberseguridad. Y, de otro

¹² https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/30042021-Plan_Recuperacion_%20Transformacion_%20Resiliencia.pdf

lado, la digitalización, entendida como “movilidad inteligente” en una triple vertiente de: (i) introducción de la innovación y los avances tecnológicos en el sector transporte, (ii) conectividad con el territorio, mediante redes y sistemas logísticos a escala europea; y (iii) conectividad multimodal, entre las distintas modalidades de transporte.

Uno de los vectores de convergencia entre estos objetivos es la generación y cesión de datos sobre movilidad y la preocupación por su gestión a nivel de prestación de servicios, lo que se traduce en el impulso de publicación de datos abiertos de movilidad y el desarrollo de aplicaciones y plataformas de movilidad.

En el primer orden de cuestiones, la Unión Europea ha aprobado una prolija normativa en materia de interconectividad y cesión obligatoria de datos de transporte entre los operadores de transporte y las autoridades europeas y nacionales competentes, que abarca la interoperabilidad de los conjuntos y los servicios de datos espaciales en la UE¹³; el desarrollo de la Red Transeuropea de Transporte¹⁴; la cesión obligatoria de datos para facilitar información mínima universal sobre el tráfico en relación con la seguridad vial¹⁵; y el suministro de servicios de información sobre desplazamientos multimodales¹⁶.

Por lo que respecta al desarrollo de aplicaciones y plataformas, las relevantes en materia de movilidad son las que facilitan la comercialización de productos que implican la distribución urbana de mercancías (comercio electrónico de productos –p. ej., *Amazon-* o servicios –p. ej., *Glovo-*) y, sobre todo, las que habilitan o dan soporte a la prestación de servicios de movilidad a la ciudadanía, (*blablacar*, *Huber*, *Cabify*, *VMP* en el entorno urbano, etc.). Frente a las primeras, la característica de éstas últimas es poner en contacto consumidores con servicios ajenos a la plataforma, dando soporte a la organización de la oferta y la demanda de aquel¹⁷.

Las plataformas de servicios de transporte son, por tanto, las que habilitan el “transporte a la demanda”. El artículo 2 del Reglamento UE 2017/1926 sobre suministro de servicios de información en desplazamientos multimodales (que crea una infraestructura de datos para de posibilitar el intercambio y el acceso público a información espacial en redes de transporte), distingue entre transporte programado,

¹³ Reglamento 1089/2010 y Directiva 2007/2/CE sobre interoperabilidad de los conjuntos y los servicios de datos espaciales en la UE.

¹⁴ Regulada en el antes citado Reglamento (UE) núm. 1315/2013.

¹⁵ Reglamento UE 886/2013, que complementa la Directiva 2010/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a los datos y procedimientos para facilitar información mínima universal sobre el tráfico en relación con la seguridad vial.

¹⁶ Reglamento UE 2017/1926 sobre suministro de servicios de información sobre desplazamientos multimodales.

¹⁷ La obra de referencia sobre esta cuestión es la de SRNICEK, N., *Capitalismo de plataformas*, Buenos Aires, Caja Negra editora, 2018. También son de gran actualidad en la descripción y manejo de los datos el Informe que la Comisión de Asuntos Económicos de Naciones Unidas presentó a la Asamblea sobre “Plataformas numéricas” (Informe núm. 3.127), en junio de 2020; y la publicación de la OCDE *An introduction to online platforms and their role in the digital transformation*, Paris, OCDE Publishing, 2019.

a demanda y personal. El Reglamento define el «transporte a la demanda» como el servicio de transporte de viajeros que se caracteriza por su itinerario flexible (movilidad privada de *sharing*, *pooling*, el taxi y la VTC, o los servicios públicos de transporte de demanda «dial-a-ride»), que requieren normalmente la interacción entre el proveedor de servicios de transporte a la demanda y los usuarios finales antes de la prestación (precontratación).

Las plataformas de transporte a demanda pueden ser unimodales o multimodales. Éstas permiten integrar en una oferta todo el transporte público (a cualquier nivel territorial) y el privado, el regular y el discrecional (las llamadas “Plataformas MaaS” -*Mobility as a Service-*, o plataformas de servicios integrados de transporte), lo que genera problemas jurídicos específicos:

- Competenciales: el nivel local fragmenta estas actividades y carece de poder regulatorio efectivo (caso de los VTC o de *Huber-Cabify* vs. Taxi). Las instancias superiores tienden a ampararse en competencias regulatorias que recaen sobre títulos ajenos al servicio subyacente: competencia, consumo, infraestructuras, bases y coordinación economía.
- De acceso del operador: el transporte a demanda está a caballo entre el transporte discrecional y el transporte regular de la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre de 1987 (basado en la oferta programada, previa concesión). En muchas de sus manifestaciones se mantiene al margen de la regla de la autorización previa.
- De modelo de colaboración: elección del “socio” para la integración de una oferta conjunta de servicios públicos con el mercado puede resultar problemática desde la normativa de contratación pública, la legislación de competencia y la de unidad de mercado.

A fin de plantear y resolver estos retos y cuestiones abiertas bajo un marco jurídico conocido, TARRÉS VIVES ha señalado la posibilidad de regular las plataformas de servicios de movilidad como servicio de interés general, como apuntan las reformas normativas recientes en países como Francia y Alemania¹⁸.

¹⁸ En la doctrina española, quien más y mejor ha estudiado esta cuestión es TARRÉS VIVES, M., en sus trabajos sobre “Economía colaborativa e innovación tecnológica en el transporte urbano de viajeros en automóviles de turismo”, *IDP: Revista de Internet, Derecho y Política* núm. 2019 ,28, más centrado en el problema de las plataformas de movilidad y la irrupción del fenómeno Huber; y, más recientemente, en el capítulo sobre “Los servicios de plataforma: entre la innovación tecnológica y el interés general. El ejemplo de los servicios de movilidad”, en la obra colectiva *Estrategias regulatorias. Servicios en plataforma*, Marcial Pons, 2021, pp. 161 a 195. También son de tener en cuenta los trabajos de TORNOS MÁS, J., “Derecho e innovación tecnológica: el caso Uber vs. Taxi”, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 3, pp. 655 a 708; y CEBOLLADA, A, y AVELLANEDA, P., “Movilidad Sostenible, salud y equidad social en la ciudad. Los retos de la transición en los entornos metropolitanos”, en la obra colectiva (coord. por SALOM, J.) sobre *Las áreas metropolitanas españolas, entre la competitividad y la sostenibilidad. Nuevas herramientas para una política urbana en el contexto global*, Tirant lo Blanch, Valencia 2020.

3. Movilidad intermodal, interconectada y logística

Otro de los ejes del nuevo paradigma de la movilidad pivota sobre los objetivos de la mejora de la conexión entre nodos y la mejor eficiencia del sector logístico, unido a la potenciación de la movilidad intermodal.

En este punto, todos los planes y estrategias a los que hemos hecho referencia, tanto a nivel europeo, como nacional y autonómico, insisten en la necesidad de incrementar de forma efectiva el transporte ferroviario de mercancías, que actualmente tiene en España cuotas significativamente inferiores a la media europea. Asimismo, señalan la necesidad de planificar e impulsar una política de intermodalidad que diversifique las modalidades de transporte pero, sobre todo, las conecte entre sí, desde las grandes redes hasta el ámbito urbano. En este último campo, se insiste especialmente en la conveniencia de apoyar y facilitar el desarrollo de normativa sobre distribución urbana de mercancías (DUM), fomentar y regular la movilidad urbana de “última milla” con VMP y digitalizar la cadena logística intermodal en puertos, aeropuertos y nodos terrestres.

Lógicamente, estos objetivos requieren una adecuada coordinación de las competencias de las distintas Administraciones públicas a nivel de la planificación, además de identificar y dimensionar las fuentes de financiación presupuestarias en el ámbito de la inversión de infraestructuras ferroviarias, portuarias y logísticas, que es -como veremos seguidamente- el punto central de la orientación hacia la financiación con fondos europeos y a la búsqueda de fórmulas de colaboración público-privada, porque se trata del capítulo que mayores inversiones requiere.

III. LA CUESTIÓN DE LA FINANCIACIÓN DE LAS INVERSIONES EN TRANSPORTE Y MOVILIDAD: POSIBILIDADES Y DIFICULTADES DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA ANTE LOS RETOS DEL EQUILIBRIO PRESUPUESTARIO

1. La colaboración público-privada como fórmula genérica de financiación y gestión de infraestructura de movilidad: alcance e instrumentos

Además de los nuevos retos que plantea la introducción de los novedosos objetivos de la sostenibilidad, la intermovilidad, la mejora logística y la transformación tecnológica, la construcción y explotación de infraestructuras vive, desde hace años, una tensión constante entre la contención financiera de las Administraciones públicas y una reclamación creciente por parte de la ciudadanía. No es un problema que derive sólo de la crisis económica que se inició en 2008, ni tampoco de la crisis

provocada por la pandemia del COVID-19. La tensión se remonta a la aprobación del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, adoptado por Resolución del Consejo Europeo celebrado en Amsterdam el 17 de junio de 1997. Este instrumento, clave fundacional del establecimiento del euro como moneda común, exigió la adopción sistemática de medidas de austeridad y reducción del gasto público y de contención del déficit presupuestario de los Estados a fin de garantizar la solvencia, competitividad y estabilidad que una moneda única necesita¹⁹. De ahí arranca la política de estabilidad presupuestaria y de sostenibilidad financiera que, al cabo, motivó la reforma del artículo 135 de la CE y la aprobación de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, ya en plena crisis financiera.

Dentro de las partidas que tienen más impacto en el déficit público, la construcción de infraestructuras ha sido siempre una de las principales. La capacidad financiera de las Administraciones es limitada, no solo por los principios que inspiran la legislación de contención del gasto público que acabamos de señalar, sino por la necesaria aplicación de los instrumentos de medición de la situación financiera de las cuentas públicas europeos de los que dicha política viene acompañada, desarrollados por EUROSTAT (Oficina Estadística de la Comisión Europea) en el marco del Sistema Europeo de Cuentas (SEC), que afectan de forma muy relevante a inversión en infraestructuras públicas, condicionando desde luego la planificación financiera de programas de inversión en infraestructuras de todas las Administraciones públicas.

Pese al volumen de déficit público -que impide asumir nuevas obligaciones de gastos sin embargo necesario mantener un cierto nivel de construcción de obra pública para satisfacer necesidades públicas. La pandemia del COVID19 ha hecho crecer las necesidades de actuación pública, y los nuevos fondos *Next Generation*, con toda la potencia inversora que conllevan, no pueden rehuir los mecanismos de medición contable del EUROSTAT.

Todo ello ha determinado que la planificación financiera de la ejecución de programas nacionales y autonómicos de inversión de infraestructuras asuman que, junto a la financiación proveniente de los Fondos europeos y de las limitadas posibilidades de los capítulos de gasto de los presupuestos nacionales, autonómicos y locales, que es absolutamente irrenunciable apoyar la ejecución de los programas de inversión en la llamada colaboración público-privada, particularmente en el sector del transporte y de la movilidad. En esto último coinciden todos los planteamientos, tanto en la Unión Europea²⁰, como en las Administraciones públicas nacionales, y constituye asimismo

¹⁹ Lo que justificó la introducción del artículo 126 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea por el Tratado de Lisboa para recoger el deber de los Estados de evitar déficits excesivos.

²⁰ Como trasluce claramente la Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento, al Consejo, al Comité Económico Social y al Comité de las Regiones “Europa en movimiento: una Agenda para una transición socialmente justa hacia una movilidad limpia, competitiva y conectada para todos” (COM/2017/0283 final). Según dicho documento, se estima que se necesitan 740.000 millones euros para completar los corredores

una clara apuesta del sector privado que opera en el sector de los transportes y la movilidad²¹.

Usualmente, en el campo de la gestión pública se denomina “colaboración público-privada” (CPP o PPP, por sus siglas en inglés, *Public-Private Partnership*) a los acuerdos o entre entidades del sector público y el sector privado que generalmente suponen una asociación (de ahí la denominación alternativa de Asociación público-privada o APP), ya sea institucionalizada o convencional, para la financiación y gestión a largo plazo de una infraestructura pública, de un servicio o actividad pública cuya organización y gestión es competencia de una Administración, por parte del sector privado.

Por regla general, en este tipo de acuerdos asociativos el capital privado financia proyectos, equipamientos y servicios que requieren de grandes inversiones a cambio de obtener un rendimiento con cargo, en todo o en parte, a los usuarios de la infraestructura o del servicio, con lo que se adelanta el coste de su implantación por el sector privado sin repercutir ese coste inicial, normalmente muy elevado, en los presupuestos públicos.

El término de asociación o colaboración público-privada, que proviene del mundo anglosajón, tiene unos contornos políticos y económico-financieros difusos y excesivamente genéricos entre nosotros, aunque –como decimos– por lo general designa las diferentes formas de cooperación entre el sector público y el privado, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión y/o el mantenimiento de una infraestructura, equipamiento o servicio. Financiación privada a largo plazo (bajo la fórmula de un *Project Finance Initiative*) que se ha utilizado en España para financiar proyectos específicos en el campo de los transportes, la sanidad pública, los servicios asistenciales, o la gestión de los residuos, la distribución de agua o de energía, o la implantación de equipamientos relacionados con nuevas tecnologías (TIC)²².

En el terreno jurídico, su recepción más neta y genuina fue la regulación del ya desaparecido “contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado”

básicos de la red transeuropea de transporte para 2030, y que serán necesarias cuantiosas inversiones adicionales para colmar las lagunas de las que actualmente adolece el mantenimiento de las infraestructuras en la mayoría de los Estados de la UE. Como literalmente dice el mencionado documento “*la movilización de estas enormes inversiones en el ámbito del transporte requerirá un importante esfuerzo combinado por parte de los sectores público y privado*”.

²¹ El observatorio de movilidad de la Cámara de Concesionarios de Infraestructuras, Equipamientos y Servicios Públicos (CCIES) ha hecho públicos en los últimos años algunos documentos que resumen bien la posición del sector, y que pueden consultarse en <https://www.ccies.org/quienes-somos-2/observatorio-de-movilidad>

²² Según datos del Tribunal de Cuentas Europeo de 2018, desde la década de 1990, en la UE han alcanzado la fase de cierre financiero 1.749 asociaciones público-privadas por un valor total de 336.000 millones de euros, gran parte de los cuales provenían de fondos europeos. La mayoría de las asociaciones público-privadas se ejecutan en el ámbito del transporte, que en 2016 representó un tercio de las inversiones de todo el año, por delante de la atención sanitaria y la educación (Informe especial núm. 9 de 2018).

como modalidad o forma típica de la contratación del sector público que incorporó de nuevo cuño la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, hoy derogada.

El legislador español decidió regular entonces un nuevo contrato típico de carácter administrativo, sin que el Derecho comunitario se lo exigiera, que quería dar cobertura legal a los fenómenos de colaboración público-privada que ya venían celebrándose por algunas Administraciones públicas, pero para los que las modalidades contractuales entonces vigentes, singularmente el contrato de concesión de obra pública o el de gestión de servicios públicos no eran especialmente aptas. La figura tenía su principal virtualidad en que permitía el reparto de riesgos entre la Administración y el contratista, así como una financiación anticipada por el sector privado mediante un “*project finance*”. Debe destacarse también el importante papel del operador económico o “socio privado”, que estaba llamado a participar en diferentes etapas del proyecto (diseño, realización, ejecución y financiación). En esta fórmula, el socio público se concentraba esencialmente en definir los objetivos, la calidad de los servicios propuestos y política de precios, al tiempo que garantizaba el control del cumplimiento de dichos objetivos²³. Las actuaciones preparatorias del contrato también eran singulares, tanto su adjudicación mediante el entonces novedoso procedimiento de diálogo competitivo, como, sobre todo, el documento de evaluación previa, con indiscutibles elementos del *project finance*, que permitía diseñar la inversión y prever su rentabilidad a lo largo del tiempo de acuerdo con un plan de viabilidad. Se trataba, en suma, de un contrato de un objeto enormemente versátil, pues en él podía encajarse casi cualquier prestación imaginable, pero de complejo régimen jurídico y no siempre fácilmente deslindable de otros contratos típicos que contemplaba la Ley.

En todo caso, lo cierto es que los contratos de colaboración público-privada tal y como eran regulados por el legislador de 2007 tuvieron escasa aplicación entre nosotros (probablemente por su gran complejidad), además de no ser siempre bien valorados, debido a la falta de adecuación entre las exigentes fases de preparación del contrato y de ejecución de las obras con la realidad administrativa y financiera de lo público, que, además –como se recordará-, vivió en la década subsiguiente a la regulación de dicha fórmula contractual una profunda crisis. De hecho, el balance del instrumento que ha hecho en tiempos recientes el Tribunal de Cuentas

²³ Este tipo contractual ha sido ampliamente descrito por la doctrina: CHINCHILLA MARÍN, C., “El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 132, 2006, págs. 609-644; GONZALEZ GARCÍA, J., “Contrato de colaboración público-privada” *Revista de Administración Pública*, núm. 170, 2006; DORREGO DE CARLOS, A., MARTÍNEZ VÁZQUEZ, F., (directores) y VILLARIÑO MARZO, J., (coord.), *La colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público. Aspectos administrativos y financieros*, La Ley, 2009; VÁZQUEZ GARRANZO, J., “Contrato de colaboración público-privada”, en *El nuevo marco de la contratación pública* (PAREJO ALFONSO, L., y PALOMAR OLMEDA, A., dir.) Bosch, 2012, pp. 241-362 y BRUNETE DE LA LLAVE, M^a.T., *Los contratos de colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público*, Dykinson, 2009.

Europeo no es nada positivo²⁴. Pudiendo calificarse de fracaso en algún caso bien conocido entre nosotros, como el de las autopistas radiales de Madrid, que obligaron incluso a un cambio normativo del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas para conjurar los efectos económicos negativos que por la vía de la responsabilidad (o del equilibrio económico del contrato) podrían transformar ese ahorro inicial en coste de compensación de daños al contratista²⁵.

El contrato de colaboración público-privada que introdujo el legislador de 2007 ha estado regulado como contrato típico durante 10 años en España, hasta su eliminación en la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP). Aunque la nueva Ley no impide la subsistencia de este tipo de contratos como contratos atípicos [artículo 25.1.b) de la LCSP], en puridad, estos supuestos de colaboración público-privada quedan subsumidos por los nuevos contratos de concesión de obra y de concesión de servicios, cuyo objeto es mucho más preciso y se traza con mayor claridad la obligación de trasladar el riesgo “operacional” al contratista, lo que permite también delimitar mejor el riesgo que asume la Administración.

Pero el contrato de concesión, ya sea de obras o de servicios, aun siendo la fórmula proverbial de la colaboración público-privada, no es ni mucho menos la única. Tanto el Derecho de la Unión Europea como el ordenamiento español han consagrado otros mecanismos legales que permiten articular dicha colaboración, y no siempre en el marco de un pacto o de un contrato entre el sector público y el privado; pues estas fórmulas de colaboración se enuncian en un sentido amplio, como cualquier asociación público-privada en la que el capital privado participa en la financiación y explotación de equipamientos, infraestructuras o actividades que corresponde implantar o desarrollar a las Administraciones y entidades del sector público.

²⁴ En el Informe especial del Tribunal de Cuentas antes citado (núm. 9 de 2018), que lleva por expresivo título “Asociaciones público-privadas en la UE: Deficiencias generalizadas y beneficios limitados” se analizan 12 ejemplos de asociaciones contractuales de colaboración público-privada en Europa en los que pone de relieve que la relación calidad-precio y la transparencia en estos contratos era ciertamente deficiente. Si bien la muestra de ejemplos auditados no era muy amplia, el Tribunal constató que los proyectos auditados (de los cuales dos eran autopistas españolas) no se gestionaron de forma eficaz y no proporcionaron una rentabilidad adecuada, debido a que se infrutilizaron y a que sufrieron retrasos y aumentos en los costes. Esto ocasionó un gasto ineficaz de 1.500 millones de euros, de los cuales 400 millones provenían de fondos de la UE, debido también a la falta de análisis pertinentes y de enfoques estratégicos con respecto al uso de las asociaciones público-privadas y los marcos jurídicos e institucionales. El Informe concluye que dado que sólo unos pocos Estados miembros tienen una experiencia consolidada y unos conocimientos especializados en la ejecución de proyectos de asociación público-privada con éxito, existe un alto riesgo de que éstas no contribuyan en la medida esperada al objetivo de destinar una mayor proporción de fondos de la UE a través de proyectos de financiación combinada, por lo que desaconseja su utilización hasta que no se consoliden buenas prácticas en la planificación y el adecuado diseño y ejecución de estas prácticas.

²⁵ HUERGO LORA, A., ha analizado este caso en “El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *Documentación Administrativa*, núm. 4, 2017.

Como reconocía la Comunicación de la Comisión de 23 de abril de 2003 sobre “Desarrollo de la red transeuropea de transporte: Financiaciones innovadoras” (COM/2003/0132 final), la colaboración público-privada es por tanto un género que agrupa a varias especies, todo un abanico de posibilidades que hacen referencia a modalidades diferentes de actuación por parte de los entes públicos. Así, el Libro verde sobre contratación pública de 2004 y el Libro verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE de 2011, señalan que el concepto de colaboración público-privada alude, en general, “a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio”.

Tras esta definición tan genérica, en los documentos de la Comisión Europea se acostumbra a realizar una primera diferenciación entre las modalidades institucionales, que son las que dan nacimiento a una persona jurídica que encarna el modelo colaborativo -sea un consorcio o una sociedad de economía mixta, por ejemplo-, de las modalidades meramente contractuales o convencionales, que nacen del acuerdo entre partes. Así lo reconoce también, para en el específico sector de los transportes el Libro blanco de la Comisión Europea “Hoja de ruta hacia un espacio único europeo de transporte: por una política de transporte competitiva y sostenible” [COM (2011) 144 Final, de 28 de marzo de 2011], que por lo demás hace una clara apuesta por el fomento de las asociaciones público-privadas para la financiación de las infraestructuras de transporte.

Si algo caracteriza la colaboración público-privada es, por tanto, su atipicidad, ni la legislación de contratos del sector público ni la legislación patrimonial contemplan un modelo contractual único ni específico para articular en un único molde la colaboración público-privada²⁶. Tampoco el Derecho de la organización pública designa claramente un modelo organizativo típico al efecto, con la excepción – acaso- de la sociedad de economía mixta.

La complejidad de este fenómeno explica sus múltiples manifestaciones, desde las que tiene carácter institucional porque dan lugar a la creación de una persona jurídica, hasta las de carácter paccionado, convencionales y contractuales, incluyendo entre éstas los contratos de gestión patrimonial de infraestructuras. Muchas de estas fórmulas han recibido un reciente respaldo en las normas de ejecución del llamado Plan español de Recuperación, Transformación y Resiliencia que ha previsto el Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, que también apuesta por fórmulas prototípicas de la colaboración público-privada, como el Consorcio, la sociedad de economía mixta y el contrato de concesión, al que prestamos atención especial por

²⁶ En palabras recientes del profesor GONZALEZ GARCÍA hay colaboración público-privada más allá de la Ley de Contratos del Sector Público, “Colaboración público-privada y transferencia de riesgos”, *Revista Ius et Veritas*, núm. 62, 2022.

ser la fórmula contractual más extendida y probablemente adecuada para canalizar la financiación privada en la construcción y gestión de infraestructuras de transporte y movilidad²⁷.

2. El régimen de las concesiones en la legislación de contratos del sector público y sus dificultades de rentabilización económica

– El concepto de riesgo operacional como elemento distintivo de los contratos de concesión

El régimen jurídico del cumplimiento de un contrato se define no sólo por las obligaciones asumidas por las partes, sino también por la distribución entre ellas de los riesgos asociados al contrato, las eventualidades no previstas que pueden afectar a las expectativas de rentabilidad. Todo contrato se halla expuesto en mayor o menor medida a fracaso, en términos de antieconomicidad de las prestaciones, por causas no imputables a las partes, frustrando las expectativas y los intereses que los contratantes han querido satisfacer con la celebración de aquél. El riesgo contractual es la posibilidad de este fracaso, y las técnicas de imputación del riesgo constituyen los mecanismos diseñados por las partes, o previstos en la Ley, para asignar a una, o ambas, de las partes el efecto perjudicial de la contingencia del fracaso.

La legislación de contratos públicos ha consagrado históricamente que la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista; principio en origen predicable del contrato de obras como típico contrato de resultado (a partir de la Ley de 1995 la regla se extiende a los demás contratos -donde ya se venía predicando por aplicación subsidiaria del contrato de obras-), en los términos que hoy recoge el artículo 197 de la LCSP.

Por su parte, la Directiva de concesiones 2014/23 y la LCSP establecen la novedosa exigencia de que un determinado tipo de contratista, el concesionario, asuma “un riesgo operacional (...) abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos” (artículo 14.4 de la LCSP, y concordantes). El riesgo operacional es un concepto distinto al riesgo y ventura (de hecho, el considerando 20 de la Directiva 2014/23 dice

²⁷ Hay todo un conjunto de factores que propician la preferencia de las fórmulas contractuales, vía contrato de concesión, frente a las institucionales y las convencionales para instrumentar mecanismos de colaboración público-privada. Un factor de peso es la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, que a fin de cuentas condiciona las políticas de gasto público que no externalizan al mercado el riesgo inversor y repercuten éste al déficit. Junto a ello confluyen las dificultades que provoca el sistema EUROSTAT para la creación de fórmulas de colaboración público-privada de carácter institucional que impliquen nuevas personificaciones (consorcios y sociedades de economía mixta) y el juego limitado que nuestro Derecho dan a los convenios, que no pueden tener objeto contractual, son factores coadyuvantes del mayor protagonismo de la concesión. Además, otra razón determinante de la preferencia por la gestión indirecta es el problema de las limitaciones a la incorporación de nuevo personal materializadas en la «tasa de reposición» establecida por la legislación estatal cada año a través de las Leyes de Presupuestos.

expresamente que el riesgo operacional debe distinguirse de los “riesgos inherentes a todo tipo de contrato”), mientras que la asunción de un riesgo operacional es justamente lo que distingue a las concesiones de obras y de servicios de todos los demás contratos, particularmente del contrato de servicios.

El concepto de riesgo operacional es la clave sobre la que pivota el nuevo régimen jurídico de las concesiones y lo que diferencia a éstas del contrato de servicios, donde ese riesgo no es transferido al contratista. A partir de esta idea y de su plasmación práctica, el Derecho de la UE ha querido mantener el atractivo de la institución concesional, imprescindible para que las inversiones en obras y servicios públicos alcancen los niveles que demanda la sociedad, y a la vez hacerla más transparente, segura y predecible en su comportamiento financiero, de modo que, por un lado, se modere el nivel de riesgo que el concesionario debe asumir, y, por otro, el riesgo asumido sea mucho más difícil de eludir o de transferir, para lo que además se han acotado dos instituciones compensatorias clásicas: el reequilibrio financiero del contrato y la responsabilidad patrimonial administrativa, que impactaban perjudicialmente -de modo sobrevenido- sobre las finanzas públicas en este tipo de contratos concesionales.

La doctrina ha puesto de manifiesto que, ello ha supuesto un replanteamiento, y en algunos casos un abandono, de las clásicas técnicas de modulación de los riesgos que la jurisprudencia y el legislador fueron elaborando desde los comienzos del siglo XX para paliar el riesgo imprevisible del concesionario como gestor indirecto de servicios públicos (basadas en la idea de reequilibrio económico de los contratos de concesión, como la teoría del *factum principis*), así como de las fórmulas contractuales atemperadas que vivió la concesión de servicios públicos, sobre todo en el ámbito local (gestión interesada, arrendamiento operativo, conciertos, etc.), que acabando fraguando incluso fórmulas personificadas específicas (sociedades de economía mixta)²⁸.

Como ha explicado HUERGO LORA, la construcción del concepto de riesgo operacional se ha forjado en la UE a impulso de dos vectores o ideas fuerza que inspiran, respectivamente, dos cuerpos normativos distintos y aparentemente distantes, la normativa de contratos del sector público y concesiones, un lado; y, de otro, la legislación presupuestaria sobre la definición de los conceptos de déficit y deuda, pero que persiguen en este punto una misma finalidad: contener la “huida

²⁸ GONZALEZ GARCÍA, J (2021), “Colaboración público-privada y transferencia de riesgos”, *op. cit.*; HUERGO LORA, A. “Skin in the game: riesgo operacional y responsabilidad patrimonial administrativa”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 74, pp. 20-33; y “El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *Documentación Administrativa*, núm. 4, 2017; LAGUNA DE PAZ, J.C. “Los contratos administrativos de concesión de servicios y de servicios a los ciudadanos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 204, 2017, pp. 41-68; y LAZO VITORIA, X., “El riesgo operacional como elemento delimitador de los contratos de concesión”, en GIMENO FELIU, J.M. (Dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, 2018.

a las concesiones” por ser éstas fórmulas contractuales tradicionalmente al margen de las Directivas de la UE (y, por tanto, no sujetas a las reglas de preparación y adjudicación), y evitar, por otro lado, que esa huida camufle la “huida al capital y a la contabilidad privada” mediante fórmulas de transferencia del déficit presupuestario, ya sea en concepto de inversiones que no computan en las reglas de déficit o de compensaciones ulteriores al contratista que impactan en el mismo²⁹.

La Directiva 2014/23 define el contrato de concesión para determinar su propio ámbito de aplicación y deslindarlo así del de la Directiva 2014/24, que regula el resto de los contratos públicos, puesto que lo que distingue a los contratos de concesión de obra y concesión de servicios de los contratos de obra y de servicios, respectivamente, es la asunción por el contratista (en los dos primeros casos) de un riesgo operacional, que por el contrario no se produce en los dos últimos casos.

La Directiva se hace eco de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y de los principios del SEC, pudiendo destacarse los siguientes rasgos caracterizadores de la figura de la concesión (artículo 5 y considerandos 18 a 20 y 52):

- (i) El concesionario debe asumir “un” riesgo operacional (artículo 5.1). Pero no es necesario que asuma “todo” el riesgo operacional”; se admite que el poder adjudicador retenga o asuma una parte de dicho riesgo. Se habla de “*la parte de los riesgos transferidos al concesionario*” (artículo 5.1) y admite que “*parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador*”.
- (ii) Ese riesgo operacional que debe asumir, al menos en parte, el operador económico (el concesionario) puede ser riesgo de demanda, riesgo de oferta o suministro, o ambos. En los trabajos preparatorios se habla de “riesgo de disponibilidad”, llamado también riesgo de oferta o suministro, y que alude a los potenciales retrasos o vicisitudes que pueden sufrir las obras que requiera la ejecución del contrato de concesión.
- (iii) Riesgo de demanda es “*el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato*”. Riesgo de oferta es “el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda”.
- (iv) El riesgo que debe asumir el concesionario, tanto en el caso del riesgo de demanda como en el de oferta, debe encontrarse en circunstancias que no dependen completamente de su actuación, es decir, debe ser un riesgo que no pueda evitar sólo con una buena gestión: “*un riesgo*

operacional debe derivarse de factores que escapan al control de las partes. Los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión”.

- (v) El riesgo asumido debe ser real: “*se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable*” (artículo 5.1).
- (vi) El riesgo debe ser real, pero puede ser pequeño, ya que “*el hecho de que el riesgo esté limitado desde el inicio no impedirá que el contrato se considere una concesión*”.
- (vii) Se admite que la remuneración proceda de la misma Administración y que ésta aporte activos a la concesión, e incluso “*ciertos regímenes en los que la remuneración procede exclusivamente del poder adjudicador o la entidad adjudicadora pueden considerarse concesiones si la recuperación de las inversiones y costes que hubiera satisfecho el operador para la ejecución de las obras o la prestación de los servicios depende de la demanda o del suministro efectivos de esos bienes o servicios*”.
- (viii) También es admisible que la Administración asuma parte del riesgo. El hecho de que el riesgo esté limitado desde el inicio no impedirá que el contrato se considere una concesión. Lo mismo ocurre, por ejemplo, en sectores con tarifas reglamentadas, o cuando se limita el riesgo operacional mediante regímenes contractuales que prevén una compensación parcial, incluida la compensación en caso de adelantarse la caducidad de la concesión por motivos atribuibles al poder o entidad adjudicador, o por causas de fuerza mayor.
- (ix) Para las concesiones de duración superior a cinco años, el plazo ha de estar limitada al período en el que resulte razonablemente previsible que el concesionario pueda recuperar las inversiones realizadas para

²⁹ En sus dos trabajos citados en la nota anterior.

explotar las obras y servicios, más un beneficio sobre el capital invertido en condiciones normales de explotación, *“teniendo en cuenta los objetivos contractuales específicos que haya asumido el concesionario a fin de satisfacer exigencias tales como la calidad o el precio para los usuarios. Esta previsión ha de ser válida en el momento de la adjudicación de la concesión. Debe ser posible incluir las inversiones iniciales y posteriores consideradas necesarias para la explotación de la concesión, como gastos de infraestructura, derechos de propiedad intelectual, patentes, equipo, logística, contratación, formación del personal y gastos iniciales. La duración máxima de la concesión debe estar indicada en los documentos relativos a la misma, a menos que la duración constituya un criterio para la adjudicación del contrato. Los poderes y entidades adjudicadores siempre deben poder adjudicar una concesión por un período inferior al necesario para recuperar las inversiones, siempre y cuando la compensación correspondiente no elimine el riesgo operacional”*.

Se trata, como puede comprobarse, de una regulación a la baja del riesgo operacional, puesto que se construye una normativa de alcance general para todas las concesiones, a partir de las excepciones y particularidades de distintos tipos contractuales concretos, pues:

- (i) No se exige el riesgo de construcción (que sí se exige, en cambio, en la normativa SEC), porque se incluyen concesiones de servicios que no incluyen necesariamente la construcción de una obra, sino sólo la prestación de un servicio o la explotación de una obra ya construida.
- (ii) No se exige el riesgo de demanda (es sólo una posibilidad) para evitar que la concesión sea poco atractiva para los inversores y también porque en los contratos de concesión de obra en los que no existe riesgo de demanda o es muy limitado (contratos de obras cuyo único usuario final es la Administración).
- (iii) Se admite que haya concesiones de riesgo muy limitado, siempre que ese limitado riesgo se transfiera. Y a la vez se admite que una parte del riesgo sea retenida por la Administración.

La calificación de un contrato como concesión a efectos de la Directiva debería implicar que el mismo no computa como déficit ni deuda a efectos del SEC, pero tal objetivo no está completamente asegurado porque se trata de normas diferentes, aplicadas por órganos diferentes. Además, la calificación del contrato a efectos del SEC puede variar a lo largo del tiempo, puesto que en cada ejercicio habrá que calificar las diferentes partidas. Podría suceder que en un determinado ejercicio se

exija computar como déficit y deuda el importe de un contrato celebrado años atrás, y ya en curso de ejecución, como consecuencia de un cambio de criterio sobre su clasificación en términos del SEC.

La nueva LCSP recoge el concepto de riesgo operacional en los mismos términos que la Directiva (artículo 14.4), y deja claro que la asunción del riesgo de demanda por parte del concesionario, en la medida en que éste se transfiera -sea poca o mucha-, determina que el concesionario no pueda pedir el restablecimiento del equilibrio financiero por el hecho de que la demanda de utilización de la obra no corresponda a las previsiones: *“no existirá derecho al restablecimiento del equilibrio económico financiero por incumplimiento de las previsiones de la demanda recogidas en el estudio de la Administración o en el estudio que haya podido realizar el concesionario”* (artículo 270.2, párr. 3º LCSP).

Por otro lado, la incorporación del concepto de riesgo operacional ha provocado que pierda toda relevancia, como criterio de distinción entre el contrato de servicios y la concesión de servicios, el hecho de que el servicio gestionado tenga –o no– la naturaleza de servicio público. Tanto la concesión como el contrato de servicios pueden referirse a la gestión de un servicio público o de un servicio que no tenga esa condición. De ahí que el régimen de ambos contratos se desdoble, con algunas normas especiales para el caso de que tenga por objeto un servicio público (artículos 284.2 y 312 LCSP).

Cuando no se transfiera el riesgo operacional al contratista no se está ante una concesión, sino de un contrato de servicios, siendo por tanto el riesgo operacional (su transferencia), y no el objeto, el criterio delimitador de ambos contratos³⁰; a partir de estos criterios:

- 1º) Atribución al contrato de concesión de servicios de la gestión de aquellos servicios *“cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del percibir el precio”*, explotación que *“implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional”* (artículo 15 LCSP).

³⁰ Sobre esta importante cuestión, véase: RAZQUÍN LIZÁRRAGA, J.A., *“La distinción entre contrato de servicios y concesión de servicios en la reciente jurisprudencia comunitaria y su incidencia en el ámbito interno”*, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2012; FUERTES LÓPEZ, M., *“Los riesgos del riesgo de explotación (Crítica a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea sobre las concesiones de servicio público y los contratos de servicios)”*. En Gimeno Feliú, J.M. (Dir.) y Bernal Blay, M.A. (Coord.), *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, 2013; GALLEGO CÓRCOLES, I. *“Distinción entre el contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios (I y II)”*, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, La Ley, núm. 111 y 112, 2011; y LAGUNA DE PAZ, J.C., *“Los contratos administrativos de concesión de servicios y de servicios a los ciudadanos”*, *Revista de Administración Pública*, núm. 204, 41-68, 2017.

2º) Configuración dual de esta concesión toda vez que podrá tener por objeto tanto servicios públicos, como servicios no públicos (artículo 284 LCSP); además de la traslación en bloque de los preceptos sobre el antiguo contrato de concesión de servicios públicos, con matices en los casos en que su objeto sean servicios públicos, y remisión expresa, con carácter supletorio, a la “regulación establecida (...) respecto al contrato de concesión de obras, siempre que resulte compatible con la naturaleza de aquel” (artículo 295 LCSP).

3º) Subsunción en el contrato de servicios de la gestión de aquellos servicios públicos en los que el prestatario no asuma el riesgo operacional en la gestión de los mismos; criterio que procede, de un lado, del razonamiento *a contrario sensu* de la definición vista del contrato de concesión de servicios y, de otro, de la amplísima conceptualización de los contratos de servicios como “aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio en forma sucesiva y por precio unitario” (artículo 17 LCSP), complementada con la regulación de las denominadas especialidades de los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía (artículo 312 LCSP).

Los contratos de servicios se caracterizan, además de lo anterior, por tener un plazo de duración máximo más corto que el de las concesiones. La reclasificación de algunos contratos de gestión de servicios públicos en forma de concesión como contratos de servicios, como consecuencia de que el criterio de definición es la asunción de un riesgo operacional y no de la calificación del servicio objeto del contrato como un servicio público, podía, teóricamente, causar problemas por esa reducción de plazos. No obstante, el problema se diluye bastante en la nueva LCSP, porque la diferencia de plazos es relativa en la práctica:

– Así, el plazo de las concesiones (regulado en el artículo 29.6) ya no puede fijarse sin más en el máximo (40 años para las concesiones de obras y las de servicios que impliquen ejecución de obras, 25 años para las de servicios que no impliquen ejecución de obras y 10 para las de servicios sanitarios que no impliquen ejecución de obras). Esos plazos máximos (que hasta ahora eran los únicos que había) quedan convertidos en un simple límite que no se puede superar, pero no en plazos que puedan ser utilizados en todo caso. Siempre que se quiera que la concesión tenga un plazo superior a cinco años, tendrá que fijarse “*el [plazo] que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos*”³¹.

³¹ El RD-L 36/2020 de medidas para la ejecución de los fondos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia dispone, respecto del plazo de las concesiones de obras y servicios adjudicadas de acuerdo al

– Por otro lado, los contratos de servicios (artículo 29.4) ya no están sometidos a un rígido corsé, porque el plazo máximo (cinco años, incluidas las prórrogas), puede superarse en la medida en que “*excepcionalmente, en los contratos de servicios se podrá establecer un plazo de duración superior al establecido en el párrafo anterior, cuando lo exija el período de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato y éstas no sean susceptibles de utilizarse en el resto de la actividad productiva del contratista o su utilización fuera antieconómica, siempre que la amortización de dichas inversiones sea un coste relevante en la prestación del servicio, circunstancias que deberán ser justificadas en el expediente de contratación con indicación de las inversiones a las que se refiera y de su período de recuperación*”.

– El tratamiento de los contratos de concesión en las cuentas públicas según el Manual EUROSTAT

La edición 2016 del Manual de EUROSTAT sobre deuda y déficit público incluye un nuevo capítulo acerca de los contratos de colaboración público-privada (PPP), que -como ya hemos dicho- comprenden, entre otros, los contratos de concesión. En dicho Capítulo se aplica a dichos contratos la regulación contenida en el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea (SEC) y se establecen los criterios a tener en cuenta para el tratamiento de los PPP como gasto público.

Conforme al SEC 2010, el gasto público en la ejecución de una obra pública por el sector privado debía computarse en las cuentas públicas durante el periodo de tiempo de construcción de la obra; mientras que los de concesión permitían a la Administración concedente repartir e imputar el gasto a lo largo de los años de duración del contrato.

A pesar de las ventajas que en principio presentan los contratos de concesión bajo ese prisma, determinadas previsiones contractuales pueden implicar que los mismos computen como deuda pública por el total del valor de la obra ejecutada, perdiendo por tanto la ventaja que supone la distribución del gasto en un periodo de tiempo mucho más largo. El Manual de EUROSTAT sobre deuda y déficit público

Plan que el período de recuperación de la inversión a que se refiere el artículo 29 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, “será calculado de acuerdo con lo previsto en dicho artículo así como con lo establecido en el Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, mediante el descuento de los flujos de caja esperados por el concesionario, si bien la tasa de descuento a aplicar en estos casos será el rendimiento medio en el mercado secundario de la deuda del estado a treinta años incrementado en un diferencial de hasta 300 puntos básicos. El instrumento de deuda y el diferencial anteriores que sirven de base al cálculo de la tasa de descuento podrán ser modificados por Orden de la Ministra de Hacienda previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, para adaptarlo a los plazos y condiciones de riesgo y rentabilidad observadas en los contratos del sector público” (artículo 56).

2016 regula en detalle tanto las características que debe cumplir el contrato para considerarlo PPP, como los elementos contractuales que han de evaluarse para evitar esas contingencias desde el punto de vista de las cuentas públicas.

El SEC señala que para evitar el impacto de la infraestructura en las cuentas públicas, lo esencial es que la mayoría de los riesgos y beneficios en la construcción, operación y mantenimiento de la infraestructura deben recaer en el contratista. El sector privado debe por tanto asumir lo que el SEC denomina “la propiedad económica del activo”, como hemos señalado al analizar el concepto de riesgo operacional.

Según dichas reglas, para que un contrato se pueda calificar como PPP y por tanto no computar a los efectos del SEC: (i) una parte significativa de la inversión debe ser asumida por el contratista (efectivo traslado de “un” riesgo operacional); (ii) la Administración debe retribuir de forma regular al contratista por medio de pagos por disponibilidad o por demanda de la infraestructura y dichos pagos deben de suponer la parte sustancial de la retribución total al contratista; (iii) la vida útil de la infraestructura no debe ser inferior a la duración del contrato; y, (iv) en aquellos contratos que tengan por objeto la reforma o rehabilitación de infraestructuras existentes, el valor de la misma a la conclusión de la rehabilitación debe ser del doble al inicial.

Desde el punto de vista del socio público, éste debe ser integrante del sector Administraciones Públicas tal y como el mismo se define en el SEC, lo que en circunstancias normales excluiría a las sociedades mercantiles públicas productoras de mercado, si bien habrá que analizar caso por caso, porque se considerarán incluidas si existe una intervención financiera y control directo o indirecto de la Administración sobre las mismas.

En aquellos supuestos en los que la sociedad concesionaria sea una sociedad de participación pública o de economía mixta, para evitar la contingencia presupuestaria habrá que tener en cuenta el porcentaje de participación de la Administración en la misma, y si aun no poseyendo la mayoría del capital, posee mecanismos que le otorguen el control directo o indirecto de la sociedad de economía mixta.

En cuanto al tipo de contrato, este debe abarcar al menos el diseño, construcción y mantenimiento, pudiendo incluir también la explotación de una obra. Ésta puede llevarla a cabo la Administración, si bien será necesario evaluar si los ingresos que ésta percibe de los usuarios por el uso de la infraestructura es mayor, o no, a la retribución que percibe el contratista de la Administración, pues ello afectaría al tratamiento contable del gasto.

Si bien la mayor parte de la inversión debe ser asumida por el contratista, será necesario evaluar la existencia de cualquier forma de financiación directa o indirecta

por parte de la Administración, ya sea por medio de préstamos, subvenciones, ayudas o exenciones fiscales. Especial atención debe igualmente prestarse al otorgamiento de garantías por parte de la Administración.

Como venimos indicado reiteradamente, la piedra angular reside en la asunción del riesgo, tanto durante la fase de construcción por desviaciones en costes, como durante la fase de operación y mantenimiento. Durante esta fase el contratista percibirá un pago por disponibilidad y/o por demanda y asumirá los riesgos derivados de demanda de la infraestructura por debajo de la prevista, y mantendrá los niveles de disponibilidad previstos contractualmente.

En cuanto a los beneficios a percibir por el contratista por encima de los previstos, no deberán ser limitados por la Administración siempre y cuando no sean consecuencia de decisiones adoptadas por ésta. Tales beneficios pueden derivar tanto de las circunstancias macroeconómicas, mejores condiciones financieras, economías de escala y eficiencia, etc.

– La afectación de la legislación sobre desindexación a la economía del contrato de concesión y sus repercusiones para la colaboración público-privada

Desde la perspectiva de la rentabilidad de los contratos de concesión, también son muy relevantes las implicaciones que introdujo la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, y su Reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero. Se trata de una cuestión clave, que condiciona enormemente la licitación de nuevas concesiones de obra pública y desincentiva de forma significativa las posibilidades de la colaboración público-privada.

Un elemento importante del problema viene dado por el plazo de duración de los contratos de concesión –que ha quedado analizado-, y su condicionamiento legal al cálculo que se haga de recuperación de las inversiones junto con el rendimiento del capital invertido, que ha de hacerse teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos en cada caso (artículo 29.6 de la LCSP).

A la hora de establecer el plazo máximo de duración del contrato, la LCSP señala expresamente que el período de recuperación de la inversión será calculado de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto al que se refieren los artículos 4 y 5 de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española (artículo 29.9 LCSP).

Por su parte, el artículo 3.1.a) de la Ley 2/2015 establece que sus previsiones son de aplicación a: “*Las revisiones de cualquier valor monetario en cuya determinación intervenga el sector público. A tales efectos, se entiende por sector público el conjunto*

de organismos y entidades enumeradas en el artículo 3.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre”, referencia, esta última, que hoy ha de entenderse hecha la a la LCSP de 2017.

Junto a ello, el artículo 4.1 de la Ley de desindexación, relativo al régimen aplicable a la revisión periódica y predeterminada de valores monetarios, señala que “Los valores monetarios referidos en el artículo 3.1.a) no podrán ser objeto de revisión periódica y predeterminada en función de precios, índices de precios o fórmulas que los contenga”; aunque a renglón seguido se establece la posibilidad de establecer excepcionalmente un régimen de revisión de dichos valores “siempre que sea en función de precios individuales e índices específicos de precios, cuando la naturaleza recurrente de los cambios en los costes de la actividad así lo requiera”, añadiendo la necesidad de que se autorice reglamentariamente (en los términos que prevé el apdo. 3º del artículo 4 de la Ley).

El Reglamento al que se remite la Ley de desindexación es el antes citado R.D. 55/2017, de 3 de febrero, cuyo artículo 9, relativo a la “Revisión periódica y predeterminada de precios en los contratos del sector público distintos a los contratos de obras y a los contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas”, es el que resulta aplicable a los contratos de concesión. El apdo. 3º del citado precepto establece la revisión periódica y predeterminada de los precios, transcurridos dos años desde la formalización del contrato y ejecutado al menos el 20 por ciento de su importe, cuando concurren acumulativamente las siguientes circunstancias:

- a) Que el período de recuperación de la inversión del contrato sea igual o superior a cinco años, justificado conforme al criterio establecido en el artículo 10.
- b) Que así esté previsto en los pliegos, que deberán detallar la fórmula de revisión aplicable, siguiendo las especificaciones que establece el del apdo. 4º del propio artículo 9.

Junto a ello, se prevé que en ningún caso podrá tener lugar la revisión cuando ya haya transcurrido el período de recuperación de la inversión del contrato.

Por su parte, el artículo 10 del R.D. 55/2017, relativo al “Período de recuperación de la inversión de los contratos”, define dicho periodo como “aquél en el que previsiblemente puedan recuperarse las inversiones realizadas para la correcta ejecución de las obligaciones previstas en el contrato, incluidas las exigencias de calidad y precio para los usuarios, en su caso, y se permita al contratista la obtención de un beneficio sobre el capital invertido en condiciones normales de explotación”. Para su cálculo, al apdo. 4º del artículo 10 fija una fórmula matemática que se hace

depender de la estimación de los flujos de caja provenientes de la explotación³², que se dividen por la llamada “tasa de descuento”. El valor de esta última será el rendimiento medio en el mercado secundario de la deuda del Estado a diez años en los últimos seis meses incrementado en un diferencial de 200 puntos básicos. En todo caso, se prevé que el instrumento de deuda y el diferencial que sirve de base al cálculo de la tasa de descuento podrán ser modificados por Orden del Ministro de Hacienda y Función Pública, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, para adaptarlo a los plazos y condiciones de riesgo y rentabilidad observadas en los contratos del sector público.

A la vista de este régimen legal, se extrae que:

- (i) la revisión de precios de los contratos de concesión está condicionada y limitada, exigiéndose para que sea posible determinados presupuestos de hecho y condiciones objetivas de aplicación (artículo 9 del R.D. 55/2017).
- (ii) El periodo de recuperación de la inversión (artículo 10 del R.D. 55/2017) depende de una fórmula de cálculo de flujos de caja de proyecto que pivota en gran medida de una tasa de descuento basada en el rendimiento medio en el mercado secundario de la deuda del Estado a diez años en los últimos seis meses, incrementado en un diferencial de 200 puntos básicos; si bien la fórmula de cálculo de esa tasa de descuento puede modificarse con relativa facilidad, a través de una Orden Ministerial.

Tomado los datos que proporcionan DÍAZ-TEJEIRO y MARTÍNEZ GARCÍA-LOYGORRI³³, a mediados de 2021, el rendimiento medio en el mercado secundario de la deuda del Estado a diez años en los últimos seis meses, incrementado en 200 puntos básicos, se obtiene que una concesión de obra pública debe partir de una Tasa Interna de Retorno (TIR) de proyecto antes de impuestos en euros constantes del 2,25%. La relación entre ambas rentabilidades y el establecer la tasa de descuento en términos constantes, en el caso de que no todos los términos del flujo de caja se vean incrementados de igual forma, representa una baja la rentabilidad nominal después de impuestos, que es la que llega al accionista/inversor, lo que conlleva un indeseable efecto de apalancamiento en proyectos de inversión³⁴. El establecimiento

³² El cálculo de los flujos de caja no incluirá cobros y pagos derivados de actividades de financiación antes de impuestos (“El flujo de caja procedente de las actividades de explotación comprenderá, entre otros, cobros y pagos derivados de cánones y tributos, excluyendo aquellos que graven el beneficio del contratista”) y en euros constantes (“La estimación de los flujos de caja se realizará sin considerar ninguna actualización de los valores monetarios que componen”).

³³ “Implicaciones de la ley de desindexación de la economía española en el desarrollo de nuevas concesiones de infraestructuras”, <https://www.linkedin.com/pulse/implicaciones-de-la-ley-desindexaci%C3%B3n-econom%C3%ADa-en-el-javier/?originalSubdomain=es>

³⁴ DÍAZ-TEJEIRO y MARTÍNEZ GARCÍA-LOYGORRI cifran esta realidad en un ejemplo concreto que nos parece bastante esclarecedor, y que además afecta al sector que ha puesto más claramente de manifiesto las deficiencias del sistema de cálculo de la tasa de descuento en la legislación sobre desindexación, el de construcción de carreteras (téngase en cuenta que el Plan Nacional de Carreteras de 2017 apelaba ampliamente

de la tasa de descuento que hace la legislación de desindexación, limitando la rentabilidad de los proyectos al bono del Tesoro español a 10 años más 200 puntos básicos, constituye a todas luces un nivel insuficiente de rentabilidad a ojos de los potenciales financiadores. A los niveles actuales, el rendimiento ofrecido rondaría el 2,29%, cuando el coste de capital está en una horquilla de entre el 7% y el 7,5%.

Desde el sector privado se insiste al Gobierno en la necesidad de modificar el cálculo de la tasa de descuento y mejorar la rentabilidad³⁵, o al menos aplicar alguna excepción como ha hecho en el caso de los proyectos financiados por los fondos *Next Generation* a través del RD-L 36/2020, cuyo artículo 56, incluye una excepción a la Ley de desindexación al prever que en los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios que se financien con cargo a fondos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia la tasa de descuento será el rendimiento medio en el mercado secundario de la deuda del Estado a 30 años incrementado en un diferencial de hasta 300 puntos básicos³⁶.

En cualquier caso, y sin perjuicio la posibilidad en la que hemos de insistir de variar el modo de cálculo de la tasa de descuento mediante Orden Ministerial, esta modificación acordada para las concesiones financiadas con los fondos europeos de recuperación lleva consigo, sin ninguna duda, una subida del tipo de descuento a aplicar. En primer lugar, de forma directa, a través de la ampliación del diferencial lineal aplicado, que se incrementa hasta en 100 puntos básicos adicionales. Pero, en segundo término, se produce también un ascenso por vía indirecta, al alterarse los activos tomados como referencia, valorándose la rentabilidad en el mercado de la deuda pública a treinta años, en vez de la emitida a diez años. Y ello porque, en condiciones generales, el sometimiento a un mayor plazo de vencimiento de los títulos se acompañará de una mayor rentabilidad, al existir una mayor incertidumbre y riesgo acerca del efectivo reintegro. Con la última subasta del Tesoro, ese nivel alcanzaría el 4,297%, lo que puede ayudar a incrementar el interés de los inversores en fórmulas de colaboración público-privada.

a la financiación público-privada, y su ejecución ha puesto claramente de manifiesto la dificultad de la que estamos hablando). El ejemplo se refiere al Estudio de viabilidad del Contrato de concesión de Obras para la ejecución, conservación y explotación de la Autovía A-7 Crevillente-Murcia, aprobado en febrero de 2021 y sometido a información pública por la Dirección General de Carreteras del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana (BOE núm. 59 de 10 de marzo). En él, y cumpliendo con las premisas de la LCSP, de la Ley de Desindexación y del Reglamento que la desarrolla, se establece una TIR de proyecto antes de impuestos en € constantes de 2,18%.

³⁵ Véase, por ejemplo, el Informe de la Cámara de Concesionarios de Infraestructuras, Equipamientos y Servicios Públicos sobre el “Plan de inversión en concesiones para la reconstrucción de la economía” de junio de 2021 https://www.ccies.org/wp-content/uploads/2020/07/CCIES-Plan-inversion_julio-2020.pdf

³⁶ Asimismo, la norma permite ampliar el plazo de duración de las concesiones mediante el aumento del plazo de recuperación de las inversiones. Sobre esta excepción para los fondos *Next Generation* y sus efectos en la economía de la concesión esclarecedor el trabajo de ESTEBAN RÍOS, J., “El fomento del modelo concesional y la correcta ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia: medidas orientadas a ampliar la duración de las concesiones”, publicado en el Observatorio de la contratación pública en julio de 2021, <http://www.obcp.es/opiniones/el-fomento-del-modelo-concesional-y-la-correcta-ejecucion-del-plan-de-recuperacion>

HACIA LA PRESERVACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES: CLÁUSULAS AMBIENTALES DE LA CONTRATACIÓN, ESPACIOS NATURALES, CAMBIO CLIMÁTICO, MINAS, AGUAS Y ENERGÍA