Cuadernos de Derecho Regulatorio
Vol. 2 2024

Equipo editorial

Comité de dirección:

Director: José Esteve Pardo
Universidad de Barcelona (UB)

Codirector: Marc Tarrés Vives
Universidad de Barcelona (UB)

Secretario: Maur Diaz Jover
Universitat Oberta de Catalunya (UOC)

Comité editorial:

Josep Mª Castellà Andreu
Belén Noguera de la Muela
Mariola Rodríguez Font
José Andrés Rozas Valdés
Universidad de Barcelona (UB)

Comité asesor:

Jean Bernard AubySciences Po Paris.
Maria de Benedetto. Università degli Studi RomaTre.
Martin Burgi. Ludwig Maximilian Universität. München.
Juan Antonio Carrillo Donaire. Universidad de Sevilla.
Mercedes Fuertes López. Universidad de León.
José Carlos Laguna de Paz. Universidad de Valladolid.
Alba Nogueira López. Universidad de Santiago de Compostela.
Manuel Rozados Oliva. Universidad de Cádiz.
Ángel Ruiz de Apodaca Espinosa. Universidad de Navarra.
Alberto Ruiz Ojeda. Universidad de Málaga.
Suzana Tavares da Silva. Universidade de Coimbra.
Mª Asunción Torres López. Universidad de Granada.
Francisco Villar Rojas. Universidad de La Laguna.

Cuadernos de Derecho Regulatorio

Vol. 2

2024

Marcial Pons
MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2024

© MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
San Sotero, 6 - 28037 MADRID
☎ (91) 304 33 03
https://revistasmarcialpons.es/cuadernosdederechoregulatorio
ISSN: 3020-6162
Depósito legal: M. 15.626-2013
MADRID, 2023

ÍNDICE

Pág.

LOPER BRIGHT*: UNA CONMOCIÓN QUE SE VEÍA VENIR. LA *SUPREME COURT* DE EE.UU. REVOCA LA DOCTRINA *CHEVRON, *por José Esteve Pardo* 11

1. ¿QUÉ PASÓ EN *CHEVRON*? 12
2. LA INDAGACIÓN EN DOS FASES (*TWO-STEP APPROACH*) SOBRE LA VOLUNTA DEL LEGISLADOR 15
3. IMPACTO Y EFECTOS DE UNA DOCTRINA DOMINANTE DURANTE CUARENTA AÑOS SOBRE LA DEFERENCIA JUDICIAL ANTE INTERPRETACIONES LEGALES DE LAS AGENCIAS 17
4. SE VEÍA VENIR: LAS TEORÍAS «ORIGINALISTAS» DE UNA JURISPRUDENCIA QUE LLEVA A *LOPER BRIGHT* 19
5. EL CASO *LOPER BRIGHT V. RAIMONDO* Y LA RECUPERACIÓN DE POTESTADES DE CONTROL POR LOS TRIBUNALES 21
6. LA REVOCACIÓN DE LA DOCTRINA CHEVRON. UN APUNTE FINAL 26

LA MEJORA REGULATORIA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA AMÉRICA ESPAÑOLA, *por José Ignacio Hernández González* 29

1. INTRODUCCIÓN 30
2. LA POLÍTICA DE LA MEJORA REGULATORIA EN LAS NUEVA LEGISLACIÓN DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA AMÉRICA ESPAÑOLA 32
3. EL ENFOQUE DE POLÍTICAS PÚBLICAS: EL CICLO REGULATORIO Y LOS ESPACIOS DE PRUEBA REGULATORIO. 39
4. CONCLUSIÓN. 44

ESTUDIOS I:
EL BINOMIO AGUA Y ENERGÍA

EL BINOMIO AGUA Y ENERGÍA DESDE UNA PERSPECTIVA JURÍDICA Y ECONÓMICA. EXCEPCIONES A LA RECUPERACIÓN DE COSTES ANTE LA ELEVACIÓN DE LOS PRECIOS DE LA ENERGÍA, *por Andrés Molina Giménez* 49

1. INTRODUCCIÓN 49
2. MARCO REGULADOR DE LA RECUPERACIÓN DE COSTES 51
3. DELIMITACIÓN DEL PRINCIPIO EN EL CONTEXTO REGULADOR DE LA DIRECTIVA MARCO DEL AGUA 53
4. LÍMITES DERIVADOS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA 56
5. AUSENCIA DE EFECTO DIRECTO DEL PRINCIPIO DE RECUPERACIÓN DE COSTES 60
6. ÚLTIMAS EXCEPCIONES A LA RECUPERACIÓN DE COSTES EN ESPAÑA. LA ORDEN MINISTERIAL TED/157/2023, DE 21 DE FEBRERO, QUE REGULA AYUDAS A LA DESALACIÓN EN EL ÁMBITO DEL SEGURA Y A LA CONDUCCIÓN JÚCAR-VINALOPÓ, PARA REDUCIR LA REPERCUSIÓN DEL COSTE ENERGÉTICO 61

Pág.

7. CONCLUSIONES 65

LA APUESTA POR EL ALMACENAMIENTO DE ENERGÍA RENOVABLE CON CENTRALES HIDROELÉCTRICAS REVERSIBLES EN CANARIAS *, por Francisco José Villar Rojas* 67

1. ALMACENAMIENTO MEDIANTE CENTRALES HIDROELÉCTRICAS REVERSIBLES EN CANARIAS 67
2. APUNTE SOBRE LOS SISTEMAS ELÉCTRICOS INSULARES Y SU REGULACIÓN SINGULAR 69
3. ALGUNAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS SOBRE EL ALMACENAMIENTO.. 71
4. EXPERIENCIA INSULAR CON EL ALMACENAMIENTO MEDIANTE CENTRALES HIDROELÉCTRICAS REVERSIBLES 74
5. REFLEXIÓN FINAL 75

HIDRÓGENO (RENOVABLE): LA ENERGÍA DEL AGUA. *por Lorenzo Mellado Ruiz* 77

1. EL HIDRÓGENO RENOVABLE COMO EL VECTOR ENERGÉTICO DEL FUTURO 77
2. LA NECESIDAD DE UN MARCO EUROPEO REGULATORIO ADECUADO: ENTRE LA INTERVENCIÓN Y EL MERCADO 80
3. LA SITUACIÓN A NIVEL INTERNO 86
4. BREVES CONCLUSIONES FINALES 90

BIBLIOGRAFÍA CITADA 91

CALIDAD NORMATIVA Y RACIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN EL SECTOR ENERGÉTICO EUROPEO: A PROPÓSITO DE LOS PROCESOS DE CONCESIÓN DE AUTORIZACIONES DE ENERGÍAS RENOVABLES*, por Dolors Canals Ametller* 93

1. INTRODUCCIÓN: EXPECTATIVAS JURÍDICAS Y RIESGOS DEL DERECHO 94
2. CALIDAD NORMATIVA Y RACIONALIDAD ADMINISTRATIVA: INSTRUMENTOS CONOCIDOS Y SECTORIALMENTE INSUFICIENTES 96
3. MEDIDAS RECIENTES DEL DERECHO EUROPEO PARA RACIONALIZAR LOS PROCESOS DE CONCESIÓN DE AUTORIZACIONES DE ENERGIAS RENOVABLES 98

LA NUEVA ÉPOCA AMBIENTALIZADA DEL DERECHO DE AGUAS CHILENO, Y LAS EXIGENCIAS Y MEDIDAS DE ADAPTACIÓN DERIVADAS DE LA LEY MARCO DE CAMBIO CLIMÁTICO*, pot Christian Rojas Calderón* 115

1. INTRODUCCIÓN 116
2. EL SISTEMA JURÍDICO DEL DERECHO DE AGUAS EN CHILE 116
3. LA GRAN REFORMA AL RÉGIMEN GENERAL DE LOS RECURSOS HÍDRICOS CONTINENTALES: EL *NUEVO* CÓDIGO DE AGUAS A PARTIR DE LA LEY Nº 21.435 DE 2022 O LA *NUEVA ÉPOCA AMBIENTALIZADA* DEL DERECHO DE AGUAS CHILENO 121
4. LA LEY MARCO DE CAMBIO CLIMÁTICO, Y EL ARTÍCULO 293 BIS DEL CÓDIGO DE AGUAS 126
5. CONCLUSIONES 131

Pág.

LA RECUPERACIÓN DE LOS COSTES DE PRODUCCIÓN Y SUMINISTRO DE AGUAS RESIDUALES REGENERADAS, *por Esteban Arimany Lamoglia* 133

1. REGENERAR AGUAS RESIDUALES Y SUMINISTRAR LAS REGENERADAS GENERA COSTES..... 133
2. EL SUJETO DESTINATARIO DE LA RECUPERACIÓN DE LOS COSTES DEL SERVICIO DE PRODUCCIÓN Y SUMINISTRO DE AGUAS REGENERADAS..... 135
3. LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS COMPETENTES PARA DETERMINAR LOS MECANISMOS DE RECUPERACIÓN DE COSTES DENTRO DEL MARCO LEGAL: EL CASO DE ANDALUCÍA..... 139
4. LOS MECANISMOS AL ALCANCE DE LAS CORPORACIONES LOCALES PARA RECUPERAR COSTES..... 141
5. LA PERSPECTIVA DE LOS TRIBUTOS, EN ESPECIAL AUTONÓMICOS, AFECTADOS A LA EJECUCIÓN Y, EN SU CASO, EXPLOTACIÓN DE OBRAS HIDRÁULICAS..... 143
6. MEDIDAS DE FOMENTO ECONÓMICO DE LA REUTILIZACIÓN..... 145
7. CONCLUSIONES..... 146

NUEVAS FUENTES PARA ACTUALES PROBLEMAS. EL SUMINISTRO DE AGUA COMO PRODUCTOR DE ENERGÍA RENOVABLE, *por Maur Díaz Jover*..... 149

1. INTRODUCCIÓN..... 150
2. EL PAPEL DEL ABASTECIMIENTO DE AGUA POTABLE EN LA LEY DE CAMBIO CLIMÁTICO..... 151
3. LOS CONDICIONANTES JURÍDICOS AL USO DEL AGUA DE ABASTECIMIENTO PARA LA GENERACIÓN DE ENERGÍA HIDROELÉCTRICA..... 153
4. LUCIDPIPE: TURBINAS EN LA CIUDAD DE PORTLAND..... 158
5. CONSIDERACIONES FINALES..... 160
6. BIBLIOGRAFÍA..... 161

SOSTENIBILIDAD Y RIESGO COMO PARADIGMAS REGULATORIOS EN LA CONEXIÓN AGUA Y ENERGÍA, *por José Esteve Pardo* 163

1. LA EXPANSIÓN Y APARENTE DOMINIO DE LA SOSTENIBILIDAD Y OTROS CONCEPTOS PROCEDENTES DE LA ECOLOGIA 163
2. LA REFERENCIA CONSTITUCIONAL. UTILIZACIÓN RACIONAL DE LOS RECURSOS NATURALES Y SU TRANSFONDO CIENTÍFICO..... 164
3. LAS LÍNEAS DE PROTECCIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES Y SUS COBERTURAS..... 165
4. EL RIESGO, LA SOCIEDAD DEL RIESGO, COMO CONCEPTO COETÁNEO A LA SOSTENIBILIDAD. SUS DIFERENCIAS DE MATRIZ CIENTÍFICA Y DE OPERATIVIDAD..... 166
5. LA CRECIENTE EXPANSIÓN DE LOS RECURSOS HÍDRICOS NO CONVENCIONALES. EL PANORAMA CARACTERÍSTICO DE LA SOCIEDAD DEL RIESGO. 167
6. LA APLICACIÓN DEL SISTEMA PROPIO DE LA REGULACIÓN DE RIESGOS. SU INCORPORACIÓN A LA RECIENTE NORMATIVA EUROPEA Y NACIONAL..... 168

BIBLIOGRAFÍA 171

Pág.

ESTUDIOS II:
TENDENCIAS Y MODELOS EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

LA SUPERVISIÓN DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA: LA PERSPECTIVA DE LA OFICINA INDEPENDIENTE DE REGULACIÓN Y SUPERVISIÓN DE LA CONTRATACIÓN, *por María Luisa Araujo Chamorro* 175

1. LA OFICINA NACIONAL DE EVALUACIÓN: REGULACIÓN Y ACTIVIDAD. 176
2. EL INFORME ESPECIAL DE SUPERVISIÓN SOBRE LA CONTRATACIÓN DE CONCESIONES 178
3. RECOMENDACIONES PARA UN MEJOR FUTURO PARA LAS CONCESIONES.... 181

LA FISCALIZACIÓN DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN EL ÁMBITO DEL TRANSPORTE TERRESTRE, *por Isabel Fernández Torres*..... 183

1. INTRODUCCIÓN 183
2. LA UNIÓN EUROPEA Y LA FISCALIZACIÓN DE LA CPP 185
3. LA ACTIVIDAD FISCALIZADORA DEL TRIBUNAL DE CUENTAS EN RELACIÓN CON LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA 186
4. LA FISCALIZACIÓN DE LA CPP EN ESPAÑA TRAS LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO DE 2017 188
5. FISCALIZACIÓN POR LOS ÓRGANOS DE CONTROL EXTERNO 191
6. CONCLUSIÓN 196

POR UNA MEJOR COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA AL SERVICIO DE LA CIUDADANÍA, *por José María Gimeno Feliu* 197

LOS CONTRATOS ESPECIALES DE OPERACIÓN DE LITIO (CEOL) EN EL MARCO DE LA NUEVA ESTRATEGIA NACIONAL DEL LITIO EN CHILE, *por Christian Rojas Calderón*..... 201

1. INTRODUCCIÓN 201
2. LA ESTRATEGIA NACIONAL DEL LITIO (ENL) 202
3. LA MINERÍA Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS SUSTANCIAS MINERALES EN CHILE 207
4 EN ESPECIAL, EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL LITIO 214
5. CONCLUSIONES 218

EL COLAPSO DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN ESPAÑA , *por Alberto Dorrego* 219

1. EL CONCEPTO DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA: CPP Y CONCESIONES 219
2. ¿EXISTE COLABORACIÓN PUBLICO-PRIVADA EN ESPAÑA?..... 223
3. ¿POR QUÉ HA COLAPSADO LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA?..... 226

ALGUNOS ASPECTOS SOBRE EQUILIBRIO ECONÓMICO DE LAS CONCESIONES, *por Francisco José Sospedra Navas* 231

NOTA ACLARATORIA..... 231

Pág.

1. INTRODUCCIÓN ... 231
2. *FACTUM PRINCIPIS*: ACTUACIONES PROPIAS DE LA ADMINISTRACIÓN CONTRATANTE ... 232
3. *FACTUM PRINCIPIS, IUS VARIANDI* Y CAMBIOS LEGISLATIVOS ... 234
4. MODIFICACIONES UNILATERALES DE LA CONCESIÓN. ... 234
5. ERRORES EN LOS PLIEGOS-OFERTAS PATOLÓGICAS. ... 236
6. LEYES ESPECIALES: MEDIDAS LEGISLATIVAS POR LA PANDEMIA DE LA COVID. ... 236
7. EQUILIBRIO ECONÓMICO EN EL PERIODO DE PROLONGACIÓN O PRÓRROGA FORZOSA ... 239

CONTRATOS CONCESIONALES Y EQUILIBRIO ECONÓMICO. EL RIESGO IMPREVISIBLE, *por Joaquín Tornos Mas* ... 241

1. INTRODUCCIÓN ... 241
2. LA VIDA DEL CONTRATO CONCESIONAL: RIESGO Y VENTURA Y EQUILIBRIO ECONÓMICO ... 242
3. EL NECESARIO REEQUILIBRIO DE LAS CONCESIONES. EL SUPUESTO DEL RIESGO IMPREVISIBLE ... 244
4. LA RECUPERACIÓN DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO. ¿CÓMO PUEDE RECUPERARSE?. ... 249
5. CONCLUSIÓN. ... 251

ESTUDIOS III: MOVILIDAD Y COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

ELEMENTOS Y MODELOS DE REGULACIÓN DE LA MICROMOVILIDAD COMPARTIDA. UN APRENDIZAJE EN CAMINO HACIA LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA, *por Xavier Bach Coma y Marc Tarrés Vives* ... 255

1. INTRODUCCIÓN. EXPERIENCIAS MÁS ALLÁ DE LA *LEY DE MOVILIDAD SOSTENIBLE* ... 255
2. LA REGULACIÓN: EL EQUILIBRIO PARA GOBERNAR LA MICROMOVILIDAD COMPARTIDA ... 257
3. CARACTERÍSTICAS Y RIESGOS DE LOS MODELOS DE REGULACIÓN IMPLANTADOS. ... 264
4. CONCLUSIONES. LA NECESIDAD DE UN MARCO NORMATIVO COMÚN ... 268
5. BIBLIOGRAFÍA ... 269

COMENTARIO A LAS SENTENCIAS 4704/2024, 4705/2024 Y 3333/2024 DEL TRIBUNAL SUPERIORDE JUSTICIA DE CATALUÑA SOBRE LA «TASA AMAZON» O «TASA DE LA ÚLTIMA MILLA», *por Marina Serrat Romaní* ... 273

1. CONTEXTO ... 273
2. ANÁLISIS ... 276
3. CONCLUSIONES ... 283

LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TRANSPORTE URBANO BAJO DEMANDA EN AUTOMÓVILES DE TURISMO (TAXI Y VTC). DATOS COMPARATIVOS PARA UNA REFLEXIÓN SOBRE ESOS SERVICIOS DE MOVILIDAD EN EL ÁREA

Pág.

METROPOLITANA DE BARCELONA, *por Marc Tarrés Vives y Camilla Jacod*..... 285

1. ESTADO DE LA CUESTIÓN..... 285
2. EL TAXI EN CATALUÑA Y EN EL ÁREA METROPOLITANA DE BARCELONA: ALGUNOS DATOS..... 287
3. LA PRESIÓN TURÍSTICA SOBRE LOS SERVICIOS DE TAXI Y VTC: DATOS COMPARATIVOS ENTRE CIUDADES EUROPEAS..... 289
4. CONSIDERACIÓN AL RÉGIMEN DE CONTINGENTACIÓN EN EL NÚMERO DE LICENCIAS DE TAXI Y A LAS LIMITACIONES EN EL NÚMERO DE AUTORIZACIONES VTC..... 291
5. LA COMPLEJIDAD DE LA REGULACIÓN ESPAÑOLA FRENTE A LA DE OTROS PAÍSES..... 293
6. EL TURISMO COMO ELEMENTO ADICIONAL DEMANDA DE LOS SERVICIOS DE MOVILIDAD URBANA EN VEHÍCULOS DE TURISMO CON CONDUCTOR. DATOS COMPARATIVOS ENTRE CIUDADES EUROPEAS..... 296
7. CONCLUSIONES..... 302
8. BIBLIOGRAFÍA..... 304

HACIA UNA REGULACIÓN PARA LAS PLATAFORMAS DIGITALES QUE PRESTAN SERVICIOS DE MOVILIDAD. EL EJEMPLO CHILENO, *por Fernanda Navarro Pérez, Sebastián Herrera Tapia*..... 305

1. INTRODUCCIÓN..... 305
2. EL CASO DE LA CIUDAD DE CHICAGO..... 306
3. EL CASO DE CHILE..... 309
4. CONCLUSIONES..... 312
5. BIBLIOGRAFÍA..... 313

LA TRANSFORMACIÓN DE LA MOVILIDAD URBANA UCRANIANA EN TIEMPOS DE GUERRA. EL AJUSTE A LA ESTRATEGIA DE LA UE PARA UNA MOVILIDAD SOSTENIBLE E INTELIGENTE, *por Olha Tylchyk*..... **315**

1. PROBLEMAS DE REGULACIÓN LEGAL EN LA GESTIÓN DEL SECTOR PÚBLICO DESPUÉS DEL COLAPSO DE LA UNIÓN SOVIÉTICA Y LA IMPORTANCIA DE LA DESCENTRALIZACIÓN EN UCRANIA PARA EL DESARROLLO DE LA MOVILIDAD URBANA..... 315
2. POLÍTICA ESTATAL PARA EL DESARROLLO DE LOS TERRITORIOS EN EL MARCO DE LA REFORMA ADMINISTRATIVO-TERRITORIAL EN EL PERÍODO ANTERIOR A LA GUERRA SOBRE EL EJEMPLO DE LA GESTIÓN DEL TRANSPORTE..... 318
3. EL CONCEPTO DE MOVILIDAD URBANA SOSTENIBLE SEGÚN LA LEGISLACIÓN DE UCRANIA..... 320
4. REGULACIÓN LEGAL DE LA MOVILIDAD URBANA EN UCRANIA EN EL CONTEXTO DEL ATAQUE ARMADO DE RUSIA: DESAFÍOS Y SOLUCIONES..... 322
5. CONCLUSIONES..... 326

Cuadernos de Derecho Regulatorio
Vol. 2 | 2024
pp. 11–27
Madrid, 2024
DOI: 10.37417/cudere/vol_2_2024_2660
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
© José Esteve Pardo
ISSN: 3020-6162

LOPER BRIGHT : UNA CONMOCIÓN QUE SE VEÍA VENIR. LA *SUPREME COURT* DE EE.UU. REVOCA LA DOCTRINA *CHEVRON*

José Esteve Pardo

Catedrático de Derecho Administrativo.
Universidad de Barcelona.

SUMARIO: 1. ¿QUÉ PASÓ EN *CHEVRON*?.— 2. LA INDAGACIÓN EN DOS FASES (*TWO-STEP APPROACH)* SOBRE LA VOLUNTAD DEL LEGISLADOR.— 3. IMPACTO Y EFECTOS DE UNA DOCTRINA *DOMINANTE* DURANTE CUARENTA AÑOS SOBRE LA DEFERENCIA JUDICIAL ANTE INTERPRETACIONES DE LAS AGENCIAS.— 4. SE VEÍA VENIR: LAS TEORÍAS «ORIGINALISTAS» DE UNA JURISPRUDENCIA QUE LLEVA A LOPER *BRIGHT*.— 5. EL CASO *LOPER BRIGHT V. RAIMONDO* Y LA RECUPERACIÓN DE POTESTADES DE CONTROL POR LOS TRIBUNALES.– 6. LA REVOCACIÓN DE LA DOCTRINA *CHEVRON.* UN APUNTE FINAL.

RESUMEN: En el caso *Loper Bright Enterprises et al v. Raimondo Secretary of Commerce et al.*, resuelto por sentencia de 28 de junio de 2024, la *Supreme Court* de los Estados Unidos de América ha revocado la llamada doctrina *Chevron* que durante los últimos cuarenta años ha dominado el espacio en el que confluían las agencia y los tribunales, determinado el alcance del control judicial y, correlativamente, el margen de deferencia a las agencias. Una doctrina como se ve, del todo central, en el Derecho administrativo y particularmente en su frente del Derecho regulatorio (*Administrative Law and Regulatory Policy*, por usar los términos de una exposición a la que volveremos). Por la conexión que se entabla entre estos dos casos, *Chevron* y *Loper Bright,* parece conveniente presentarlos tal como se han sucedido, en su secuencia histórica y doctrinal,

ABSRACT: In the case of *Loper Bright Enterprises et al v. Raimondo Secretary of Commerce et al.*, decided by judgment of June 28, 2024, the Supreme Court of the United States of America has overruled the so-called Chevron doctrine that for the last forty years has dominated the space in which agencies and courts converged, determining the scope of judicial control and, correlatively, the margin of deference to agencies. A doctrine, as it turns out, entirely central to Administrative Law and Regulatory Policy. Due to the connection established between these two cases, Chevron and Loper Bright, it seems appropriate to present them as they have occurred, in their historical and doctrinal sequence,

1. ¿QUÉ PASÓ EN *CHEVRON*?

Chevron tenía todas las trazas para ser un caso del todo irrelevante en la jurisprudencia del Corte Suprema de los Estados Unidos de América. El tema que abordaba —unas cuestiones técnicas de derecho medioambiental que afectaban a ciertos grupos industriales— no había suscitado ningún interés en la opinión pública y muy escaso en los círculos académicos más atentos a estas materias. Tampoco habían merecido atención alguna las tres sentencias que sobre esa regulación se habían dictado por un tribunal de alto rango y prestigio como es el *D. C. Circuit 1*. La propia sentencia de la *Supreme Court* pasó completamente desapercibida cuando se dictó el 25 de junio de 1984.

Pero al cabo de unos meses la sentencia del caso *Chevron v. Natural Resources Defense Council* comenzó a ser reiteradamente invocada ante diversos tribunales y a ser estudiada y debatida profusamente en las Escuelas de Derecho, en sus revistas y en las exposiciones generales de Derecho administrativo de Estados Unidos. Hoy *Chevron* es la sentencia más conocida y citada del mundo. Desde luego, la primera en los *rankings* de los que tanto gustan los estadounidenses: más de 17.000 citas en litigios judiciales y más de 22.000 en libros y revistas académicas [2].

El asunto era, en principio, muy sencillo: se trataba de interpretar y concretar una serie de términos y conceptos —como los de burbuja, *bubble*, o fuente, *source*, contaminante— de una ley federal muy importante en la lucha contra la contaminación atmosférica, la *Clean Air Act* de 1970.

Pero, en realidad, la verdadera cuestión estaba en determinar quién realizaba esa interpretación, qué instancia estaba facultada para ello: si era la agencia, en este caso la *Environmental Protection Agency* (*EPA*) o los tribunales de justicia; más concretamente, si la interpretación de estos conceptos que había realizado ya la *EPA* en diversas resoluciones y directrices suyas podía ser revisada por los tribunales. La Corte Suprema había de adentrarse así en el centro neurálgico del Derecho público occidental allí donde se cruzan la ley, la administración y los tribunales —el núcleo duro del derecho administrativo— formando un tejido complejo en el que con frecuencia hay

---

[1] *d. C. Circuit* es la denominación abreviada de la *United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit.* Su competencia territorial es muy reducida, pero lo es en torno a Washington donde tienen su sede los principales órganos del sistema institucional de EEUU, ello propicia que sea el tribunal de apelación que ordinariamente conoce de los asuntos derivados del Congreso y de las principales agencias, así como de los órganos centrales de la administración de los EEUU. Así es como muchos de los casos, desde luego los más relevantes, que llegan a la *Supreme Court* han sido previamente objeto de revisión ante el *D.C. Circuit* y que entre los jueces que integran la *Supreme Court* sea frecuente la presencia de los que previamente han servido en el *D. C. Circuit*, cuatro de nueve en la Corte actual, que decide en el caso *Loper Bright*.

[2] Por supuesto, la bibliografía es abundantísima, baste al efecto la exposición general y reciente, apuntando ya la crisis de *Chevron, que* se contiene en el libro de Merrill, T: *The Chevron doctrine. Its rise and fall, and the future of Administrative Law,* Cambridge, Harvard University Press, 2022.

que intervenir con la precisión y el bisturí del cirujano. Los problemas se agudizan cuando, como era el caso, la ley deja márgenes de valoración y de interpretación[3].

¿Qué pasó en Chevron? Como se ha dicho, el origen del caso se sitúa inequívocamente en la *Clean Air Act*. Esta Ley aprobada por el Congreso de los Estados Unidos en 1970 establecía un régimen de control e intervención administrativa sobre actividades e instalaciones industriales con potencial contaminante sobre la atmósfera. Algunos conceptos utilizados por la *Clean Air Act* resultaban del todo decisivos en la aplicación del régimen que implantaba. Unos conceptos que, desde nuestras categorías, bien podían considerarse conceptos jurídicos indeterminados. Así el concepto de fuente contaminante, *source*, que se definía como «*any building structure, facility, or installation wich emits or may emit any air pollution*». O el concepto de burbuja, *bubble,* con el que pretendía describirse un área industrial en la que se apreciaba una densa concentración de instalaciones y de fuentes contaminantes. Estos y otros conceptos de la *Clean Air Act* admitían diversas interpretaciones y concreciones de las que dependían cuestiones de una gran relevancia práctica. Así, entre otros, no se precisaba en la norma si el concepto de fuente contaminante se refería a un concreto artefacto técnico, como podía ser una chimenea, o al conjunto de una instalación, una refinería, por ejemplo, que emite a la atmósfera sustancias contaminantes.

La aplicación de la *Clean Air Act* con intervenciones que se configuraban como autorizaciones, controles, sanciones, cierres de instalaciones en su caso, etc, correspondía fundamentalmente a la poderosa *Environmental Protection Agency*, la *EPA*, la gran agencia o administración ambiental de EE.UU. Esas funciones comportaban la interpretación y concreción de diversos conceptos jurídicos indeterminados contenidos en esta Ley y en tal sentido la *EPA* había dictado diversas resoluciones, directrices y programas que los concretaban.

Estas decisiones de la *EPA* suscitaron vivas controversias entre la industria y asociaciones ecologistas. El centro de la polémica se situaba en la concreción del concepto de burbuja y el régimen que le resultaba aplicable según las resoluciones y directrices de la *Environmental Protection Agency*. Para los ecologistas y otros sectores críticos, la burbuja, *bubble*, se estaba configurando como un espacio en el que las industrias ya instaladas allí podían quedar sujetas a un régimen mucho más relajado y permisivo. Entre otras ventajas, tenían un régimen muy favorable —prácticamente no necesitaban autorización alguna— para abrir en la burbuja otra fuente contaminante y no les resultaba exigible la progresiva incorporación de la mejor tecnología disponible (*Best Available Technology*) para la reducción de la contaminación por lo que podían mantener sus instalaciones, por desfasadas que estuviesen, con los mismos niveles de contaminación. Las burbujas podían convertirse así en auténticos agujeros negros en el régimen de protección instaurado por la *Clean Air Act*. Más allá de ello, se advertía que la interpretación y concreción de conceptos cruciales de esta ley podía

[3] Sobre el tema sigue siendo de gran interés la excelente y clarificadora exposición de M. Cuchillo Foix: *Jueces y Administración en el Federalismo norteamericano (El control jurisdiccional de la actividad administrativa),* Madrid, Civitas, 1996.

perfectamente conducir a un régimen en el que las nuevas industrias e instalaciones quedarían sujetas a una intervención rigurosa, mientras que el poderoso *establishment* industrial continuaría desenvolviéndose en el entorno de una regulación notablemente más laxa en esas «burbujas» o espacios saturados de contaminación.

Esas controversias entre sectores industriales y ecologistas abocaron a diversos conflictos judiciales. Dos de ellos adquirieron verdadera enjundia al plantearse ante el Tribunal del *D. C. Circuit*. El primero fue *Asarco v. Sierra Club*, una asociación de empresas del sector del acero contra una entidad muy conocida por su compromiso con la protección de la naturaleza como es el Sierra Club. El conflicto fue resuelto en 1978 por una sentencia que podríamos calificar como interpretativa pues, aun decantándose el Tribunal por un concepto estricto de burbuja, no alteraba de manera significativa la regulación de la *EPA*. Así se explica que ninguna de las partes recurriera la sentencia ante la *Supreme Court.*

Poco tiempo después Ronald Reagan accedió a la Presidencia de los Estados Unidos de América. Pieza esencial de su programa era una drástica desregulación, también en el frente ambiental, eliminando muchos controles e intervenciones públicas sobre las empresas industriales con mayor potencial contaminante. Esta orientación que se instalaba en la Casa Blanca se dejó sentir muy pronto en las resoluciones y directrices de la *EPA* que redefinieron el concepto de burbuja, *bubble*, para establecer en estos espacios industriales un régimen de muy baja intensidad interventora y de control público. Esta redefinición a la baja de conceptos y estándares ambientales se expresó sobre todo en un instrumento regulatorio de la *EPA*: la *Final Rule* de octubre de 1981, que dejaba a los Estados de la Federación la facultad de establecer ulteriores concreciones.

Esta regulación fue impugnada ante el *D.C. Circuit* por tres entidades ecologistas, asumiendo una de ellas, *Natural Resources Defense Council*, el protagonismo principal de la parte actora en el proceso. En su sentencia, la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia (*D.C. Circuit*) revisó de manera masiva la regulación de la *EPA*, estableciendo una diferente concreción de los conceptos fundamentales —sobre todo el de fuente contaminante y el de burbuja— de la *Clean Air Act*. En la resolución de este litigio y en la redacción de la sentencia tuvo un papel muy destacado y visible la juez Ruth Bader Gingsburg, que años más tarde sería promovida a la Corte Suprema por el presidente Bill Clinton.

Esta sentencia del *D.C. Circuit* fue recurrida ante la Corte Suprema por un gigante de la industria, Chevron U.S.A. Inc. Se habían acabado los escarceos y la intervención de asociaciones representativas de los intereses industriales. Ahora entraba directamente en juego, sin careta, una poderosa corporación para la que las cuestiones debatidas podían significar mucho en términos económicos y empresariales.

Al recurrirse ante la *Supreme Court* esta sentencia del *D.C. Circuit* se hizo bien visible la verdadera dimensión del caso. No era ya cómo habían de interpretarse y concretarse por la *EPA* los conceptos jurídicos indeterminados de la *Clean Air Act*. La cuestión ahora era si la interpretación y concreción realizada por la *EPA* podía ser

revisada por los Tribunales, tal como hizo de manera contundente la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia de la mano de la juez Gingsburg. Es, en definitiva, el tema del alcance del control y revisión judicial de la actuación de las agencias, de las Administraciones Públicas.

2. LA INDAGACIÓN EN DOS FASES (*TWO-STEP APPROACH*) SOBRE LA VOLUNTA DEL LEGISLADOR

Para valorar cumplidamente lo que en su momento fue la novedosa aportación de *Chevron* nos conviene conocer la postura que había mantenido la Corte Suprema ante esta cuestión, advirtiendo que esta y cualquier otra exposición sobre los antecedentes jurisprudenciales de un tema es necesariamente imprecisa y relativa pues los casos enjuiciados anteriormente tienen siempre sus irrepetibles singularidades.

En algunos casos la Corte Suprema había limitado considerablemente los poderes de fiscalización de los tribunales sobre las concreciones e interpretaciones de las agencias. Así ocurrió particularmente en el caso *National Labor Relations Board v. Hearst Publications* en el que se trataba de interpretar el término *employee* de la ley laboral para determinar si tenían tal condición los *newsboy*s: los chavales que vendían periódicos en las calles, normalmente en las paradas de semáforos, que podrían en tal caso promover un procedimiento de negociación colectiva de sus condiciones de trabajo. La agencia, la *National Labor Relations Board*, interpretó el término *employee* de modo tal que comprendía a los *newsboys* y por tanto les reconocía sus derechos de negociación colectiva. Pero un Tribunal de Apelaciones anuló esta interpretación realizada por la agencia. El asunto llegó a la Corte Suprema que anuló la sentencia del Tribunal afirmando la competencia de la agencia para interpretar este concepto y reconociendo a los tribunales unas limitadas facultades de revisión, que en este caso se habían rebasado.

Pero una sentencia con este contenido, estableciendo la deferencia de los tribunales ante las interpretaciones de los conceptos legales realizadas por la administración, resultaba excepcional. La doctrina tradicional de la Corte Suprema era en síntesis la del reconocimiento de los tribunales como última y suprema instancia en la interpretación de las leyes. Una doctrina muy en sintonía con las concepciones del *common law*, sobre todo tal como las había expuesto en su versión más actualizada e influyente el profesor Roscoe Pound en su obra *The Spirit of the Common Law* aparecida en 1921. Esta doctrina se reiteraba en diversas sentencias como eran las recaídas en *Burnet v. Chicago Portrait Co.* de 1932; *Social Security Board v. Nierotko* de 1946; *FTC v. Colgate-Palmolive Co*. de 1965; *NLRB v. Brown* de 1965; *Volkswagenwerk v. FMC*, de 1968; *FMC v. Seatrain Lines, Inc* de 1973; Morton v. Ruiz, de 1974; *SEC v. Sloan* de 1978; *FMC v. Senatorial Campaign Commitee*, de 1981.

Esa doctrina experimentó una cierta evolución —perceptible ya en las últimas sentencias— en la búsqueda de la voluntad del legislador, más allá del tenor literal de la norma. Los tribunales habrían de anular así las interpretaciones y aplicaciones

de la ley por parte de las agencias si resultaban contrarias a la voluntad del Congreso. Esta evolución argumental es la que en buena medida se culmina con la sentencia *Chevron v. Natural Resources*, de 1984, como vamos a poder constatar de inmediato.

El juez Stevens fue designado ponente para redactar un borrador de sentencia en el caso *Chevron*, que acabó siendo compartido por los restantes jueces de la Corte Suprema. La unanimidad no fue fácil pues la primera lectura del borrador generó una amplia discrepancia. En cualquier caso, más allá de la unanimidad finalmente alcanzada en la sentencia, una segunda unanimidad de más amplio radio, en la comunidad jurídica y académica, reconoce al juez Stevens la paternidad de la doctrina del caso *Chevron*.

Envuelta en un cierto halo de genialidad, como es común en el entorno norteamericano tan proclive a la exaltación y proyección comercial, la argumentación y doctrina de la sentencia es extraordinariamente simple, primaria podría decirse, como también es frecuente en el mismo panorama jurisprudencial y académico. Posible y paradójicamente ahí radique el mérito principal de la sentencia, al suministrar una parrilla argumental muy práctica y operativa que fácilmente puede aplicarse a casos similares.

La aportación fundamental de la sentencia es sin duda el doble test que utiliza para resolver el caso. Su argumentación o aproximación escalonada en dos fases (*two-step approach*).

El primer paso consiste en indagar si la voluntad del Congreso era la de dejar resuelta la cuestión en la propia ley o si, por el contrario, el Congreso la ha dejado sin resolver por lo que, de manera consciente o no, ha querido que lo haga la agencia encargada de ejecutar la norma. Si el resultado es positivo y se advierte por tanto la clara voluntad del Congreso de dejar resuelta la cuestión en la propia ley, entonces la agencia queda vinculada por ella y cualquier interpretación que realice distanciándose del criterio del Congreso podrá ser revisada por los tribunales para restablecer la voluntad del legislador.

Si por el contrario el Congreso ha querido dejar a la agencia la concreción del concepto o cuestión debatida, entonces el tribunal ha de adoptar una posición de deferencia ante cualquier interpretación que la agencia pueda adoptar. Sólo podría abrirse una brecha a esta deferencia, y permitirse así en tal caso la revisión judicial, si de manera notoria se advirtiera que la interpretación de la agencia resulta irrazonable.

Este *two step aproach* o doble *test* constituye la *ratio decidendi* de la sentencia que ofrece algún argumento complementario al que no atribuye fuerza resolutoria por si mismo. Se trata sobre todo del argumento de la valoración y composición política, política ambiental en este caso, que realizan tanto el Congreso como la *EPA* atendiendo a los diferentes intereses en juego, fundamentalmente de «acomodar la creciente protección ambiental de la atmósfera con el crecimiento económico». En este caso, según la Corte Suprema, el Congreso no ajustó todos los intereses dejando a la *EPA* un margen de valoración y concreción política de los mismos pues «una agencia en la que el congreso ha delegado responsabilidades de configuración política puede

adoptar decisiones de acuerdo a criterios políticos». Los tribunales por el contrario, se afirma en la sentencia, «no forman parte de ninguna de las estructura políticas del sistema constitucional». Se destaca también que los tribunales no son directamente responsables ante el pueblo a diferencia de lo que ocurre con el Gobierno. La *Supreme Court* no afirma en ningún momento que se produzca una suerte de transmisión del elemento democrático a todos los órganos del ejecutivo y la administración pública. Su consideración, de alcance mucho más limitado, se explica en el entorno político del caso que ya conocemos cuando el recién elegido Presidente de los Estados Unidos, Ronald Reagan, puso en marcha su programa desregulador que en la política medioambiental pasaba por una interpretación a la baja —que realizó la *epa* en sintonía con ese programa político— de los conceptos y exigencias de la *Clean Air Act*.

3. IMPACTO Y EFECTOS DE UNA DOCTRINA DOMINANTE DURANTE CUARENTA AÑOS SOBRE LA DEFERENCIA JUDICIAL ANTE INTERPRETACIONES LEGALES DE LAS AGENCIAS

Más allá de las partes contendientes, el caso *Chevron* no había suscitado ninguna expectación. Cuando finalmente se conoció la decisión de la *Supreme Court*, tampoco atrajo interés o comentario alguno. La invocación recurrente de *Chevron* se produjo transcurrido algún tiempo por quienes se consideraban sus vencedores. ¿Quiénes eran éstos?

Claramente los directivos, funcionarios y abogados de las agencias pues *Chevron* imponía a los tribunales una resuelta actitud de deferencia respecto a la interpretación y aplicación de las leyes que pudieran realizar. Fueron ellos los que comenzaron a invocar *Chevron* de manera reiterada y generalizada ante los tribunales cuando se les planteaba la revisión judicial de la concreción e interpretación de conceptos legales por parte de las agencias que representaban.

En esta misma arena corporativa y profesional, los perdedores de *Chevron* se contaban sobre todo en las filas de las grandes firmas de abogados que veían reducido el lucrativo sector de las acciones para revisar las decisiones de las agencias, que podían afectar a grandes intereses empresariales como el caso *Chevron* mostraba bien a las claras. Pero el debate sobre la doctrina del caso *Chevron* se iba a plantear, sobre todo, con mayor repercusión y riqueza de argumentos, en la academia.

Las primeras invocaciones de *Chevron* en foros judiciales por los representantes, funcionarios y abogados de las agencias se encontraron con el reconocimiento y aceptación de un buen número de jueces. Entre ellos destacó Antonin Scalia, primero cuando fue nombrado juez en el *D.C. Circuit* en el que como sabemos se había gestado la gran controversia sobre esta cuestión y luego, sobre todo, cuando accedió a la Corte Suprema designado por Ronald Reagan. De una lucidez y creatividad ampliamente reconocida, también por sus poderosos críticos, Scalia desarrolló y matizó, adaptándola a diferentes entornos, la doctrina del caso *Chevron*. Si al juez Stevens

se le reconoce su paternidad, es a Scalia al que se debe su desarrollo y maduración, aunque con el tiempo se iría distanciando de esa doctrina.

En el debate académico *Chevron* ocupó en pocos años una posición del todo central, sin duda por ser también central el problema que aborda allí donde directamente converge la ley con la interpretación que de ella pueden hacer la administración y los tribunales lo que conduce a consideraciones y análisis que pueden ser de gran calado sobre las relaciones entre el legislativo y la administración —que en estados unidos se articula fundamentalmente a través de la teoría de los poderes delegados, objeto también de revisión con el caso *chevron*— o sobre otros temas que se sitúan claramente en la órbita de la filosofía del Derecho donde llegó también el debate en torno a esta sentencia que ostenta, de largo, el record de citas en las publicaciones académicas norteamericanas según los índices más establecidos. Los críticos de la sentencia no tardaron en denunciar la «chevronización» que se había producido en amplios sectores doctrinales y en muy diversas disciplinas.

Cuando a finales de los noventa había alcanzado ya una gran difusión, la doctrina *Chevron* fue precisada por la propia Corte Suprema en sentencias posteriores. Así en *Christensen v. Harris County*, del año 2000, se recuperaba la distinción entre lo que es propiamente actividad de la administración (actividad ejecutiva: sanciones, autorizaciones, etc) y la interpretación de leyes por ella realizada. La doctrina de la deferencia judicial establecida en *Chevron* resulta aplicable a esta actividad de interpretación y concreción de las leyes, pero no a la actividad ejecutiva de la administración sobre la que se reconocen a los tribunales amplias facultades de control para verificar su adecuación a la legalidad[4].

Otras sentencias de la Corte Suprema han introducido diversos matices restrictivos y aun críticos a la doctrina *Chevron*, mientras que los tribunales ordinarios de los Estados Unidos siguen estando por lo general muy apegados a ella. Por otro lado, en el debate académico las posiciones no son en absoluto unánimes. Se ha venido así debatiendo si la doctrina de la sentencia de la *Suprem Court* —la más invocada hasta ahora— se verá superada en este movedizo territorio en el que confluyen la administración y los tribunales en su pretensión de interpretar y concretar las leyes. Así llegó *Loper Bright*.

---

[4] La sentencia registró un voto particular del juez Scalia que reivindicaba, como hemos visto era habitual en él, la aplicación de la doctrina Chevron y la afirmación de la deferencia judicial. Consideraba Scalia que esta sentencia de la que disentía suponía un anacronismo al recuperar viejas concepciones. El juez Stephen Breyer mantuvo por su parte una posición contraria a Chevron y a las tesis de Scalia, con el que se enzarzó en varias polémicas, todas ellas de buen tono, tanto en la propia *Supreme Court* como fuera de ella en diversas publicaciones y debates públicos. Las tesis de Sacalia se exponen sobre todo en su libro *A matter of interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, 1997. Breyer por su parte desarrolla sus planteamientos y argumentos en *Active liberty*. *Interpreting our democratic Constitution*, Alfred A. Knopf ed. 2005 y *Making our democratic work: a judge´s view*, Alfred A. Knopf ed. 2010. Breyer/Stewart/Sunstein/Vermeule/Herz: *Administrative Law and Regulatory Policy. Problems, Text, and Cases*. 9 ed, Aspen Publishing, 2022.

4. SE VEÍA VENIR: LAS TEORÍAS «ORIGINALISTAS» DE UNA JURISPRUDENCIA QUE LLEVA A *LOPER BRIGHT*

El caso *Loper Bright et Al. v. Raimondo Secretary of Commerce* es todavía más sencillo en sus hechos y discreto en la entidad de su controversia, que recae sobre el coste económico de unas partidas secundarias o marginales en el negocio de unas empresas familiares. La extraordinaria relevancia del caso y su sentencia está, como es notorio, en que revoca una doctrina jurisprudencial, la doctrina *Chevron*, del todo hegemónica en los últimos cuarenta años sobre un tema tan medular como es el de la correlación entre tribunales de justicia y agencias o administraciones públicas. Bien puede hablarse por ello de toda una era, la era *Chevron,* que ahora concluye de manera contundente. Son bien conocidas otras eras en la jurisprudencia de la *Supreme Court.* A mero título de ejemplo se puede mencionar la era *Lochner*, dominante también por un periodo de cuarenta años a finales del XIX y principios del XX, en la que se excluía, por considerarla inconstitucional, cualquier ley que fijase un marco a la contratación por entender que esta era una libertad, la de contratación, del todo intangible[5]. La era *Lochner* tuvo también su final, pero fue una muerte dulce: la *Supreme Court* simplemente dictó algunas sentencias (*West Coast Hotel,* la primera y más importante de ellas) en las que cambiaba su postura admitiendo regulaciones legales que fijasen un marco a la contratación, sobre todo en materia laboral, garantizando así unas condiciones mínimas a los trabajadores. La *Supreme Court,* simplemente, se alejó de *Lochner,* lo abandonó sin despedirse de él, sin mencionarlo si quiera.

Por el contrario, el final de *Chevron* ha sido contundente, con una sentencia, *Loper Bright,* directamente lanzada a su corazón, a revocar radical y completamente su doctrina.

Pero la contundencia de la resolución, no quiere decir que se trate de una sentencia inesperada, imprevisible. súbita. Antes al contrario, la de *Chevron* es la crónica de una muerte anunciada. En los ambientes académicos se constataba ya la debilidad de la doctrina *Chevron* e incluso desde significativas posiciones académicas se venía exigiendo su revocación[6]. Era ya muy firme, desde hace al menos tres años, la convicción de que la Corte Suprema revisaría la doctrina *Chevron.* La duda estaba solo

---

[5] Sobre la era *Lochner* y la tensión que acabó suscitándose entre la *Supreme Court* y presidente de los EEUU. F. D. Roosevelt, cuando pretendía desarrollar el programa del *New Deal* que comportaba la aprobación de leyes laborales y sociales que imponían ciertos límites a la contratación, me permito la remisión a mi reciente libro *El camino a la desigualdad. Del imperio de la ley a la expansión del contrato.* Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, Marcial Pons, 2023, que me ha sugerido ahora, por tratarse de una era que abarca también cuarenta años, la comparación con *Chevron.*

[6] Significativo al respecto, Betermann J. M.: «end the failed chevron experiment now. how chevron has failed and why it can and should be overruled», *Conneticut Law Review,* vol. 42, 2010. También recientemente se constata el decaimiento de esa doctrina en Merrill, T.: *The Chevron doctrine. Its rise and fall, and the future of administrative law,* Harvard University Press, 2022. Entre nosotros, el bien documentado estudio de Pérez Alonso, J.: «¿el ocaso de *chevron*?. auge y fracaso de la doctrina de la deferencia judicial hacia el ejecutivo», *Revista de Administración Pública,* n. 184, 2011.

en el modo en que se produciría, que ha sido el más radical y demoledor, tal como vaticinaban algunos a medida que se iban conociendo diversas sentencias de la *Supreme Court* en las que se incidía, desactivándolos, sobre algunos de los fundamentos de la doctrina *Chevron,* sobre todo por la categórica afirmación de la primacía del Congreso y de la ley sobre la actuación de las agencias, cerrándoles a ellas el margen de apreciación y exigiendo para sus actuaciones y decisiones una expresa y clara habilitación legal[7].

Las tensiones y situaciones límite que se plantearon durante la pandemia del Covid-19 favorecieron de algún modo esa línea jurisprudencial, que se inició con el caso *Alabama Association of Realtors.* El caso era que en la Administración con competencias en materia de prevención de enfermedades infecciosas (*Centers for Disease Control and Prevention*) se plantearon una moratoria en el desalojo de inquilinos para mantener así fija a la población. La *Supreme Court* , en su sentencia de 26 de agosto de 2021, negó rotundamente esta facultad de la agencia pues requeriría de una especial y expresa habilitación por el legislador, esa habilitación no puede entenderse comprendida en los cometidos de la agencia en materia estrictamente sanitaria, pues las habilitaciones han de estar expresamente establecidas por la ley y son en cualquier caso de interpretación restrictiva, no expansiva.

Otro caso planteado en el entorno del Covid-19, *National Federation of Independent Business,* tuvo como protagonista a una poderosa y conocida agencia, la *OSHA* (*Occupational Safety and Health Administration*) , la gran administración competente en materia de seguridad y salud en el trabajo, muy presente en la vida de los trabajadores y las empresas. La cuestión era si la *OSHA* podía dictar una orden de vacunación de los trabajadores y la respuesta de la *Supreme Court* fue que ello era solo posible si había una habilitación legal expresa, es decir si la decisión sobre esa vacunación que afectaba a 84 millones de personas es del Congreso, no de la agencia. En su sentencia de 13 de enero de 2022 afirmó al respecto la Corte que «las agencias administrativas son criaturas de la ley y en consecuencia solo disponen de la autoridad que el congreso les ha concedido».

Mayor impacto —esta vez, también mediático— tuvo el caso *West Virginia, resuelto* por sentencia de 30 de junio de 2022, pues incidía en un tema controvertido y sensible como es el de la acción sobre el cambio climático teniendo como protagonista a otra conocida y poderosa agencia, la *EPA* (*Environmental Protection Agency*). El objeto del caso no era otro que la potestad normativa —reglamentaria bien podríamos decir— de la *EPA*, pues había dictado unas normas para limitar las emisiones de dióxido de carbono que, para su cumplimiento efectivo, requerían en la práctica de una verdadera transición del empleo del carbón al de la electricidad en amplios sectores industriales. Se trataba de una regulación normativa que iba más

[7] Sobre esta reciente línea jurisprudencial de la *Supreme Court* puede verse el clarificador artículo de J. I. Hernández: «el margen de deferencia y la justicia adm inistrativa: un análisis comparado entre iberoamérica y estados unidos», 2024. accesible en su *blog*. Con toda convicción, este autor vaticinaba, a la vista de esa orientación de la Corte, la pronta revocación de la doctrina *Chevron.*

allá de la actividad interventora ambiental propia de la *EPA* en aplicación de la conocida y cincuentenaria *Clean Air Act*, por cuanto comportaba en buena medida la transformación del modelo económico y productivo. La *Supreme Court* afirmó que la *EPA* no contaba para ello con la inexcusable habilitación legal: «una decisión de tal magnitud y alcance ha de ser adoptada por el congreso, o en su caso por una agencia siempre que actúe por delegación expresa y precisa de ese órgano dotado de representatividad política». La Corte introdujo aquí la doctrina, bien simple por lo demás, de las llamadas «cuestiones mayores» (*major questions*), aquellas que por su relevancia e impacto social requieren de una decisión por el Congreso o excepcionalmente por una agencia a la que el propio Congreso atribuye de manera expresa y mediante ley ese cometido.

Más recientemente, en su sentencia de 23 de octubre de 2023 que resuelve el caso *Biden v. Nebraska,* la *Supreme Court* volvió a invocar la teoría de las «*major questions*» para afirmar que la condonación préstamos federales a los estudiantes es una medida relevante para la economía y que exige inexcusablemente de una habilitación expresa por el Congreso.

Es importante notar que esta reciente línea jurisprudencial, correctora en buena medida de anteriores posiciones de la *Suprme Court*, conecta de lleno con una teoría o corriente doctrinal pujante en los últimos tiempos en ciertos sectores que se conoce como «originalismo» y que, muy simplemente, lo que postula es una vuelta a los orígenes, a una interpretación literal de la Constitución tal como la concibieron sus padres inspiradores (*the framers*) pues el originalismo constata que en muchos frentes se ha producido una desnaturalización o tergiversación de los principios constitucionales[8].

5. EL CASO *LOPER BRIGHT V. RAIMONDO* Y LA RECUPERACIÓN DE POTESTADES DE CONTROL POR LOS TRIBUNALES

Finalmente, tal como pedía el guión, la *Supreme Court* afrontó la revisión del caso *Chevron.* Eligió para ello un caso de muy escasa relevancia en términos económicos o sociales. En modo alguno se trataba de una *major questión* como las que abordó en las sentencias inmediatamente anteriores a las que nos hemos referido. Y se trata de un caso —creo relevante destacarlo— que, por su sujetos, elementos y controversia, pudo perfectamente plantearse a finales del siglo XVIII o principios del XIX, siendo el juez Marshall presidente de la *Supreme Court,* en ese momento y ambiente al que tanto gustan volver los originalistas y también la Corte en este caso *Loper Bright v. Raimondo,* cuya trama es la siguiente.

Para regular la actividad pesquera, sobre todo de arenques, y evitar la sobreexplotación, el Congreso de los Estados Unidos aprobó en 1976 una ley, la *Magnuson-*

[8] Solum, L. B. : «originalism and constitutional costruction», *Fordham Law Review,* n. 82, 2013. Scalia, A.: «originalism the lesser evil», *University of Cincinnati Law Review,* n. 57, 1989.

Stevens Fishery Conservation and Management Act (*MSA*) cuya aplicación corresponde a una agencia, *The National Marine Fisheries Service (NMES)* que, como afirma literalmente la Supreme Court, «*administers*» la ley, la *MSA,* bajo la delegación y supervisión del Secretario de Comercio. Se trata pues de una agencia que, según nuestras categorías, podía considerarse una administración institucional o especializada, adscrita a un ministerio que en este caso sería la *Secretary of Commerce*. Tenemos pues los dos protagonistas principales del relato que hasta ahora escribía *Chevron*: una ley del Congreso y una agencia o administración competente para su aplicación.

La ley, la *MSA,* establecía entre otras muchas determinaciones que para controlar las capturas, comprobar las tallas mínimas de las piezas y garantizar en definitiva la efectiva aplicación de esta norma, debían destacarse a bordo en ciertos barcos pesqueros unos observadores o inspectores. En un momento dado se planteó la cuestión de quien debía hacerse cargo de los gastos y retribuciones de estos observadores a bordo. La agencia, *NMFS,* fijó entonces los criterios sobre el pago de los gastos a los observadores y a quien correspondía hacerse cargo de ellos, estableciendo que mientras permanecieran a bordo eran las compañías propietarias de los barcos las que debían correr con esos gastos. Accionaron judicialmente ante ello tres compañías pesqueras de carácter familiar (*family business*), figurando en primer término *Loper Bright Enterprises Inc* que da nombre al caso. Los accionantes mantenían que la ley, *MSA,* no autorizaba a la agencia, *NMFS,* a establecer el régimen de retribuciones de los observadores y, menos aún, quien debía hacerse cargo de ellas.

Como era de esperar, la Corte del *D. C. Circuit* que conoció del caso en primera instancia aplicó la doctrina *Chevron* al entender que la ley, la *MSA,* era silente y ambigua en este punto y que la decisión de la agencia al interpretarla es plenamente razonable y, como tal, admisible. Esta sentencia fue la que se apeló ante la Corte Suprema.

La *Supreme Court* comienza mostrando su marcada orientación originalista al iniciar su razonamiento invocando la Constitución, varios textos de James Madison y Hamilton en el *El federalista* y una conocida afirmación del juez Marshall en relación con el mítico caso que conociera la *Supreme Court* en su primera andadura, *Madison v. Marbury.* Toda una apelación a los orígenes y las esencias.

El artículo III de la Constitución de los Estados Unidos de América atribuye al poder judicial federal la responsabilidad y la facultad de resolver casos y controversias. Los padres de la Constitución eran ya plenamente conscientes (Madison en *The Federalist Papers*) de que las leyes no siempre son claras y contienen ambigüedades, pero ello no podía en modo alguno cuestionar la facultad exclusiva de los tribunales para establecer su correcta interpretación o las aclaraciones que resultaran pertinentes. En tal sentido la reciente sentencia *Loper Bright* recuerda la afirmación de Hamilton, también en *El Federalista*[9]: «*the final interpretation of the laws would be the*

[9] *The Federalist Papers* (el Federalista) es un clásico bien conocido libro que recoge los artículos que escribieron Hamilton, Madison y Jay en apoyo de la Constitución de los Estados Unidos de América. Una edición popular y accesible es la de Penguin, Mentor Book, Nueva York.

proper and peculiar province of the courts». En esa línea el juez Marshall declaró de manera célebre, en el caso fundacional *Madison v. Marbury*, que «it *is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is».*

Durante el siglo XIX y principios del XX estos principios y postulados se mantuvieron bien firmes tal como la Corte se cuida de afirmar citando algunas decisiones suyas de aquel periodo. El siguiente momento en el que repara la Corte Suprema es el *New Deal,* que supuso una importante expansión de la actividad y el aparato administrativo, con la creación de un buen número de nuevas agencias. Pero la *Supreme Court* mantuvo entonces, tal como afirma ahora en *Loper Bright v. Raimondo,* «una total adhesión a la idea tradicional de que las cuestiones de derecho han de ser resueltas por los tribunales ejerciendo sus facultades de juzgar con independencia».

El siguiente hito en la trayectoria histórica que sumariamente traza la Corte en *Loper Bright v. Raimondo* se sitúa en1946, cuando el Congreso aprueba una ley muy importante, la *Administrative Procedure Act, APA,* a la que la *Supreme Court* concede una destacada relevancia pues, tal como tuvo ocasión de declarar en una sentencia suya de 1986, ahora recordada, «esta ley culmina un periodo de reflexión sobre la posición de las agencias administrativas en un régimen de poderes divididos y separados» (*Brown v. Michigan Academy of Family Physicians* 1986). La *APA,* según afirma ahora la Corte, codifica para las agencias y su actuación la práctica judicial dominante y continua desde *Madison v. Marbury.* Y, según la Corte Suprema, el texto de la *Administrative Procedure Act* es muy claro y no da lugar a dudas (*The text of the APA means what it says,* se dice en la sentencia). En su sección 706 establece bien a las claras que en las cuestiones de Derecho son los tribunales, no las agencias, quienes han de decidir. Confirmando esta posición, se citan en la sentencia las opiniones de respetados comentaristas, entre ellos, por ser el más conocido entre nosotros, el profesor Bernard Schwartz, cuando mantiene que la sección 706 de la *APA* no contiene solo el familiar principio de atribución a los tribunales de la revisión de las cuestiones de Derecho, cuestiones jurídicas, sino también la facultad de discernir cuales son cuestiones legales, de Derecho, y cuales no[10].

Tras la exposición de estas referencias constitucionales, legales y jurisprudenciales sobre las que apoya su argumentación, la *Supreme Court* desarrolla la crítica a la sentencia *Chevron v. Natural Resources* y su doctrina. Una crítica que se concentra en los siguientes puntos.

El primero es que, como ya sabemos, la *Supreme Court* no tenía ninguna intención, al resolver el caso *Chevron*, de establecer una doctrina general. Fueron profesores universitarios los que, apuntalándola, la desarrollaron y litigantes ante los tribunales los que masivamente la invocaron. Y de manera rutinaria —dice ahora la corte— los tribunales fueron aplicando la doctrina *Chevron.* No es prudente extraer de aquella sentencia una doctrina de validez universal, que ha sido hegemónica durante los últimos cuarenta años.

---

[10] El conocido tratado del profesor B. Swartz (*Admistrative Law,* Boston, Brown & Company, 1984) se edita sin conocer el caso *Chevron.* Aunque su sentencia se dictó es mismo año, no adquirió notoriedad hasta pasado un tiempo tal como hemos podido constatar.

Chevron desconoce por completo la expresa atribución a los tribunales, sin previsión alguna de un margen de deferencia ante las agencias, que se contiene en la *Administrative Procedure Act* de 1946. Es más, *Chevron* contradice el mandato explícito de la *APA* que encomienda a los tribunales la facultad de revisar todas las cuestiones de Derecho e interpretar la ley. *Chevron* , según concluye la Corte en este punto, *cannot be reconciled with the APA.*

En modo alguno puede entenderse, tal como *Chevron* mantiene, que cuando el texto de una ley (*statute*) es ambiguo ello comporta la presunción de una delegación implícita a la agencia para resolver esa ambigüedad. Esta presunción de *Chevron* es del todo errada por cuanto las agencias no tienen ninguna competencia para despejar las ambigüedades legales. Eso es algo que hacen los tribunales. (*Perhaps most fundamentally,* Chevron's *presumption is misguided because agencies have no special competence in resolving statutory ambiguities. Courts do*). Incluso cuando la ambigüedad envuelve una cuestión técnica, de ello no se deriva que el Congreso ha transferido de los tribunales a las agencias la facultad de interpretar las leyes.

Chevron ha alterado por completo la correlación entre agencias y tribunales ante la ley, imponiendo una injustificada deferencia de los tribunales ante las agencias administrativas cuando se aprecia, por la agencia y no por el tribunal, una ambigüedad en el texto legal. Esta doctrina ha atenazado sobre todo a los tribunales inferiores que se han mostrado en exceso deferentes ante las interpretaciones y actuaciones de las agencias[11]. Su única intervención revisora se reduce a constatar si la interpretación de la agencia es razonable, si resulta admisible, tal como la doctrina *Chevron* prescribe. Ello ha permitido, tal como la Corte constata ahora en *Loper Bright*, que una misma ley haya dado lugar a diversas interpretaciones (en algunos casos contradictorias) por la agencia que no han sido objeto de revisión judicial al considerarse, todas ellas, razonables.

Por lo demás, concluye la Corte, transcurridas cuatro décadas desde que se dictó aquella sentencia, *Chevron* se ha mostrado más como un obstáculo que como una ayuda para cumplir la función judicial básica of *saying what the law is.*

En la última fase de su trama argumental la *Supreme Court* realiza una consideración en la que conviene parar mientes: manifiesta su total desafección a *Chevron* sin reconocer margen de deferencia alguno a las agencias en la interpretación de la ley, por lo que la doctrina *Chevron* podría considerarse abandonada; pero, tal como puntualiza la Corte, *Chevron «*permanece en los libros» (*But* Chevron *remains in the books*). Se reconoce así que es en las Universidades donde esta doctrina arraigó mayormente, apuntalándose su construcción, y que desde ellas se ha propagado en la formación de los juristas, también por supuesto de los jueces[12]. Ello mueve a la *Corte*

---

[11] Sobre la deferencia, su noción y alcance, vid. Hernández, J. I.: «el margen de deferencia y la justicia administrativa», cit., artículo muy esclarecedor por su perspectiva comparatista. También, pero estrictamente en la órbita anglosajona, Lawson, G./Seidman, G.: *Deference. Legal concept and the legal practice,* Oxford, Oxford University Press, 2020.

[12] Por supuesto, *Chevron* está presente, ocupando un amplio espacio, en todas las exposiciones generales —concebidas muchas con fines docentes— del Derecho administrativo y del Derecho re-

a entablar un diálogo con la doctrina, citando numerosos estudios, y sobre todo a dictar una resolución final categórica, con el visible afán de extirpar esta doctrina no solo en el espacio judicial, sino también en el académico.

La *Supreme Court* concluye así: «se revoca *chevron.* los tribunales deben juzgar de manera independiente si una agencia ha actuado en la autoridad que la ley le atribuye, tal como requiere la *administrative procedure act»* (Chevron *is overruled. Courts must exercise their independent judgement in deciding whether an agency has acted within its statutory authority, as the APA requires*) y los tribunales no han de adoptar entonces una actitud deferente ante las agencias en la interpretación de la ley por el mero hecho de que ésta resulte ambigua en ese punto". Los tribunales, viene a decir la Corte, no han de adoptar una actitud abnegada ante las agencias y el conocimiento experto que estas invocan [13].

La sentencia *Loper Bright v. Raimondo* es suscrita por seis miembros de la *Suprem Court,* (Roberts, que ostenta la condición de presidente de la Corte, Thomas, Alito, Gorsuch, Kavanaugh y Barret) discrepando de la opinión mayoritaria las otras tres, pues son tres juezas, que expresan por su parte su opinión disidente (Sotomayor, Kagan y Brown). Sin entrar en la tópica y superficial división entre conservadores y progresistas, resulta más objetivo dar cuenta del nombramiento de cada juez de la Corte. Los seis que suscriben la sentencia han sido nombrados por presidentes de los Estados Unidos procedentes del partido republicano (uno por G. H. W Busch, padre, dos por G. W. Bush, hijo, y tres por D. Trump). Los tres que disienten, tres juezas, han sido nombradas por presidentes de Estados Unidos procedentes del partido demócrata (Kagan y Sotomayor, por Obama, y Brown, por Biden).

La jueza Kagan expresa y redacta la opinión disidente, a la que se adhieren las juezas Sotomayor y Brown. Comienza por destacar esta opinión disidente como durante cuarenta años *Chevron v. Natural Resources* ha sido la piedra angular del Derecho administrativo, asignando responsabilidades a los tribunales y las agencias en la interpretación y aplicación de las leyes. Por ello entienden que no basta con que la mayoría de la Corte haya desactivado la doctrina *Chevron* pues habría sido necesario que articulara una doctrina alternativa para tratar las cuestiones que *Chevon ,* a su manera, resuelve.

---

gulatorio norteamericano. E incluso en las exposiciones que se realizan más allá de esa órbita, la mía entre ellas *Lecciones de Derecho Administrativo,* Marcial Pons, desde su primera edición. Se trata de un caso que, ya por su gran difusión, conviene conocer y sobre todo porque trata cuestiones medulares del Derecho administrativo (principio de legalidad, control judicial de la actividad de la Administración, conceptos jurídicos indeterminados, discrecionalidad…).

[13] Al respecto, el libro crítico de Vermeule, A.: *Law's Abnegation. From Law's Empire to the Administrative State,* Cambridge, Harvard University Press, 2018, en el que se trata la cuestión de fondo (que es la de *Chevron* y Loper Bright) de la tensión y compatibilidad del imperio de la ley y del Derecho con la expansión del aparato y poder administrativo. Sobre ese debate, entre otras muchas aportaciones, Lawson, G.S.: «the rise and rise of the administrative state», *Harvard Law Review,* n. 107, 1994, Hamburguer, P.: «is administrative law unlawful», *University of Chicago Press,* 2014.

A destacar también como la opinión disidente cita de manera abundante libros y artículos de profesores universitarios para apoyar su razonamiento, manifestándose aquí de manera significativa una diferencia respecto a la posición dominante en la sentencia, que cita también con frecuencia estudios doctrinales, pero se remonta en lo fundamental a los orígenes: a la Constitución, a los padres inspiradores, a la jurisprudencia fundante de la *Supreme Court.*: originalismo en estado puro. Por su parte, la opinión disidente se cuida de distanciarse de esta corriente y solo invoca estudios recientes, del constitucionalismo viviente, por usar una referencia allí en boga[14].

6. LA REVOCACIÓN DE LA DOCTRINA CHEVRON. UN APUNTE FINAL

Más allá de dar cuenta de ella, de su contenido fundamental y de su impacto destructor sobre la doctrina *Chevron,* no procede aquí entrar en un análisis sistemático y en detalle de *Loper Bright* y su doctrina. Algo que sin duda llegará, con todo el debate que pueda suscitar, en los próximos meses, profundizando en las primeras exposiciones e impresiones como esta que aquí se ofrece[15]. Pero creo de interés una breve reflexión sobre un punto concreto, el de la elección de este caso por la Corte Suprema para revocar, desde él, la doctrina *Chevron.*

Como hemos constatado, hace ya un par de años era firme la convicción en los ambientes académicos y forenses, de que la *Supreme Court* acabaría revocando *Chevron.* La propia Corte había lanzado, en diversas sentencias, mensajes muy claros en tal sentido. Solo faltaba que la Corte eligiera la presa para consumar su acción depredadora. Y no se decantó por un caso al albur. Parece una elección muy calculada. Porque *Loper Bright* muestra y airea lo que un amplio sector de la opinión pública —tal como se refleja ya en comentarios de prensa— y toda una línea política muy articulada en Estados Unidos que se oponen abiertamente al intervencionismo de los que llaman burócratas en la actividad de las empresas y la vida de las personas. Y el relato de *Loper Bright* lo muestra bien a las claras: unas empresas familiares de pescadores de arenques a las que se impone la obligación de llevar a bordo unos inspectores para que vigilen su actividad y a las que se obliga, además, a pagar los salarios y gastos, mientras permanecen a bordo, de esos inspectores, que están ahí para proteger los intereses generales y no los de los pescadores. Ciertamente la administración, la agencia (*The National Marine Fisheries Service* y la *Secretary of Commerce* de la que depende) ofreció la peor imagen de la intervención administrativa de bajo vuelo y en buena medida abusiva.

---

[14] Sobre el constitucionalismo viviente, que se opone a las posiciones originalistas, Strauss, D.: *The living Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

[15] Entre ellas vid. Hernández, J. I.: «after chevron: the constitutional foundations of u.s. administrative law from a comparative latin perspective», en *Blog of the International Journal of Constitutional Law,* 6. VII. 2024. Walker, Ch. :"What *Loper Bright v. Raimondo* Means for the Future of *Chevron* Deference", *Yale Journal on Regulation,* 28, VII, 2024.,

La *Supreme Court* se apunta así un tanto —celebrado ya por una porción muy significativa y pujante de la opinión pública— en la liberación de un intervencionismo administrativo que en esos ambientes se considera agobiante. Otro tanto a su favor es la recuperación de principios básicos, y originarios, del orden constitucional y el ideario que lo sustenta, que en tiempos recientes se está tergiversando en diversos frentes. Por citar un autor de referencia, también por su adhesión a estos principios fundantes, el profesor García de Enterría, que se mostrara en su momento abiertamente crítico con la sentencia *Chevron*[16], muy posiblemente celebraría hoy *Loper Bright* por cuanto restaura el pleno control judicial sobre la actividad de la administración.

Pero con la elección de *Loper Bright* la Corte Suprema nos transporta a un entorno genuinamente originalista, pues muy bien pudo conocer de un caso como este el juez Marshall y la primera Corte Suprema, por él presidida. También había entonces, a principios del XIX, barcos de pesca del arenque y regían unas normas sobre periodos de veda y tamaño de capturas. Podían también destacarse unos inspectores a bordo y plantearse la cuestión de quien tenía que hacerse cargo de sus gastos y honorarios.

Pero los casos del presente y, más aun, del futuro, no pueden, en su mayoría, encuadrarse en ese paisaje originalista tan simple y hasta bucólico. La densa complejidad que envuelve a muchas materias sobre las que deciden y actúan las agencias y administraciones requiere un conocimiento muy experto que no es jurídico (hoy no predominan los conceptos jurídicos indeterminados, sino los «conceptos no jurídicos» indeterminados) y que no queda necesariamente resuelto con el voluntarismo de *Loper Bright.* Veremos cómo se abordan y resuelven esos casos del futuro desde posiciones «originalistas».

---

[16] García De Enterría, E.: *Democracia, jueces y control de la Administración,* 5ª ed., Madrid, Civitas, 2000.

Cuadernos de Derecho Regulatorio
Vol. 2 | 2024
pp. 29–45
Madrid, 2024
DOI: 10.37417/cudere/vol_2_2024_ 2661
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
© José Ignacio Hernández González
ISSN: 3020-6162

LA MEJORA REGULATORIA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA AMÉRICA ESPAÑOLA

José Ignacio Hernández González
Centro de Estudios Estratégicos e Internacionales, Washington D.C.
Profesor de Derecho Administrativo y Constitucional
en la Universidad Católica Andrés Bello y la Universidad Central de Venezuela

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. LA POLÍTICA DE LA MEJORA REGULATORIA EN LAS NUEVA LEGISLACIÓN DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA AMÉRICA ESPAÑOLA: 2.1. El concepto de regulación económica; 2.2. El concepto de mejora regulatoria. La influencia del Derecho Administrativo de Estados Unidos.— 3. EL ENFOQUE DE POLÍTICAS PÚBLICAS: EL CICLO REGULATORIO Y LOS ESPACIOS DE PRUEBA REGULATORIO: 3.1. El ciclo regulatorio y la perspectiva de políticas públicas; 3.2. Los espacios de prueba regulatorios como una expresión de la política regulatoria.— 4. CONCLUSIÓN.

RESUMEN: Hasta finales del siglo xx, el Derecho Administrativo hispanoamericano no contaba con un concepto específico de regulación, pues la palabra se empleaba, genéricamente, para describir la intervención del Estado en la economía. Pero en buena medida como resultado de la influencia de la doctrina española, desde finales de ese siglo, la regulación ha cobrado importancia como una institución distintiva cuyo significado exacto, sin embargo, dista mucho de estar claro. Recientemente, dicha institución ha estado en el centro de la reforma legislativa orientada a la mejora regulatoria, reflejada en varias leyes que ampliaron el alcance del procedimiento administrativo, adoptando una perspectiva de política regulatoria. Esas leyes, que se apoyan en principios generales tradicionales, deben interpretarse como expresión de un nuevo paradigma: la tarea de la Administración Pública no es sólo imponer restricciones a las empresas económicas de manera unilateral, sino también, colaborar con el sector privado para incrementar la calidad de la regulación. Un ejemplo reciente de este nuevo paradigma es el espacio de prueba regulatorio, en el que la Administración Pública no aborda fallas del mercado, sino que contribuye a que el sector privado cree nuevos mercados, todo lo cual denota la expansión contractual al ámbito de la regulación.

ABSTRACT: Until the end of the 20th century, Spanish-American Administrative Law did not have a specific concept of regulation. The term was used broadly to describe the government's economic involvement. However, starting from the end of the 20th century, regulation gained significance as a distinct institution with an unclear exact meaning, primarily influenced by Spanish doctrine. Recently, this institution has been the focus of legislative reform to improve regulations through several laws that expanded the scope of the administrative procedure and adopted a regulatory

policy perspective. These laws, based on traditional general principles, should be seen as an expression of a new paradigm: the role of the Public Administration is not only to unilaterally impose restrictions on economic firms but also to collaborate with the private sector to enhance the quality of regulation. A recent example of this new paradigm is the regulatory sandbox, where the Public Administration addresses market failures and assists the private sector in creating new markets, illustrating a broadening of the scope of regulation through contractual expansion.

1. INTRODUCCIÓN

El método comparado se ha empleado en el estudio del Derecho Administrativo en los países que integran a América Latina[1]. Pero es posible —y recomendable— reducir el ámbito de la comparación a los países del continente América colonizados por España[2]. Así, las raíces hispánicas compartidas justifican el estudio de los países que conforman a la América Española, excluyendo a Brasil, país incorporado en el enfoque tradicional de la América Latina[3]. Estas raíces parten del *ius commune,* el cual está presente en diversas instituciones jurídico-administrativas[4].

Así, el estudio del Derecho Administrativo de la América Española es especialmente útil, pues permite comprender, mejor, la influencia de las raíces humanistas, presentes en la amalgama entre el Derecho Civil —basado en el ius commune— y el Derecho Indiano, resultando así en una suerte de *ius commune hispaniarum indiarumque*[5]. Parafraseando un aforismo conocido, podría decirse que para conocer al Derecho Administrativo en España, hay que estudiar al Derecho Administrativo en la América Española, de igual manera que para comprender al Derecho Admi-

---

[1] Por ejemplo, vid. Brewer-Carías Allan, *Principios del procedimiento administrativo en América Latina,* Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2020, pp. 23 y ss.

[2] El estudio de los modelos de Derecho Administrativo de diversos países constituye el *tertium comparationis* que justifica la aplicación del método comparado. Entre otros, vid. Napolitano, Giulio, *Introduzione al diritto Amministrativo comparado,* Il Mulino, Bologna, 2020, pp. 17 y ss.

[3] La selección de países que integran la América Latina es en cierto modo arbitraria, pues en realidad, no se incorporan a todos los países cuya formación tiene raíces latinas, como es el caso de Haití. En la práctica, la expresión se aplica a los países del continente colonizados por España y Portugal. Vid.: Quijada, Mónica, «sobre el origen y difusión del nombre américa latina (o una variación heterodoxa en torno al tema de la construcción social de la verdad», en *Revista de Indias nº 214 Volumen LVIII,* 1998, pp. 595 y ss.

[4] El *ius commune* es una construcción medioeval, basada en la relación entre el Derecho positivo —*ius civile*— el Derecho Natural y el Derecho Canónico, que especialmente se extendió en Europa no solo como resultado de la expansión del Derecho Romano, sino también, del Derecho eclesiástico. En la base de esta construcción encontramos el postulado de la complementariedad de los ordenamientos civil y canónico, resumido en la expresión *utrumque ius*, o sea, ambos Derechos. Vid.: Castro-Camero, Rosario de, «ius commune: fundamento del derecho común europeo e iberoamericano. breve aproximación», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* Nº 128, 2010, pp. 671 y ss. Véase en especial a Coing, Helmut, «la contribución de las naciones europeas al derecho común», en Pérez Martín, Antonio (ed) *España y Europa, un pasado jurídico común,* Instituto de Derecho Común, Murcia, 1985, p. 45.

[5] Betancourt Serna, Fernando, «la recepción del ius commune privatum hispaniarum indiarumque», en *Revista Internacional de Derecho Romano nº 21*, 2018, pp. 1 y ss.

nistrativo en Hispanoamérica, es preciso comprender los fundamentos del Derecho Administrativo de España.

Una figura que permite comprender la impronta del Derecho Administrativo de España es la regulación. Hasta fines del siglo XX, la expresión no tenía ningún significado específico, al punto que las pocas referencias a la regulación aludían, simplemente, a la intervención del Estado en la economía por medio de Leyes y reglamentos. Pero siguiendo a la doctrina española, hoy la regulación es una institución comúnmente estudiada en el Derecho Administrativo de Hispanoamérica. Recientemente, esta institución ha tenido una importante renovación a través de la mejora regulatoria, adoptada como uno de los objetivos del procedimiento administrativo.

El procedimiento administrativo en Hispanoamérica acusa la influencia del Derecho español, en especial, en tanto su objeto tradicional se enfoca en el acto administrativo, en aspectos tales y como sus requisitos de validez y eficacia[6]. Pero desde fines del siglo XX e inicios del siglo XXI, la legislación del procedimiento administrativo en Hispanoamérica ha recibido la influencia de organismos como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), pues las Leyes han ampliado el objeto del procedimiento a la regulación y su mejora.

De esa manera, este estudio presenta el análisis comparado de las Leyes y demás disposiciones sobre mejora regulatoria que se han introducido en la América Española, a los fines de exponer sus principios comunes. Desde una perspectiva introductoria, este estudio comparado permite apreciar un cambio de paradigma. Así, el concepto de regulación fue incorporado al Derecho Administrativo Hispanoamericano a fines del siglo XIX, inspirado en una visión cuantitativa de la intervención administrativa en la economía, y de allí el énfasis por la desregulación y la simplificación de trámites. Pero en el siglo XXI, impera el paradigma cualitativo, pues no se discute si la regulación es o no necesaria, en tanto el objetivo consiste en incrementar la calidad de la regulación, en términos de aumento de sus beneficios y reducción de sus costos. Esta visión cualitativa ha llevado a incorporar la perspectiva de las políticas públicas al Derecho Administrativo, todo lo cual obliga a una aproximación interdisciplinaria que permita medir la calidad de la regulación.

Una específica manifestación de esta nueva perspectiva es la introducción del concepto de espacio de prueba regulatorio para favorecer la innovación asociada a nuevas tecnologías, en especial, en el sector financiero. La perspectiva de la política regulatoria ha llevado a un cambio de enfoque, en tanto la regulación no es, aquí, la expresión de potestades administrativas de ordenación y limitación tradicionales, sino más bien, un instrumento por el cual la Administración económica colabora con operadores para favorecer la innovación. Tal colaboración demuestra que la re-

[6] Brewer-Carías, Allan, «administrative procedure and judicial review in latin america», en Della Cananea, Giacinto y Andenas, Mads (ed), *Judicial Review of Administration in Europe,* Oxford University Press, Oxford, 2021, pp. 65 y ss.

gulación ha mutado, para adoptar un rol más próximo a la colaboración basada en el acuerdo de voluntades.

De esa manera, el presente trabajo elabora una visión panorámica de las tendencias actuales de la regulación en el Derecho Administrativo de la América Española, para lo cual queda dividido en dos partes. En la *primera parte*, se presenta el concepto de regulación y mejora regulatoria en el Derecho Administrativo, destacándose cómo estos conceptos presentan problemas para su encuadre en un marco conceptual ajeno a la perspectiva de las políticas públicas. Así, a pesar de la importancia que tiene la mejora regulatoria en el procedimiento administrativo, lo cierto es que el concepto de regulación resulta en exceso impreciso, todo lo cual fuerza a adoptar una interpretación holística, centrada en la actividad de ordenación y limitación de la libertad de empresa, sin perjuicio de la proyección de la mejora regulatoria en otras aristas de la actividad administrativa. La *segunda parte* examina las técnicas de la mejora regulatoria, para reflejar un cambio de paradigma bajo el cual la Administración económica no se limita a la ordenación y limitación coactiva de la libertad de empresa, sino que adopta también una aproximación de cooperación, lo que incluso ha dado lugar a los llamados espacios de prueba regulatorios, que pueden ser considerados como una manifestación específica de la perspectiva de políticas públicas de la mejora regulatoria, la cual proyecta la técnica contractual a la regulación.

2. LA POLÍTICA DE LA MEJORA REGULATORIA EN LAS NUEVA LEGISLACIÓN DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA AMÉRICA ESPAÑOLA

Como explicamos en la introducción, fue hacia fines del siglo pasado que el concepto de regulación fue recibido en la America Española, con un concepto específico y distinto a la expresión, más descriptiva, de Estado regulador[7]. Esta recepción se hizo inspirada en el Derecho Administrativo de España, que igualmente, incorporó este concepto a sus categorías[8], con el propósito de realzar el cambio de los paradigmas de la intervención del Estado en la economía[9]. De esa manera, frente a la intervención basada en la titularidad estatal de sectores económicos explotados a través de entes administrativos, se pasó a un modelo en el cual estos sectores son operadores por la iniciativa privada, bajo el control de la Administración justificado en paliar fallos de mercado y en la gestión de riesgos[10].

---

[7] Hernández G., José Ignacio, *Derecho Administrativo y regulación económica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 234 y ss

[8] Cruz Ferrer, Juan de la, *Principios de regulación económica en la Unión Europea,* Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2002, pp. 217 y ss

[9] Ariño Ortiz, Gaspar, *Economía y Estado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, pp. 327 y ss

[10] Esteve Pardo, José, *Principios de Derecho regulatorio. Servicios económicos de interés general y regulación de riesgos,* Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 27 y ss.

Es posible identificar, en tal sentido, dos tendencias en Hispanoamérica en torno a la relación entre regulación y Derecho Administrativo. Bajo una perspectiva, la regulación alude a un tipo especial de actividad administrativa caracterizada por técnicas innovadoras que descansan en el análisis económico del Derecho y la protección de los mecanismos de mercado, de lo cual resulta una disciplina con cierto grado de autonomía, a saber, el Derecho Administrativo de la regulación económica[11]. Otra perspectiva niega toda novedad en el concepto de regulación, al sostener que éste, en suma, responde a la caracterización general de la actividad de policía[12].

El problema conceptual que rodea el concepto de regulación, y su relación con la actividad de policía[13], queda en evidencia con la ola de reformas apreciada en la región a través de Leyes que amplían el procedimiento administrativo, con el propósito de introducir controles orientados a mejorar la calidad de la regulación[14]. Estas reformas están especialmente influenciadas en la perspectiva de la OCDE, que desde fines del pasado siglo impulsó el estudio de la política regulatoria como parte de las políticas económicas, traducida en normas jurídicas de variada naturaleza que inciden en el intercambio de bienes y servicios. Este primer enfoque realzó el paradigma del libre mercado, con lo cual el enfoque se centraba en identificar la regulación que debía ser suprimida, en función a sus efectos adversos sobre la economía, o sea, la desregulación. Posteriormente, ese enfoque se complementó al proponer fortalecer la calidad de la regulación, esto es, maximizar sus efectos positivos sobre el bienestar económico y social, reduciendo sus efectos adversos[15].

Este enfoque también ha sido adoptado por el BID, quien a través de su actividad prestacional fortalece la construcción de capacidades institucionales para mejorar la calidad de la regulación. Nótese que en este enfoque el único objetivo no es suprimir la regulación, al partirse de una visión más amplia que busca mejorar su impacto positivo sobre el desarrollo, lo que puede llevar, según los casos, a la desregulación. Tras esta visión subyace el reconocimiento de la necesidad de la política regulatoria

---

[11] Moreno Castillo, Luis Ferney, *Teoría de la regulación. Hacia un Derecho Administrativo de la regulación,* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019, pp. 56 y ss.

[12] Huapaya, Ramón, «Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto anglosajón de la «regulación»», en *Ius et Veritas N° 40*, Lima, 2010, pp. 309 y ss. Véase también, del autor, *Administración pública, derecho administrativo y regulación,* Ara Editores, Lima, 2011, pp. 633 y ss.

[13] La actividad de policía es aquella que limita el ejercicio de libertades individuales, incluyendo la libertad económica. Con lo cual, la regulación es una manifestación de tal potestad. Vid. Cassagne, Juan Carlos, *La intervención administrativa,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, pp. 61 y ss. No obstante, en su estudio predomina la aproximación desde el análisis económico, al entenderse que la regulación se justifica en función a fallos de mercados, todo lo cual fortalece el estudio comparado entre el Derecho Administrativo de la América Española y el Derecho Administrativo de Estados Unidos. Vid.: Bianchi, Alberto, *La regulación económica. Tomo I,* Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1998, pp. 201 y ss.

[14] Carvajal, Bernardo, "¿Cómo asegurar calidad regulatoria?, en *Revista Digital de Derecho Administrativo n° 9*, Bogotá, 2013, pp. 41 y ss.

[15] Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, *Regulatory Policy and Governance: Supporting Economic Growth and Serving the Public Interest,* 2011, pp. 17 y ss.

para la promoción del desarrollo, lo que lleva a centrar la atención en la capacidad institucional de la Administración Pública para diseñar, implementar y controlar las políticas regulatorias[16].

2.1. El concepto de regulación económica.

En la América Española, México ha sido uno de los países pioneros en introducir a política de mejora regulatoria a sus Leyes administrativas, a partir del Decreto de 19 de abril de 2000, que reformó la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, para introducir un nuevo Título dedicado, precisamente, a la mejora regulatoria, y que en parte, respondió a los compromisos asumidos en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, de 1988. Las bases de esta política fueron incorporadas a la Constitución en la reforma de 2017, todo lo cual dio lugar a la vigente *Ley General de Mejora Regulatoria,* de 2018[17].

La experiencia de México marcó la tendencia de la mejora regulatoria en la región, más interesada en incorporar controles administrativos que en definir el concepto de «regulación». En general, puede apreciarse en la región dos tendencias. En una, la regulación es toda norma jurídica; en otra, la regulación comprende la ordenación y limitación de actividades económicas por la Administración.

El concepto más común es el que equipara la regulación con el concepto de normas jurídicas. Así, el numeral XV del artículo 3 de la citada *Ley General de Mejora Regulatoria* de México, incorpora el siguiente concepto:

> «regulación o regulaciones: cualquier normativa de carácter general cuya denominación puede ser acuerdo, circular, código, criterio, decreto, directiva, disposición de carácter general, disposición técnica, estatuto, formato, instructivo, ley, lineamiento, manual, metodología, norma oficial mexicana, regla, reglamento, o cualquier otra denominación de naturaleza análoga que expida cualquier sujeto obligado».

La política regulatoria equivaldría, así, a la política normativa del Estado[18]. Este concepto es un tanto confuso, pues pudiera dar a entender que el propósito de esta política es, en general, mejorar la calidad de toda la función normativa del Estado,

---

[16] Farías, Pedro, *et al.*, «el nuevo papel de las reformas regulatorias. ¿hacia dónde caminamos?», en Farías, Pedro et al., *¿Preparados para regular? Lecciones y desafíos de la regulación en América Latina y el Caribe,* Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, D.C., 2022, pp. 74 y ss.

[17] Márquez, Daniel, «comentario a la nueva ley general de mejora regulatoria», en *Revista de la Facultad de Derecho de México N° 272,* Madrid, 2018, pp. 1.035 y ss.

[18] Tal es el caso de El Salvador. El literal g del artículo 5 del Decreto nº 202, de *Ley de Mejora Regulatoria*, de 2019, define regulación de la siguiente manera: «*son aquellas normas de carácter general que se emiten, según lo previsto en el ordenamiento jurídico, cualquiera que sea su denominación, tales como ley, reglamento, decreto, acuerdo, resolución general, instructivo, disposición administrativa, circular, norma técnica u otras*». En el Perú, el Decreto Legislativo nº 1565, de 2023, contentivo de la *Ley General de Mejora de la Calidad Regulatoria*, alude en términos generales a la función normativa del Estado (artículo 1). Desde la perspectiva normativa, vid. Montes, Karina y Ferney Moreno, Luis, *Mejora regulatoria. Análisis de impacto normativo,* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2022, pp. 23 y ss.

incluyendo la calidad de las Leyes en general. Sin embargo, la mejora de la calidad del Código Penal, por ejemplo, no es racionalmente un objetivo de la política de mejora regulatoria. Por ello, otros países limitan el concepto a la actividad administrativa. Por ejemplo, en República Dominicana, el artículo 3.18 de la Ley *No. 167-21 de Mejora Regulatoria y Simplificación de Trámites*, de 2021, define regulación de la manera siguiente:

> «es el acto administrativo de carácter general expedido por la administración pública, materializado en cualquier instrumento jurídico»

Sin embargo, tampoco este concepto es del todo exacto, pues lo cierto es que la política no se limita a mejorar la calidad de la potestas reglamentaria, en tanto también abarca la aplicación del reglamento por medio de técnicas de control y su implementación. De allí que la política de mejora regulatoria aplica también a los trámites, esto es, las solicitudes —y sus subsecuentes procedimientos— presentados por las personas a la Administración, aportando la información necesaria para cumplir con determinada obligación, o para obtener un bien, servicio o, en suma, decisión favorable, de conformidad con la regulación aplicable. También se abarcan los trámites iniciados por la Administración para inspeccionar y supervisar el cumplimiento de la regulación [19]. En Ecuador, la política de mejora regulatoria se ha formulado a través de la mejora y simplificación de los trámites administrativos [20].

Los problemas conceptuales en definir la regulación demuestran un problema en la incorporación de esta expresión, ajena a la tradición del Derecho Administrativo Hispanoamericano. Así, destaca la resistencia en emplear conceptos más tradicionales, como reglamento, que en términos generales, es el acto normativo de rango sublegal dictado por la Administración. De igual manera, la expresión «trámite» se confunde con los conceptos más tradicionales de procedimiento y actividad administrativa. Finalmente, en el concepto de regulación se omiten referencias explícitas a la actividad administrativa por medio de la cual se ordena y limita el ejercicio de actividades económicas.

Con lo cual, el concepto de regulación no puede depender de la interpretación literal, sino más bien, de la interpretación holística basada en las razones que llevan a emplear este concepto, y que se corresponden a un área propia del Derecho Administrativo Económico. Esto queda en evidencia al identificarse la influencia de los tratados suscritos para promover el libre comercio, y que incluyen disposiciones de mejora regulatoria. Un ejemplo reciente es el tratado de libre comercio entre México, Canadá y Estados Unidos (T-MEC), de 2018, el cual incluyó en su capítulo 28 las buenas prácticas regulatorias, definidas como los estándares orientados a reforzar la calidad de la regulación, por medio de los principios de transparencia, objetividad, rendición de cuentas y predictibilidad. Otro ejemplo es el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (o CPTPP), suscrito por Chile, México y Perú en

---

[19] Literal h, artículo 5 de la *Ley de Mejora Regulatoria* de El Salvador.

[20] Decreto Ejecutivo n° 372, de 4 de mayo de 2018, que *declara política de Estado, la mejora y simplificación de trámites.*

2018, que incorporó las disposiciones sobre coherencia regulatoria del Acuerdo de Asociación Transpacífico, o TPP, cuyo capítulo 25 reguló la coherencia regulatoria. Esto permite comprender que el objetivo primario de la política de mejora no son las normas jurídicas en general, ni tampoco los reglamentos en especial, sino los controles al intercambio de bienes y servicios implementados por la Administración económica, con el propósito último de incrementar la eficiencia de esos controles y así, favorecer el libre comercio [21].

Pero este objetivo primario, impulsado por las políticas de libre comercio, termina incidiendo más allá del ámbito económico, en el sentido que la política regulatoria aplica a cualquier manifestación de la actividad de ordenación y limitación, incluso, no relacionada con el intercambio de bienes y servicios, como sucede por ejemplo con la actividad de ordenación y limitación asociada trámites migratorios o de ciudadanía [22].

2.2. El concepto de mejora regulatoria. La influencia del Derecho Administrativo de Estados Unidos.

Los problemas conceptuales no acaban con el concepto de regulación, pues tampoco resulta claro el concepto de «mejora regulatoria». Por ejemplo, República Dominicana ofrece la siguiente definición [23]:

> «es la política pública que contribuye al proceso de toma de decisiones del estado permitiendo la generación de normas claras, de trámites y servicios simplificados, así como de instituciones eficaces para su creación y aplicación, que se orienten a obtener el mayor valor posible de los recursos disponibles y del óptimo funcionamiento de las actividades productivas, de servicios y de desarrollo humano de la sociedad en su conjunto».

Este concepto, en realidad, alude a la mejora de la actividad administrativa en general, y no a la mejora de la actividad administrativa de ordenación y limitación de actividades económicas. De allí la importancia de recordar la justificación última de la política de mejora regulatoria, relacionada con el intercambio de bienes y servicios. Considerando esta finalidad, entonces, la mejora regulatoria es, en sentido estricto, la política pública adoptada por la Administración, orientada a elevar la calidad de la actividad de ordenación y limitación, con el propósito último de «*contribuir al adecuado funcionamiento de las actividades públicas y de la sociedad en su conjunto*», como dispone el artículo 5, litera d) de la Ley de El Salvador.

---

[21] Kauffmann, Céline y Saffirio, Camila, «good regulatory practices and co-operation in trade agreements: a historical perspective and stocktaking», OECD Regulatory Policy Working Papers, No. 14, OECD Publishing, Paris, 2021, tomado de: https://doi.org/10.1787/cf520646-en.

[22] De allí la importancia del concepto de trámite. Por ejemplo, el literal d) del artículo 5 de la Ley de El Salvador, define trámite como «*la solicitud o entrega de información por parte de los particulares a la administración pública, con el objetivo de cumplir con una obligación, obtener un beneficio, recibir un servicio u obtener alguna resolución*». Este concepto descansa en la actividad administrativa de policía, o de ordenación y limitación, incluso, más allá del ámbito económico.

[23] Numeral 14 del artículo 3 de la *Ley de Mejora Regulatoria y Simplificación de Trámites.*

La mejora regulatoria, aun cuando cumple un objetivo primario relacionado con el intercambio de bienes y servicios, también puede extenderse para atender objetivos secundarios, por ejemplo, en materias como la política migratoria, según vimos. Pero en todo caso, y desde este objetivo primario, la mejora regulatoria rige a la intervención administrativa en la economía, con el propósito último de mejorar «*la competitividad y el crecimiento económico y social sostenible e inclusivo del país, así como el buen gobierno*», de acuerdo con el artículo 2 de la Ley del Perú. Como sucede en Ecuador con el Decreto nº 372, de 2018, que *declara como política de Estado la mejora y simplificación de trámites,* esta política se fundamenta en la Constitución económica, que garantiza el derecho de libertad de empresa dentro de las limitaciones establecidas en la Ley, a los fines de reducir los efectos adversos de esa limitación en el bienestar general, y realzar los beneficios derivados de la intervención administrativa.

Resumiendo los conceptos de regulación y mejora, podemos concluir que el Derecho Administrativo de la América Española ha incorporado al procedimiento administrativo técnicas para mejorar la calidad de la actividad administrativa de ordenación y limitación del intercambio de bienes y servicios. Esto incluye la ordenación de actividades económicas por medio de reglamentos, así como la implementación de limitaciones a la libertad de empresa por medio de trámites. Más allá del tradicional control de legalidad administrativa[24], la mejora regulatoria realza la calidad de la actividad administrativa de intervención económica, a través de la medición de costos y beneficios[25].

La novedad, en todo caso, reside en el enfoque, no en los fundamentos de la política de mejora regulatorio. Este fundamento lo encontramos en principios generales tradicionales del Derecho Administrativo como la eficiencia, eficacia, transparencia y proporcionalidad[26]. En especial, como ha sido recientemente establecido en Argentina, la mejora regulatoria descansa en principios tradicionales del procedimiento, como celeridad, economía, sencillez, eficacia y eficiencia de trámites, eficiencia burocrática e informalismo, entre otros[27]. Es por lo anterior que la mejora regulatoria

---

[24] López Olvera, Miguel Alejandro, «La reserva de ley y la mejora regulatoria en la configuración de un derecho administrativo común en latinoamérica. principios y estándares desde el sistema interamericano de derechos humanos», en Von Bogdandy, Armin et al. (ed), *La interamericanización del derecho administrativo en América Latina: hacia un «ius commune»*, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y de Derecho Internacional Público-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Ciudad de México, 2022, pp. 321 y ss.

[25] Como veremos, el análisis costo-beneficio es la piedra angular de la mejora regulatoria, como se establece, por ejemplo, en el literal I del artículo 8 de la Ley de México, que establece como su primer objetivo «*procurar que las regulaciones que se expidan generen beneficios superiores a los costos y produzcan el máximo bienestar para la sociedad*».

[26] Así, el Decreto Ejecutivo nº 372 en Ecuador fundamenta la política de mejora regulatoria en el artículo 227 de la Constitución, el cual «*determina que la administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación*».

[27] Véase el artículo 25 de la Ley nº 27742 de *Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos*, de 2024.

puede ser entendida como una manifestación de la buena administración y del bien común aplicados al ámbito de la Administración económica[28]. Así ha sido ratificado en República Dominicana con el Decreto nº 486-22, reglamentario de la *Ley de Mejora Regulatoria y Simplificación de Trámites*, que justifica la política de mejora regulatoria en el artículo 138 constitucional, el cual sienta las bases constitucionales de la Administración Pública desde el servicio efectivo a las personas. El anclaje de esta política en el bien común realza, así, su conexión con la tradición del *ius commune*[29].

Lo curioso es que la influencia primera de esta política no radica en esa tradición, sino en la labor de organizaciones como la OCDE y el BID[30]. y, en especial, en los tratados de libre comercio, como sucede con el T-MEC. En este último caso, es también evidente la impronta de Estados Unidos, que ha querido llevar a esos tratados su propia experiencia con el control costo-beneficio, considerado por Cass Sunstein como una de las piedras angulares del Derecho Administrativo de ese país[31]. En Estados Unidos, el costo-beneficio es una técnica que tiende a ampliar la rendición de cuentas de las llamadas agencias independientes[32], y que refleja el postulado del Estado garante, en el sentido que rol primero de las agencias es facilitar el intercambio eficiente de bienes y servicios[33]. Para la América Española, esto supone un nuevo paradigma, como veremos en la sección siguiente.

---

[28] El Derecho Administrativo de la América Española presta especial atención al bien común como justificación de la actividad administrativa y fundamento de la buena administración. Cfr.: Cassagne, Juan Carlos, «reflexiones sobre el bien común y el interés público como fines y principios de la actividad estatal», en *El Derecho Nº 15.191*, Buenos Aires, 2021, pp. 1 y ss.; Coviello, Pedro J. J., «una introducción iusnaturalista al derecho administrativo», en *Estudios de Derecho Administrativo en homenaje al Profesor Julio Rodolfo Comadira,* Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 2009, pp. 22 y ss., y Delpiazzo, Carlos, «bien común, sociedad y estado», en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo Nº 11,* Uruguay, 2012, pp. 83 y ss.

[29] La política de mejora regulatoria se orienta a la promoción del bien común, como refleja el artículo 2, literal del Decreto Ejecutivo nº 372 de Ecuador. Sobre la relación entre esa política y la buena administración, desde el Derecho de España, entre otros. vid. Ponce Solé, Juli, *Mejora de la regulación, lobbies y huella normativa. Un análisis empírico de la informalidad,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 17 y ss., y Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, «calidad regulatoria y buena administración», en *Anaurio de Derecho Administrativo 2023,* 2023, pp. 49 y ss.

[30] Es de destacar el rol de la Red Iberoamericana y del Caribe de Mejora Regulatoria, una iniciativa de la OCDE y el BID para promover la mejora regulatoria en la región, a través de encuentros horizontales La Red está integrada por funcionarios de Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, España, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay, que participan en las políticas regulatorias, mediante la coordinación del BID y la OCDE. Vid.: *https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/regulatory-policy-in-latin-america-and-the-caribbean.htm* (consulta 26.12.23).

[31] Sunstein, Cass, *The cost-benefit revolution,* The MIT Press, Cambridge, 2018, pp. 67 y ss.

[32] Entre muchos otros, vid. Livermore, Michael, «cost-benefit analysis and agency independence», en *The University of Chicago Law Review nº 81*, 2014, pp. 609 y ss.

[33] Esteve Pardo, José, *Principios de Derecho regulatorio,* cit., p. 37.

3. EL ENFOQUE DE POLÍTICAS PÚBLICAS: EL CICLO REGULATORIO Y LOS ESPACIOS DE PRUEBA REGULATORIO.

Los problemas conceptuales resumidos en la sección anterior expresan, en realidad, una potencial divergencia de mayor envergadura, entre la concepción de la política regulatoria y el concepto tradicional del Derecho Administrativo anclado en privilegios y prerrogativas. En efecto, el Derecho Administrativo en la América Española, especialmente durante el siglo xx, se formó en torno a la idea de la actividad administrativa expresada a través de privilegios y prerrogativas, y en la cual la persona era considerada un administrado, expresión que denota un grado importante de sujeción. Por ello, el Derecho Económico ha descansado en instituciones que calificamos de estatistas, o sea, basadas en la primacía del Estado y el control ampliado de las actividades económicas, en especial, en relación con el servicio público[34]. Esta visión fue atemperada hacia fines del siglo pasado, al realizarse el rol de las garantías jurídicas de las personas[35]. Pero en todo caso, el Derecho Administrativo siguió descansando en figuras como el acto administrativo, basados en la actuación unilateral de la Administración, y que en cierto modo reflejan que la relación entre el sector público y privado es de rivalidad.

La liberalización de la economía impulsada a fines del siglo pasado promovió la retirada de la Administración por medio de políticas como la desregulación. Pero en el siglo xxi, la perspectiva ha cambiado, al reconocer la necesidad de la regulación, en especial, luego de la experiencia de la crisis financiera de 2008[36]. La doctrina española ha capturado este cambio, al aludir a un «nuevo intervencionismo» que descansa en la mejora regulatoria, o sea, en controles más eficaces y proporcionados[37]. Para Hispanoamérica, este cambio requiere avanzar hacia el paradigma de la complementariedad entre el sector público y privado, bajo la cual, la Administración no es solo un poder que ordena y limita unilateralmente actividades económicas, sino que también colabora con el sector privado para la promoción del bien común[38].

---

[34] Por ejemplo, vid. Escola, Héctor Jorge, *El interés público como fundamento del Derecho administrativo*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1989, pp. 33 y ss.

[35] Rodríguez, Libardo, «los principios generales del derecho en el derecho administrativo», en Brewer-Carías, Allan (ed), *La protección de los derechos frente al poder de la Administración,* Editorial Temis, Bogotá, 2014, p. 37.

[36] Singer, Joseph, *No freedom without regulation: the hidden lesson of the subprime crisis*. Yale University Press, New Haven, 2015, pp. 59 y ss.

[37] Rivero Ortega, Ricardo, «paradojas de la intervención administrativa económica: el bucle de la mejora regulatoria», en Arenilla Sáez, Manuel (ed), *La Administración Pública entre dos siglos. Homenaje a Mariano Baena del Alcázar,* Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2010, p. 1.440 y ss. Véase también a Ferney Moreno, Luis y Gallo Aponte, William, «de la simplificación administrativa a la calidad regulatoria», en *Revista de Derecho Administrativo n° 17,* 2019, pp. 246 y ss.

[38] Mazzucato, Mariana, *Transformational change in Latin America and the Caribbean. A mission-oriented Approach,* Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC), Santiago, 2022, pp. 49 y ss.

3.1. El ciclo regulatorio y la perspectiva de políticas públicas.

El paradigma de la calidad de la actividad de ordenación y limitación medida por medio del análisis costo-beneficio supone introducir, al Derecho Administrativo, la perspectiva de las políticas públicas, por medio de controles que van más allá de la legalidad administrativa aplicada al acto como decisión final del procedimiento. En realidad, la política regulatoria no pivota en torno a la *validez del acto* sino en la *calidad del acto* y, en general, en la calidad de las decisiones administrativas englobadas bajo el rótulo de regulación [39].

La perspectiva de las políticas públicas exige ampliar el foco del procedimiento administrativo, de la legalidad de la actividad administrativa a su calidad, medida en función a los objetivos que justifican la técnica de la actividad administrativa desplegada. Por ello, esta perspectiva se basa en el estudio del *ciclo regulatorio 40*, esto es, el estudio de las fases de planeación, ejecución y control de las políticas regulatorias [41].

Asi, la *fase de planeación* supone determinar la necesidad y objetivos de la regulación, midiendo de manera anticipada su impacto en el bien común. Un concepto clave en este sentido es el análisis de impacto regulatorio (AIR) esto es, el control administrativo que mediante métodos cuantitativos, determina los costos y beneficios de la regulación. Este control *ex ante*, dentro de la fase de planeación, pretende anticipar los costos regulatorios y así, elevar la racionalidad de la regulación [42]. La medición anticipada del impacto regulatorio requiere de una debida planificación de las regulaciones que piensan dictarse, para lo cual se ha introducido la figura de

---

[39] Por ejemplo, véase el artículo 2, literal I de la Ley de México, el artículo 1 de la Ley del Perú y el artículo 8 de la Ley de El Salvador. Todas esas normas determinan como objeto de la mejora, las políticas públicas.

[40] El numeral 7 del artículo de la Ley de República Dominicana, define al ciclo regulatorio como el proceso para elaborar y revisar la regulación, el cual abarca la planificación, la etapa de consulta pública, la elaboración del análisis de impacto regulatorio, la publicación, la implementación y el monitoreo

[41] Farías, Pedro, *et al.*, «el nuevo papel de las reformas regulatorias. ¿hacia dónde caminamos?», cit. Véase también a Cabrera Monroy, Juan José, «mejora regulatoria desde el enfoque de la economía», en Matute González, Carlos (ed), *La mejora regulatoria en el Estado Mexicano*, Tirant Lo Blanch, México, 2023, pp. 183 y ss.

[42] En República Dominicana, el AIR es definido como el control que aplica a las «*iniciativas regulatorias o regulaciones que tienen un impacto social y económico significativo, y que, además, impactan significativamente a uno o más grupos de la población o sectores considerados como relevantes*» (numeral 1, artículo 3, Decreto N° 486-22).). En Colombia, el Consejo Nacional de Política Económica y Social aprobó en 2014 el documento CONPES 3816, el cual traza los lineamientos del análisis de impacto normativo como el instrumento que «*aplica la administración pública luego de la intención de intervenir mediante una norma. esta herramienta examina y cuantifica los beneficios, costos y efectos que probablemente una nueva norma o cambio den ésta pueda genera*», siguiendo las definiciones de la OCDE. En Chile, el Instructivo Presidencial N° 3 que *instruye la elaboración de informes de Impacto Regulatorio*, de 15 de abril de 2019, en su Sección III, define los objetivos del AIR con base a principios cónsonos con los estándares de la buena administración, orientados a asegurar la eficacia y eficiencia de la regulación, y en especial, su coherencia, o sea, la interrelación de la regulación con el resto del ordenamiento jurídico.

la agenda regulatoria, esto es, la publicación —usualmente anual— del conjunto de regulaciones que se piensan dictar[43]. Otro control clave en esta fase son las consultas públicas[44].

El ciclo regulatorio incluye también a buenas prácticas regulatorias (BPR) durante la *implementación de la regulación*, a través de estándares orientados a reforzar su calidad, en especial, favoreciendo la transparencia, publicidad, certidumbre y coherencia normativa[45]. Otro componente importante de la calidad en la implementación de la regulación es la publicidad de la regulación y de los trámites. A estos fines, dentro de las buenas prácticas encontramos al registro público que compila la información de las regulaciones y trámites a cargo de las Administraciones Públicas, y que además, puede organizarse por sectores económicos[46].

Finalmente, el ciclo regulatorio abarca el *control posterior*, el cual mide el impacto de la regulación con base en sus resultados[47]. El estudio de impacto regulatorio *ex post* parte del análisis costo-beneficio, que es una técnica de control muy conocida en el Derecho Administrativo de Estados Unidos[48]. Desde la perspectiva del valor público, este análisis no se limita solo al aspecto económico, sino que también debe considerar otras aristas desde el desarrollo integral, especialmente, el impacto social y el impacto ambiental, este último de gran utilidad en el marco de las políticas de adaptación y mitigación al cambio climático[49].

El impacto regulatorio posterior requiere de una adecuada fase de planeación, pues ello permite contrastar el resultado obtenido con el resultado esperado. Ese contraste puede derivar en la revisión de la técnica de intervención adoptada, para aumentar sus beneficios o reducir sus costos. Esto último, incluso, puede llevar a suprimir el trámite, de lo cual resulta que la simplificación de trámites administrativos, desde esta perspectiva, debe ser consecuencia de la aplicación de mecanismos de control posterior de la calidad regulatoria[50].

---

[43] Véase, por ejemplo, el artículo 16 de la *Ley de Mejora Regulatoria* de El Salvador, y el artículo 6 de la *Ley de Mejora Regulatoria y Simplificación de Trámites* de República Dominicana.

[44] Véase el artículo 5.6 de la Ley del Perú.

[45] La certidumbre y estabilidad de regulación forma parte de lo que se denomina «gobernanza regulatoria», o sea, el proceso de toma de decisiones para dictar o modificar regulaciones basado en evidencia, y dentro de un marco de predictibilidad, colaboración y corresponsabilidad (artículo 7, *Ley General de Mejora de la Calidad Regulatoria* del Perú).

[46] Véase el artículo 13 del Decreto n° 372, de Ecuador.

[47] Farias, Pedro y Olivares, Eliezer, «prefacio», cit., p. 26 y ss.

[48] Recientemente, se dictó la orden ejecutiva n° 14.094 de abril de 2023, para la modernización de la revisión regulatoria, que entre otros elementos, definió criterios cualitativos para medir el impacto regulatorio, así como estándares para promover la inclusión en las consultas públicas.

[49] El *Análisis de Impacto Regulatorio ex post* permite evaluar la aplicación, efectos y observancia de la regulación vigente, todo lo cual pude llevar a la promoción de consultas públicas. Vid. artículo 70, *Ley General de Mejora Regulatoria* de México.

[50] El control posterior permite a la Administración, entre otros fines, comprobar la veracidad de las estimaciones previas de impacto, todo lo cual, además, contribuye a mejorar la calidad de la fase previa de planeación. De esa manera, en el Derecho Administrativo de República Dominicana, el Análisis de Impacto Regulatorio ex post evalúa periódicamente los efectos de la regulación para determinar si

3.2. Los espacios de prueba regulatorios como una expresión de la política regulatoria

Una de las aplicaciones prácticas del enfoque de las políticas regulatorias es su rol promoviendo la innovación. La perspectiva del Derecho Administrativo centrada en la rivalidad entre el sector público y privado derivó en una repartición de funciones en la cual el sector privado crea mercados y el sector público ordena y limita a los mercados. Sin embargo, desde el nuevo paradigma de la complementariedad entre el sector público y privado, la creación de mercados también puede ser promovida por la Administración, un cometido que ésta no puede cumplir limitando coactivamente a la libertad de empresa, sino colaborando con ésta para procurar nuevas técnicas que eleven la eficiencia en el intercambio de bienes y servicios.

Tal es el rol de los llamados espacios de prueba regulatorios o entornos de prueba (*regulatory sandboxes*), de especial utilidad en el uso de las nuevas tecnologías en los servicios financieros (*FinTech*). Los esfuerzos de la OCDE y del BID por promover la mejora regulatoria en la región[51], han impulsado espacios de prueba para la innovación financiera mediante las nuevas tecnologías[52]. Así, estos espacios responden a la ordenación implementada por la Administración que, de acuerdo con lo establecido en la Ley, condiciona el acceso al mercado a una autorización pero con la particularidad que ésta permite al operador económico innovar y experimentar con el uso de nuevas tecnologías, a los fines de perfeccionar la oferta de bienes y servicios. Esta experimentación puede derivar en errores, que no son abordados desde la perspectiva tradicional del ilícito administrativo que justifica el ejercicio de la potestad sancionadora, sino que más bien son tomados como parte del proceso de creación de conocimiento mediante la colaboración público-privada[53].

México también ha llevado la delantera en la región, con la *Ley para regular las instituciones de tecnología financiera,* de 2018. Esta Ley aplica a dos tipos de operadores económicos, a saber, las instituciones de financiamiento colectivo y las instituciones de fondos de pago electrónico, que requieren de la correspondiente autorización[54]. Ahora bien, si algún operador económico desea ofrecer servicios novedosos

---

«*generan mayores beneficios que los costos para su cumplimiento*». El instrumento de impacto regulatorio empleado es el «análisis de calidad regulatoria» (ACR), que mide la eficiencia de la regulación y los trámites, incluso, para modificarlos (artículos 13 y 14, *Ley de Mejora Regulatoria y Simplificación de Trámites* de República Dominicana).

[51] Querbach, Tobías y Arndt, Christiane, *Política regulatoria en América Latina: Un análisis de la situación actual,* OECD, París, 2016, pp. 32 y ss.

[52] Banco Interamericano de Desarrollo, *FINTECH en América Latina y el Caribe. Un ecosistema consolidado para la recuperación,* Washington D.C., 2022, pp. 66 y ss

[53] La doctrina española ha destacado las particularidades de este enfoque. Vid.: Doménech Pascual, Gabriel, «las regulaciones experimentales», en *Anuario del buen gobierno y de la calidad de la regulación n° 1,* 2022, pp. 103 y ss.

[54] Villanueva, Ana, «Fomento a la innovación en un entorno seguro: la autorización de modelos regulatorios novedosos o *regulatory sandbox* en México», en Robles, Rocío (ed), *Ley para regular las*

en fase de experimentación, puede solicitar una autorización de modelos novedosos. Esta autorización será temporal, y fijará las condiciones dentro de las cuales los servicios podrán ser ofrecidos, incluyendo en especial las políticas de análisis de riesgos, y las reglas de responsabilidad civil. Asimismo, similares autorizaciones pueden ser emitidas a operadores financieros autorizados, para prestar servicios novedosos y experimentales, no cubiertos por la autorización general otorgada[55].

En Perú, el *Reglamento para la realización temporal de actividades en modelos novedosos*, de 2022, prevé una autorización temporal y limitada para ofrecer servicios novedosos y experimentales, incluyendo pruebas piloto, todo lo cual estará acompañado de la «flexibilización de requerimientos normativos» de acuerdo con la Superintendencia de Banca, Seguros y Administraciones Privadas de Fondo de Pensiones[56]. De manera más amplia, en Colombia, el espacio controlado de pruebas ha sido definido como el «*conjunto de normas, procedimientos, planes, condiciones, requisitos y requerimientos prudenciales que permite probar desarrollos tecnológicos innovadores en la prestación de actividades propias de las entidades vigiladas por la superintendencia financiera de colombia*»[57].

Estos espacios demuestran que la política regulatoria no solo atiende fallos de mercado, sino que ella también se orienta a crear mercados, a través de procesos de experimentación e innovación. La Administración Pública no asume, aquí, su rol tradicional de supervisión sino más bien de coordinador entre firmas y operadores, a través de un régimen jurídico-administrativo que provee la flexibilidad necesaria para ensayar, especialmente, en el uso de nuevas tecnologías. Desde la libertad de empresa, estos entornos no deben ser valorados —solo— como limitaciones coactivas a la libertad de empresa[58], sino como instrumentos que en cierto modo, facilitan la coordinación público-privada, lo que supone extender un ámbito contractual, o consensual, en la actividad de regulación[59].

---

instituciones de tecnología financiera Contexto, contenido e implicaciones, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2020, pp. 499 y ss.

[55] Artículos 80 y siguiente.

[56] Artículos 4 y 12.

[57] Artículo 2.35.7.1, del Decreto N° 1.234, que modifica al Decreto N° 2.555, sobre las normas en materia del sector financiero, asegurador y de mercado de valores, dictado en 2020.

[58] Países como Venezuela han introducido una regulación sobre los servicios financieros que emplean nuevas tecnologías, pero que más bien parte del enfoque tradicional de la supervisión y limitación. Cfr.: Abache, Serviliano «la regulación de las fintech en venezuela», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello N° 75,* Caracas, 2021, pp. 101 y ss., y Badell Benítez, Nicolás, «Regulación administrativa de las empresas fintech. Especial referencia al derecho venezolano», en Urdaneta, Gustavo *et al.,* (ed), *Libro Homenaje a Jesús Caballero Ortiz. Tomo II*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales-FUNEDA, Caracas, 2022, pp. 715 y ss., y

[59] La Administración no actúa solo de manera unilateral, sino que colabora con el operador económico en la innovación, todo lo cual refleja que estos espacios responden no solo a la reglamentación unilateralmente dictada, sino también a las condiciones acordadas con el operador. Este es un ejemplo de la expansión del contrato en ámbito propios de la actividad administrativa, lo que genera situaciones que no están exentas de riesgos. Vid. Esteve Pardo, José, *El camino a la desigualdad. Del imperio de la Ley a la expansión del contrato,* Marcial Pons, 2023, pp. 63 y ss.

4. CONCLUSIÓN.

Hasta fines del siglo xx, la regulación no tenía un significado específico en el Derecho Administrativo de la América Española, y más bien se empleaba, genéricamente, para aludir a la intervención del Estado en la economía por medio de Leyes y, en especial, a través de la potestad de policía, cuyo concepto descansa en el paradigma del interés público, frente al cual cede el interés personal de los administrados, todo lo cual justifica privilegios y prerrogativas que permiten a la Administración crear, extinguir y modificar, de manera unilateral, relaciones jurídico-subjetivas. Este paradigma descansa en la rivalidad entre el sector público y privado, lo que llevó a justificar la mayor presencia de la Administración en actividades de servicio público.

Las políticas de liberalización de fines del siglo pasado llevaron a un movimiento de signo opuesto, en el cual la intervención administrativa se valoró como un mal necesario, favoreciéndose así procesos de desregulación. Los resultados de esas políticas, en términos de desarrollo, fueron más bien escasos, pues en buena medida se perdió el foco sobre las trabas al desarrollo en la región, asociadas a la histórica fragilidad estatal. En cierto modo, el problema no era tanto de exceso de Estado, sino de ausencia de Estado, como organización política orientada a la promoción del bien común[60].

De la mano de organizaciones como la OCDE y el BID, y también, por influencia de Estados Unidos a través de tratados de libre comercio, Hispanoamérica recibió el concepto de mejora regulatoria, que en suma, parte de considerar que la regulación es necesaria para promover el desarrollo, especialmente de cara a la garantía de acceso de los derechos económicos y sociales, todo lo cual requiere adoptar controles orientados a elevar la calidad de la actividad administrativa de ordenación y limitación, a través del análisis costo-beneficio. Esto llevó a un cambio gradual, que comenzó en México y se ha extendido a países como Ecuador, El Salador, Perú y República Dominica. La regulación pasa a ser objeto del procedimiento administrativo, con el propósito último de mejorar su calidad, o sea, de reducir sus costos y maximizar sus beneficios económicos y sociales.

Sin embargo, la efectividad de esta política puede verse afectada por la imprecisión del concepto de regulación y mejora regulatoria. Es por ello importante partir de principios tradicionales que descansan en la buena administración y, en suma, en la tradición del *ius commune*[61], pero asumiendo un cambio de enfoque, basado en el paradigma de la complementariedad entre el sector público y privado. Así, ambos

---

[60] Hausmann, Ricardo, «Structural Transformation And Economic Growth In Latin America», en *The Oxford Handbook of Latin American Economi*cs, Oxford Handbooks in Economics, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 519 y ss.

[61] Hernández G., José Ignacio, «el derecho administrativo interamericano, la dignidad humana y el bien común», en Ruocco, Gabriela y Vásquez, Cristina (ed)., *Estudios jurídicos en Homenaje al profesor Dr. Augusto Durán Martínez,* Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2023, pp. 165 y ss.

sectores colaboran para la mejor definición del marco jurídico aplicable al intercambio de bienes y servicios.

Este cambio de paradigma requiere pasar del rol de la Administración ordenando y limitando unilateralmente la libertad de empresa, al rol de la Administración colaborando con el sector privado para la mejor definición, implementación y control de la política regulatoria. En especial, este enfoque colaborativo ha dado lugar a espacios de prueba en servicios financieros, en los cuales la Administración colabora con los operadores privados en la innovación mediante el uso de nuevas tecnologías, lo que requiere de un Derecho Administrativo que estimule el error y la experimentación, superando la visión centrada en las potestades unilaterales de ordenación y limitación. Aquí, sin embargo, debe evaluarse con atención los efectos de la extensión de una faceta contractual de la actividad administrativa, en el sentido que las condiciones bajo las cuales se lleva a cabo la experimentación son también incididas por el acuerdo alcanzado entre la Administración y los operadores económicos.

ESTUDIOS I:
EL BINOMIO AGUA Y ENERGÍA

La sección que sigue trae causa de las jornadas celebradas en Almería los días 27 y 28 de abril de 2023, en el marco del *Foro Binomio Agua y Energía*, promovido por las Universidades de Barcelona, Granada, Almería y otras entidades públicas y privadas, cuyo objetivo consiste en desarrollar iniciativas conjuntas en el ámbito de la gobernanza y la regulación en los sectores del agua y de la energía. El Foro tiene su sede en la ciudad de Almería.

Cuadernos de Derecho Regulatorio
Vol. 2 | 2024
Estudios I: El binomio agua y energía. pp. 49–66
Madrid, 2024
DOI: 10.37417/cudere/vol_2_2024_2663
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
© Andrés Molina Giménez
ISSN: 3020-6162

EL BINOMIO AGUA Y ENERGÍA DESDE UNA PERSPECTIVA JURÍDICA Y ECONÓMICA. EXCEPCIONES A LA RECUPERACIÓN DE COSTES ANTE LA ELEVACIÓN DE LOS PRECIOS DE LA ENERGÍA

Andrés Molina Giménez
Profesor titular (acr. Catedrático) de Derecho Administrativo
Universidad de Alicante

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. MARCO REGULATORIO DE LA RECUPERACIÓN DE COSTES.— 3. DELIMITACIÓN DEL PRINCIPIO EN EL CONTEXTO REGULADOR DE LA DIRECTIVA MARCO DEL AGUA.— 4. LÍMITES DERIVADOS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA.— 5. AUSENCIA DE EFECTO DIRECTO DEL PRINCIPIO DE RECUPERACIÓN DE COSTES.— 6. ÚLTIMAS EXCEPCIONES A LA RECUPERACIÓN DE COSTES EN ESPAÑA. LA ORDEN MINISTERIAL TED/157/2023, DE 21 DE FEBRERO, QUE REGULA AYUDAS A LA DESALACIÓN EN EL ÁMBITO DEL SEGURA Y A LA CONDUCCIÓN JÚCAR-VINALOPÓ, PARA REDUCIR LA REPERCUSIÓN DEL COSTE ENERGÉTICO.— 7. CONCLUSIONES.

RESUMEN: El presente trabajo se centra en el análisis del principio de recuperación de costes, y cómo éste influye en la financiación de las actividades relacionadas con la gestión del agua. Se analizan sus componentes esenciales y la jurisprudencia comunitaria que ha conformado su régimen jurídico. Con estas bases, se estudian las recientes ayudas otorgadas por el Gobierno de España para las demarcaciones del Segura y Júcar, que han subvencionado parcialmente la producción de agua de mar desalada y los costes de una relevante infraestructura de transferencia interna de recursos. La notable elevación de los costes energéticos venía impidiendo en la práctica la utilización de estos recursos en el sector agrícola.

1. INTRODUCCIÓN

El principio de recuperación de costes tiene como objeto promover el uso racional y eficiente de los recursos hídricos, así como contribuir al buen estado cualitativo

y cuantitativo de las masas de agua. Aunque no tiene un carácter necesariamente integral, en cuanto admite excepciones y modulaciones a su aplicación, el principio cumple un rol muy importante en la consecución de los objetivos de la Directiva Marco del Agua (DMA)[1].

La CNMV[2] ha advertido sobre la gran disparidad de estructuras de precios y grados de recuperación de costes en los servicios urbanos del agua en España. La recuperación de costes continúa siendo una asignatura pendiente para el sector del agua en la mayoría de los países europeos, y nuestro país no es ninguna excepción. El Informe de evaluación sobre el grado de cumplimiento de la Directiva Marco, elaborado por la Comisión Europea en 2019[3], estimó que el porcentaje de recuperación de costes, incluyendo los costes medioambientales, se situaría entre el 34 por 100 en la cuenca del Miño-Sil, en el rango inferior, y en el 86 por 100 en las cuencas del Guadalete y Barbate, en el rango superior.

El contexto económico y financiero en que se mueve el sector del agua es de incertidumbre, ya que los elementos que integran la recuperación de costes no están regulados con suficiente grado de detalle en ninguna norma general, y no existe una metodología o criterios comunes para su cálculo, lo que conduce a una enorme disparidad de tarifas y precios. JIMENEZ COMPAIRED[4] denuncia tres insuficiencias en el diseño y estructura de los instrumentos de recuperación de costes sobre el agua: a) insuficiencia recaudatoria; b) falta de orden y desarrollo armonizado de las tasas e impuestos autonómicos que gravan la depuración, así como de las tasas y tarifas de los servicios del agua urbana (distribución y saneamiento); y c) insuficiencias en el diseño del canon de vertido como instrumento que permita fomentar el uso eficiente y sostenible del uso del agua, reducir la contaminación, la sobreexplotación y lograr el cumplimiento de los objetivos ambientales, a lo que se une la inexistencia de cánones que graven la contaminación difusa.

La ausencia de una normativa financiera adecuada se aprecia también, significativamente, en la repercusión de los costes de la regeneración de aguas, así como en los precios derivados de la desalación. Estos terminan resolviéndose mediante acuerdos bilaterales o fórmulas de financiación poco transparentes.

---

[1] Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2000 por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas.

[2] CNMC (2020) E/CNMC/07/19 ESTUDIO SOBRE LOS SERVICIOS DE ABASTECIMIENTO Y SANEAMIENTO DE AGUA URBANA. 30 de enero de 2020. *https://www.cnmc.es/sites/default/files/3750402_2.pdf* Revisado el 10 de junio de 2024.

[3] Documento de trabajo de los servicios de la Comisión: Segundos planes hidrológicos de cuenca - Estado miembro: España, que acompaña al documento Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, sobre la aplicación de la Directiva marco sobre el agua (2000/60/CE) y la Directiva sobre inundaciones (2007/60/CE) Segundos planes hidrológicos de cuenca Primeros planes de gestión del riesgo de inundación, p. 218. Bruselas, 26.2.2019. SWD(2019) 42 draft. *https://www.miteco.gob.es/content/dam/miteco/es/agua/temas/planificacion-hidrologica/informe_em_espana_2_ciclo_es_tcm30-508615.pdf* Revisado el 10 de junio de 2024.

[4] Jimenez Compaired, Ismael (2020). Informe sobre la reforma de la fiscalidad del agua en España. Libro verde de la gobernanza del agua en España.

El modelo de imputación de costes a los usuarios finales es, en definitiva, deficiente, lo que se ha visto recientemente agravado por la escalada de los precios de la energía, fundamental en todos los procesos relacionados con el agua. En este trabajo se analizarán las últimas medidas de excepción que, a diferencia de lo que venía ocurriendo, han dado un paso más aplicando subvenciones en situaciones de normalidad hidrológica, con motivo de la notable alza de los precios energéticos y su impacto en determinadas tecnologías e infraestructuras hídricas. Esta aproximación supone un cambio significativo en el abordaje habitual de las excepciones al principio, que tradicionalmente habían venido asociadas a la resolución de los problemas derivados de episodios de sequía extraordinaria.

2. MARCO REGULADOR DE LA RECUPERACIÓN DE COSTES

El Artículo 9 de la DMA regula el principio de recuperación de costes en los servicios relacionados con el agua. La recuperación de costes debe incentivar la eficiencia tanto en el uso de los recursos como en la consecución de los objetivos ambientales.

La heterogeneidad climática, geográfica, así como la diferente intensidad y alcance de las demandas y recursos disponibles, obliga a evaluar los efectos socioeconómicos de la repercusión de costes, evitando una aplicación aséptica o absoluta del principio. La consideración de estos efectos matiza su alcance desde la óptica del principio de asequibilidad de los servicios y actividades relacionadas con el agua. Este componente queda atendido por la vía de las excepciones, que matizan la integralidad de la imputación de costes, y permiten alcanzar un balance adecuado entre la necesidad proteger el medio ambiente hídrico y la conveniencia de atender a las demandas de manera asequible.

Descartada cualquier pretensión de integralidad del principio, conviene no obstante subrayar que los supuestos que permiten su inaplicación total o parcial deben estar debidamente justificados. Las últimas excepciones acordadas por el Gobierno de España, de las que se dará cuenta más adelante, han permitido modular el alcance del principio más allá de la concurrencia de episodios extremos (sequías e inundaciones), atendiendo a las complejas circunstancias geográficas y climáticas que caracterizan la gestión del agua en buena parte del país, y al contexto de los precios energéticos.

La contribución de los diferentes usos y demandas a la recuperación de costes debe concretarse en la planificación hidrológica y los programas de medidas. Estos instrumentos deben incluir, entre las medidas básicas, aquellas «que se consideren adecuadas a efectos del artículo 9» de la DMA, es decir, aquellas que contribuyan a una efectiva recuperación de costes en todos los servicios del agua (art. 11). El Anexo III de la DMA recoge la necesidad de realizar un «análisis económico» del agua, lo que implica contar con información económica detallada que permita calcular los costes en cada uno de los servicios. Para ello debe tenerse en cuenta tanto la disponibilidad de agua como las demandas, los volúmenes suministrados, el precio y costes de los servicios, las necesidades de inversión y los costes potenciales.

La cuantificación de los costes precisa de complejos análisis económicos y de costes, modulados en atención a la necesaria valoración de aspectos extraeconómicos, por lo que nos situamos en un ámbito de amplia discrecionalidad. La Comisión Europea apuntó algunos criterios que ayudan a diseñar las políticas de tarificación del agua. Formarían parte de los componentes imputables al usuario: a) los costes financieros de la prestación de los servicios del agua (costes de explotación, mantenimiento y de capital); b) los costes ambientales que suponen los daños al ecosistema y el medio ambiente por los usos del agua; c) los costes del recurso, representados por el coste de oportunidad para otros usuarios por el agotamiento de los recursos en volumen superior al índice de renovación o recarga natural[5].

La DMA fue incorporada a nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, cuyo artículo 129 modificó el TRLA para su adaptación a la norma comunitaria. Como resultado de esta reforma se introdujo el artículo 111 bis, que declaró que los poderes públicos están obligados a repercutir los costes del agua en los usuarios, reforzando así su alcance. Aparte de la finalidad que se asigna a este principio (incentivar un uso eficiente y evitar el despilfarro), destaca la habilitación para que los planes de cuenca reconozcan excepciones a la vista de sus consecuencias sociales, ambientales y económicas, así como de las condiciones geográficas y climáticas de cada territorio. De ello se desprende el reconocimiento de un principio de asequibilidad en los precios del agua. Las excepciones deben estar previstas en la planificación hidrológica, ser debidamente motivadas y no comprometer los fines ambientales.

Entre los contenidos obligatorios de la planificación hidrológica se incluye ofrecer información sobre la recuperación de costes en los servicios del agua, contemplando una descripción de los servicios, operadores, usuarios y tarifas, así como los costes de capital e inversiones necesarias para proveer los servicios; deben mostrar también el nivel de recuperación de costes en los diferentes usos, desglosados al menos en abastecimientos, industria y agricultura, así como la previsión de inversiones en los sistemas de explotación. Tras ello, realizarán una descripción de las situaciones y motivos que aconsejen establecer excepciones, analizando las consecuencias sociales, económicas y ambientales, geográficas y climáticas que concurren en el ámbito del plan, siempre con garantía de los objetivos ambientales. Finalmente, se realizará en la planificación un análisis de la recuperación de costes global y particular para cada una de las unidades de demanda agraria (UDAS).

Los programas de medidas cumplen a su vez un rol fundamental en la concreción del principio; de hecho, en ellos se especifican las medidas que se adoptarán para aplicar la recuperación de costes, y se da cuenta de las medidas previstas por las Administraciones competentes para aplicar la recuperación de costes en su ámbito (propuestas de revisión y actualización de tarifas, incorporación de costes ambienta-

[5] Comunicación de la Comisión Europea al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, Política de tarificación y uso sostenible de los recursos hídricos, [COM (2000) 477 final]

les y de recurso, fórmulas de valoración de daños ambientales, etc.) Los programas deben incluir un análisis coste-eficacia para seleccionar las medidas más adecuadas, evitando costes desproporcionados.

No deben despreciarse los contenidos del estudio general de la Demarcación, ya que en este documento se realizan cálculos de costes basados en proyecciones a largo plazo de oferta y demanda, volumen, precios, inversiones y costes de operación. Incluyen además un resumen global de los resultados del análisis de recuperación de costes en la demarcación[6].

La variable económica, en definitiva, no es en absoluto ajena a la toma de decisiones en materia de aguas, y mucho menos en sede de planificación, donde está presente en la definición de las estrategias tanto de gestión de la demanda como de la oferta de caudales. Los planes hidrológicos y los programas de medidas están llamados a determinar cómo deben contribuir los diferentes usos a la recuperación de costes, delimitando el alcance de este principio en cada sector. Son además el instrumento apropiado para prever justificar las eventuales excepciones.

La recuperación de costes no es un objetivo en sí mismo, sino que constituye una técnica más, entre otras, para alcanzar los objetivos de la DMA.

3. DELIMITACIÓN DEL PRINCIPIO EN EL CONTEXTO REGULADOR DE LA DIRECTIVA MARCO DEL AGUA

La DMA utiliza la expresión «servicios relacionados con el agua» para delimitar el ámbito de aplicación objetivo del principio de recuperación de costes (art. 9.1). La expresión presenta un cierto grado de indefinición, que queda en buena medida superada con arreglo a la relación de actividades y servicios establecida en el artículo 2.38 de la DMA, según el cual los servicios relacionados con el agua serían: «Todos los servicios en beneficio de los hogares, las instituciones públicas o cualquier actividad económica, consistentes en: a) la extracción, el embalse, el depósito, el tratamiento y la distribución de aguas superficiales o subterráneas; y b) la recogida y depuración de aguas residuales, que vierten posteriormente en las aguas superficiales». Este concepto no es equivalente a la noción*: usos del agua*, que es más amplia; el apartado 39 incluye bajo este último, junto a los referidos servicios relacionados con el agua, a cualquier otra actividad contemplada en el artículo 5 y Anexo II que tenga repercusiones significativas en el estado del agua.

---

[6] El Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Planificación Hidrológica, recoge en su artículo 40 la obligación de los planes de cuenca de incluir un resumen del análisis económico del uso del agua, que implica realizar una caracterización económica del uso de agua y analizar la recuperación de los costes en los diferentes servicios. Esta caracterización debe tener en cuenta la importancia del recurso para la actividad económica, el territorio y el desarrollo sostenible de la demarcación, así como en relación con las actividades económicas en las que el recurso tiene una relevancia significativa. El análisis incluye el valor añadido, la producción, el empleo, la población dependiente, la estructura social y la productividad del uso del agua (art. 41).

La Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 11 de septiembre de 2014[7] criticó la práctica asimilación de los conceptos «servicios» y «usos» del agua a que conducía la postura adoptada hasta entonces por la Comisión Europea, que sostenía una interpretación extensiva del principio de recuperación de costes; ello permitió al Tribunal avalar una exclusión integral y a priori del principio, acordada por la legislación alemana, que abarcaba a sectores completos de actividad en los que el agua representa un factor relevante. Según el Tribunal, bajo el concepto «usos del agua» se incluyen actividades que no vinculadas a los servicios de abastecimiento y depuración, lo que permite su exclusión de la recuperación de costes. Esta postura supuso la adopción de una noción restrictiva del concepto, que habilita a los Estados a eximir en bloque amplios sectores de actividad relacionados con el agua.

Las actividades excluidas por el Estado alemán incluían el embalse de caudales destinado a la producción de energía hidroeléctrica, la navegación, las actividades relacionadas con la protección frente a inundaciones, y la extracción de agua para riego, autoconsumo y usos industriales. Alemania sostenía que los servicios relativos al agua, según su configuración legal, debían limitarse a los servicios de abastecimiento urbano y depuración de aguas residuales, entendidos como integrantes de un ciclo unitario (aducción, alta, distribución, saneamiento y depuración). Esta postura fue apoyada por diferentes Estados del Norte de Europa[8].

Austria argumentó, en apoyo de la postura alemana, que una política de precios a la generación de energía hidroeléctrica podría provocar su encarecimiento y hacerla poco competitiva en beneficio de otras fuentes de generación alternativas, mucho más nocivas para el medio ambiente. Se argumentó también que dar un carácter absoluto al principio supondría otorgarle una suerte de prioridad o prevalencia frente al resto de instrumentos que contempla la DMA, lo que no se deduce en ningún caso de la norma; generalizar la aplicación del principio a todos los usos del agua equivaldría a situar al principio en un plano de superioridad con respecto al resto de herramientas de orden cualitativo, a las que la DMA otorga un singular protagonismo (planes hidrológicos y programas de medidas).

La interpretación restrictiva sostenida por Alemania y sus coadyuvantes se basaba en una interpretación literal del precepto, así como en la consideración del concepto «servicios» que se da en el Derecho comunitario, que apunta a la necesidad de que exista un prestador y un usuario entre los que haya una relación económica (bilateralidad). Esto sólo se produciría en los servicios de abastecimiento y saneamiento urbano. La Comisión, sin embargo, consideraba que el término «servicios» debía relacionarse

---

[7] Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 11 de septiembre de 2014 (ECLI:EU:C:2014:2202) asunto C-525/12. Comisión Europea vs. República Federal de Alemania.

[8] Esta interpretación restrictiva había sido denunciada por la Comisión Europea en varios documentos: Comité Económico y Social, en su Dictamen sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo «Afrontar el desafío de la escasez de agua y la sequía en la Unión Europea» (COM 2007, 414 final); y Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones «Plan para salvaguardar los recursos hídricos de Europa» COM (2012) 673 final, de 14 de noviembre de 2012

con el concepto «servicios ambientales», también recogido en el Derecho comunitario, y en particular, en la Directiva sobre responsabilidad ambiental de 2004. Esta configuración no precisaría la presencia del factor humano en la prestación.

El Tribunal no entró a fondo en estos argumentos, pero justificó la posición alemana en base a una interpretación sistemática y teleológica de la DMA: una visión integral de la DMA impone considerar que todas las técnicas que se contemplan en ella contribuyen en su propia medida al mismo fin: alcanzar el buen estado ecológico de las masas de agua. La planificación y los programas de medidas, como técnicas preferentes, son los instrumentos idóneos para definir, con cierto margen de discrecionalidad, la aplicación o inaplicación del principio de recuperación de costes en cada sector, así como su alcance. Ninguna de las actividades excluidas por Alemania comprometía la consecución de los objetivos de la DMA[9].

Setuain, al hilo de esta Sentencia, critica la exclusión a priori, de raíz, de sectores completos relacionados con la gestión del agua. A partir de ahí, relaciona cuáles serían las condiciones, que permitirían admitir excepciones a la recuperación de costes: a) que no se comprometan los fines y objetivos ambientales previstos en la DMA; b) que se justifiquen con arreglo a circunstancias suficientemente sólidas y definidas (sociales, medioambientales, económicas, geográficas, climáticas etc.); c) que sean de verdad una excepción; es decir, que la situación ocurra inusualmente, en supuestos singulares en los que, por causas precisas debidamente contrastadas, quepa un apartamiento de lo que es ordinario o regla general. Así se deduce en su opinión del artículo 9.4 de la DMA, al prever tales excepciones en actividades determinadas, y siempre con el deber de los Estados de informar en los planes hidrológicos de cuenca de los motivos por los que no ha aplicado dicha regla general[10].

Ciertamente, resulta excesivo excluir de raíz y de manera global grupos completos de actividad en los que el agua representa una contribución decisiva (i.e. todo el regadío, toda la industria de generación de hidroelectricidad, etc.); parece más

---

[9] En los considerandos 57 y siguientes de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 11 de septiembre de 2014 (ECLI:EU:C: 2014:2202) asunto C-525/12. Comisión Europea vs. República Federal de Alemania, puede leerse: «Al respecto, el artículo 9, apartado 4, de la Directiva 2000/60 prevé que los Estados miembros están autorizados, en determinadas circunstancias, a no aplicar la recuperación de los costes respecto a una actividad de uso del agua determinada, en la medida en que ello no cuestiona los objetivos que dicha Directiva pretende alcanzar ni compromete la consecución de aquéllos. De ello se desprende que los objetivos perseguidos por la Directiva 2000/60 no implican necesariamente que lo dispuesto en el artículo 2, punto 38, letra a), de ésta deba interpretarse en el sentido de que somete todas las actividades que en él se citan al principio de recuperación de los costes, como sostiene esencialmente la Comisión. En estas circunstancias, el hecho de que la República Federal de Alemania no someta algunas de dichas actividades al referido principio no permite, por sí solo, al margen de cualquier otra imputación, afirmar que dicho Estado miembro ha incumplido por ello las obligaciones establecidas en los artículos 2, punto 38, y 9 de la Directiva 2000/60».

[10] Setuain Mendia, Beatriz (2015) «La tarificación de los servicios relacionados con el agua: condiciones, alcance y eficacia a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria. (La defunción de la fórmula certificada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de septiembre de 2014», Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, nº 30.

razonable sujetar todos los sectores al principio, permitiendo el juego de excepciones cuando resulten justificables, se acredite la indemnidad de los objetivos de la DMA, y se apliquen dentro de un margen temporal razonable junto a medidas correctoras, hasta que desaparezcan los motivos de exclusión.

Cabe plantearse, finalmente, si cabría entre los motivos de justificación aducir exclusivamente razones socioeconómicas. En nuestra opinión, no habría mayor obstáculo, aunque deberán tenerse en cuenta aspectos como la magnitud de la excepción, si la exclusión que se plantea es total o parcial, el alcance territorial de la medida, o la magnitud de la problemática socioeconómica, ambiental, geográfica o climática, asociada.

4. LÍMITES DERIVADOS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

El artículo 112.bis del TRLA, introducido en la Ley de Aguas mediante la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética, [11] complementa las exacciones establecidas en los artículos 112 a 114, que regulan el canon de utilización de bienes de dominio público, el canon de vertido, el canon de regulación y la tarifa de utilización del agua. El precepto crea un tributo específico que grava la producción de hidroelectricidad, cuya finalidad teórica es la repercusión de los costes ambientales de la actividad a las empresas eléctricas. La aprobación de este nuevo tributo fue ampliamente criticada ante la posibilidad de que supiera una limitación para el desarrollo de esta fuente de energía renovable.

El canon por utilización privativa o aprovechamiento especial de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica se justifica en que la producción de este tipo de energía utiliza como soporte un bien demanial (el agua), que no debe obtenerse de forma gratuita mediante su aprovechamiento especial, con el fin de garantizar la recuperación de costes. El tributo tiene como objeto destinar parte de los recursos a la protección y mejora del dominio público hidráulico; en ningún caso somete a gravamen el uso o consumo del agua, sino la producción eléctrica. El volumen de agua consumido para producir electricidad es irrelevante a efectos de este tributo, que se centra exclusivamente en la cantidad de energía generada [12].

El Real Decreto 198/2015, de 23 de marzo, por el que se desarrolla el artículo 112 bis del TRLA y se regula el canon, precisa que los ingresos obtenidos se destinarán a la protección y mejora del dominio público hidráulico; su artículo 12, hoy derogado, indicaba que el 2 por 100 del importe neto recaudado tendría la consideración de ingreso del organismo de cuenca, mientras que el resto se integraría en los Presupuestos Generales del Estado para financiar las actuaciones de protección y mejora

[11] Calvo Vergez, Juan (2022) El Canon por la utilización de las aguas continentales para la producción de energía….", Revista Aranzadi Doctrinal nº 11

[12] Gil García, E. (2014) «Un nuevo modelo de tributación como medio para alcanzar la sostenibilidad energética», Impuestos , nº. 1.

del dominio público hidráulico. Esta norma fue recurrida ante el Tribunal Supremo por varias empresas hidroeléctricas, lo que dio lugar a que el Tribunal elevara sendas cuestiones prejudiciales que serían resueltas por el TJUE mediante resolución de 8 de mayo de 2019. El Tribunal europeo, tras ello, dictó la Sentencia de 7 noviembre 2019, en el caso: Varios vs Administración General del Estado (TJCE\2019\235).

Las tres cuestiones prejudiciales preguntaban: a) por la compatibilidad de este canon con la DMA, en particular con el principio de quien contamina paga, y por consiguiente, con el principio de recuperación de costes; b) por la adecuación del canon a los principios establecidos en la Directiva 2009/72/CE, del mercado interior de la electricidad, por la posible infracción del principio de discriminación entre los operadores eléctricos; y c) por el posible incumplimiento del régimen europeo de ayudas de Estado (art. 107.1 TFUE).

El Tribunal, tanto en la contestación a las cuestiones como en la Sentencia, avala la conformidad del canon con el Derecho comunitario. En primer lugar, siguiendo doctrina jurisprudencial consolidada, afirma que el cumplimiento del principio de recuperación de costes no puede ser apreciado a la luz de una medida nacional aislada. La aplicación de la recuperación de costes debe tener en cuenta el conjunto de reglas, principios e instrumentos de la DMA, así como considerar los efectos sociales, ambientales y económicos, así como el contexto geográfico y climático.

Respecto a la infracción del principio de igualdad y no discriminación, recogido en el artículo 3 de la Directiva 2009/72/CE, el Tribunal prefiere no entrar en la cuestión, al considerar que el canon hidroeléctrico es una medida interna sin efectos transfronterizos. Tampoco la considera una medida relativa a la aproximación de disposiciones fiscales, por lo que concluye en que la regla de no discriminación no se opone al establecimiento del canon.

Finalmente la tercera cuestión planteada trataba de identificar el eventual carácter «selectivo» del canon, lo que requería probar, de acuerdo con la jurisprudencia de la Unión, si la medida nacional podía favorecer a «determinadas empresas o producciones en relación con otras que se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable, y que por lo tanto reciben un trato diferenciado injustificado y por tanto discriminatorio (Sentencia de 26 de abril de 2018 , ANGED, C-233/16, EU:C:2018:280, apartado 38 y jurisprudencia citada)». Tratándose de una medida fiscal, el análisis imponía determinar si la medida se apartaba del régimen común, introduciendo diferencias de trato entre operadores económicos que, con respecto al objetivo asignado a dicho régimen común, se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable.

Conviene recordar que, con respecto al régimen de ayudas de Estado, el artículo 107.1 del TFUE establece que: «Salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones».

Según la jurisprudencia comunitaria, para que las *ayudas de estado* resulten incompatibles con el derecho de la Unión deben concurrir las siguientes condiciones: a) existencia de una intervención del Estado o utilización de fondos estatales; b) la intervención o los fondos destinados son susceptibles de afectar a los intercambios comerciales entre los Estados miembros; c) la medida confiere una ventaja selectiva a su beneficiario; d) deberá además falsear o amenazar con falsear la competencia[13]. Todos estos requisitos son imprescindibles y acumulativos.

El Tribunal, en las conclusiones a la cuestión prejudicial, constató que la imposición del canon hidroeléctrico suponía una intervención estatal que podía afectar a los intercambios comerciales. El gravamen de una tecnología (hidroelectricidad) en las cuencas intercomunitarias, constituía desde luego un tratamiento fiscal específico que colocaba en una situación financiera más favorable a los productores no sujetos, en cuanto el mercado de la electricidad está abierto a la competencia y al funcionamiento de ésta. En consecuencia, se debían considerar cumplidos los tres primeros requisitos (considerando 78). Ahora bien, junto a los anteriores, debía concurrir una cuarta condición, como es la existencia de una ventaja selectiva, es decir, la medida fiscal debía comportar una excepción injustificada al régimen fiscal común, introduciendo un trato desigual entre operadores situados en una situación jurídica y fáctica comparable (considerando 79).

El Tribunal, en la STJUE de 7 de noviembre de 2019 concluye en que el canon hidroeléctrico no es selectivo toda vez que, aunque beneficia a los operadores de producción de energía mediante otras tecnologías, estos no se encuentran en situación jurídica o fáctica comparable, ya que no utilizan el dominio público hidráulico y parte de los ingresos obtenidos van dirigidos a su recuperación; tampoco concurre un carácter selectivo en relación con las empresas que operan en cuencas internas, toda vez que conforme a la estructura competencial española, la legislación estatal no puede imponer un tributo de estas características a los titulares de concesiones hidroeléctricas en las cuencas intracomunitarias, al ejercer su actividad en ámbitos territoriales que exceden a su competencia (apartados 70 y siguientes).

Este planteamiento ha sido criticado por Herrera Molina y Tandazo Rodriguez,[14] quienes ponen de relieve que no resulta claro que el Estado carezca

---

[13] Véase, en particular, la Sentencia de 29 de julio de 2019, Azienda Napoletana Mobilità, EU:C:2019:633, C-659/17, cuyo apartado 20 señala: «Según reiterada jurisprudencia, la calificación de una medida de "ayuda de Estado", a efectos del artículo 107 TFUE, apartado 1, exige que concurran todos los requisitos siguientes. En primer lugar, debe tratarse de una intervención del Estado o mediante fondos estatales. En segundo lugar, tal intervención debe poder afectar a los intercambios comerciales entre los Estados miembros. En tercer lugar, debe conferir una ventaja selectiva a su beneficiario. En cuarto lugar, debe falsear o amenazar falsear la competencia (sentencia de 6 de marzo de 2018, Comisión/FIH Holding y FIH Erhvervsbank, C-579/16 P, EU:C:2018:159, apartado 43 y jurisprudencia citada)».

[14] Sobre Herrera Molina, Pedro Manuel y Tandazo Rodriguez, Ada (2020), «Compatibilidad con el Derecho Europeo del Canon Hidráulico. Análisis de la STJUE de 7 de noviembre de 2019, asuntos acumulados C-105/18 a C-113/18, UNESA y otros», Revista de Contabilidad y Tributación. CEF, 446, p. 171, señalan que: «la limitación del canon hidráulico a las cuencas intercomunitarias no

de competencias para extender el canon a las cuencas intracomunitarias, como de hecho sucede con el resto de cánones regulados en el TRLA. Estos tributos se aplican también en las cuencas internas, aunque puedan considerarse tasas transferidas, en definitiva, tributos cedidos de carácter atípico.

El Tribunal Supremo dictó la STS 513/2021 de 15 de abril (rec. nº 517/2015), en la que subraya que las finalidades ambientales y la recaudatoria, presentes en el canon, en diverso grado, no son antagónicas o incompatibles. Califica el canon como una tasa, y considera que, pese a que buena parte del importe recaudado se integra en el Tesoro Público, no se puede inferir, de un modo indubitado, salvo por sospechas o conjeturas, que una vez integrados los fondos recaudados en el Tesoro, no son aplicados a la recuperación de los costes o su internalización, tesis que precisaría de mayor soporte probatorio. Respecto a si el canon discrimina a las empresas hidroeléctricas frente a otras tecnologías de producción de energía eléctrica, mucho más contaminantes, el Tribunal entiende que tal afirmación, además de no probada, desconoce que el sistema tributario en su conjunto también somete a gravamen la actividad de dichas empresas en atención al impacto que generan. Sobre el hecho de que el canon solo grave a las empresas que operan en las demarcaciones intercomunitarias, quedando fuera de la tributación un 7,1 por 100 de la potencia hidroeléctrica, el Tribunal justifica el trato desigual en la distribución competencial establecida en la Constitución española, en línea con lo apuntado por el Tribunal comunitario[15].

La Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular, ha derogado los artículos y disposiciones del Real Decreto 198/2015, de 23 de marzo, a excepción de sus arts. 6, 8 (respecto del cual el porcentaje que se ha de tomar en consideración debe entenderse hecho al 25,5 por 100), 9, 10, 11 y 14, así como la disposición adicional segunda.

La norma modifica también el TRLA, y otorga una nueva redacción al art. 112 bis. Por lo que respecta al destino de los ingresos obtenidos, el 50 por 100 del canon recaudado pasa a ser considerado como un ingreso del Organismo de cuenca, para financiar las actividades de control, procedimientos, mejora de la calidad y protección del Dominio Público Hidráulico. El 50 por 100 restante se asigna a la financiación de los costes del sistema eléctrico previstos en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico, referidos a fomento de energías renovables.

---

responde a la falta de competencia para establecerlo en las cuencas limitadas a una sola comunidad autónoma, sino en la falta de competencia para obtener las sumas recaudadas en dichas cuencas, pues tal competencia hubiera correspondido al órgano correspondiente de las comunidades autónomas (...) como la finalidad del canon no era proteger las cuencas hidrográficas, sino tan solo obtener recursos para financiar el déficit de tarifa, el Estado no tenía ningún interés (aunque tuviera competencia) para extender el canon a las cuencas intracomunitarias».

[15] La Sentencia, no obstante, estimó parcialmente el recurso declarando la nulidad de la disposición transitoria segunda, así como de la disposición adicional primera, segundo párrafo, debido a la aplicación retroactiva del canon para los ejercicios 2013 y 2014, anteriores a la aprobación del Real Decreto impugnado.

La doctrina jurisprudencial expuesta permite concluir, a efectos de este estudio, que las medidas de repercusión de costes en el ámbito de los servicios del agua no tienen por qué ser homogéneas en todo el Estado, ya que su aplicación depende del ámbito competencial de la Administración que adopte la medida; no se considera, por tanto, ayuda de estado ilegítima, en atención al principio de especialidad, la imposición de una medida de recuperación de costes en un ámbito competencial (por ejemplo, en las cuencas intercomunitarias), que no afecte a los usuarios del agua que realizan su actividad en otro ámbito competencial (por ejemplo, en cuencas internas).

Dentro del mismo ámbito competencial, la imposición de la repercusión de costes ha de ser homogénea ante situaciones que resulten comparables. Las posibles diferencias de trato que puedan darse deben estar debidamente justificadas, ser proporcionadas y resultar coherentes con el fin perseguido por la norma que regula ese sector de actividad.

5. AUSENCIA DE EFECTO DIRECTO DEL PRINCIPIO DE RECUPERACIÓN DE COSTES

Una de las consideraciones más destacadas que podemos extraer de las Conclusiones del TJUE de fecha 8 de mayo de 2019 (C-105/18) consiste en la confirmación de la inaplicación de la doctrina del efecto directo en relación con lo dispuesto en el artículo 9.1 de la DMA, que regula el principio de recuperación de costes. El Tribunal concluye en que el precepto carece de la incondicionalidad necesaria para que entre en juego la doctrina del efecto directo, porque la propia dicción del precepto conmina a los Estados, únicamente, a «tener en cuenta» el principio en los servicios del agua, sin precisar los criterios, métodos o reglas necesarias para llevarlo a efecto.

Aunque la Directiva fijaba objetivos para 2010, obligando a los Estados a garantizar una política de precios que incentive un uso eficiente del recurso por parte de los usuarios, la doctrina del efecto directo requería de un mayor grado de precisión. El uso del término «incentivos adecuados» tampoco contiene el suficiente grado de concreción, al incorporar un elevado nivel de discrecionalidad. De ello colige el Tribunal que ningún interesado puede impugnar ante un Tribunal una medida financiera o tributaria relacionada con la repercusión de costes en materia de aguas, por cuanto el cumplimiento de la obligación del Estado de realizar la traslación de costes exige una valoración global del conjunto de exacciones que soportan los usuarios del agua.

6. ÚLTIMAS EXCEPCIONES A LA RECUPERACIÓN DE COSTES EN ESPAÑA. LA ORDEN MINISTERIAL TED/157/2023, DE 21 DE FEBRERO, QUE REGULA AYUDAS A LA DESALACIÓN EN EL ÁMBITO DEL SEGURA Y A LA CONDUCCIÓN JÚCAR-VINALOPÓ, PARA REDUCIR LA REPERCUSIÓN DEL COSTE ENERGÉTICO

Las excepciones al principio de recuperación de costes han estado habitualmente relacionadas con situaciones excepcionales vinculadas a graves episodios de sequía, en las que ha sido necesaria la activación de medidas excepcionales a través de Decretos o Decretos leyes de sequía[16]. También alguna norma autonómica ha operado de manera puntual excepciones, en este caso incluso de tipo estructural[17].

La Orden TED/157/2023, de 21 de febrero, por la que se establece la excepción temporal y parcial al principio de recuperación de costes del artículo 111 bis del TRLA, para el aprovechamiento de recursos hídricos procedentes de desalinizadoras de agua de mar en la Cuenca Hidrográfica del Segura, en la provincia de Almería y en la conducción Júcar-Vinalopó, ha supuesto un salto cualitativo en este orden, al aplicar la excepción del principio de recuperación de costes en situaciones de normalidad hidrológica, es decir, en circunstancias en las que no existe sequía declarada, aunque sí déficit, con el objetivo de viabilizar económicamente la puesta en funcionamiento de determinadas infraestructuras hídricas infrautilizadas.

Esta orden ministerial establece tarifas subvencionadas para los usuarios de las aguas desalinizadas procedentes de Instalaciones Desaladoras de Agua Marina (IDAM) de titularidad estatal situadas en la Demarcación del Segura, así como para los usuarios de la Conducción Júcar-Vinalopó.

Las desaladoras de Valdelentisco, Torrevieja, Águilas, Carboneras y Campo de Dalias producen caudales destinados en parte a usos agrícolas, cuyo coste ha sido necesario subsidiar ante la escalada de los precios energéticos; esta circunstancia hacía inviable la utilización de estos caudales en un sector cuyos márgenes están muy ajustados. La conducción Júcar-Vinalopó, por su parte, es una transferencia interna en

---

[16] Sobre el particular, es consulta de referencia: Arana García, Estanislao y Miranzo Díaz, Javier (2021) La gestión de la escasez de agua y de las sequías por parte de las entidades locales. Guía para una gestión eficiente., Aranzadi, Pamplona, así como Burgos Garrido, Belén (2021) Régimen jurídico administrativo de la sequía y escasez hídrica. Instrumentos para su prevención y gestión, Aranzadi, Pamplona.

[17] Por ejemplo, tratándose de aguas regeneradas para uso agrícola, riego de jardines, limpieza viaria y otros usos públicos, la Ley de Baleares 13/2005 de 27 de diciembre de medidas tributarias y administrativas, en su artículo 51, establece que, en las Islas Baleares: «En ningún caso habrá lugar a la recuperación de costes cuando se trate del riego de zonas de jardín, limpieza viaria u otros usos públicos, así como usos agrarios, por lo que se refiere a los efectos sociales que tal recuperación supone». El precepto, sin embargo, exige la recuperación íntegra cuando se trate de campos de golf. Nótese la referencia a los «efectos sociales» para justificar la exención de la recuperación de costes en el uso agrícola.

el ámbito de planificación del Júcar, que permite canalizar caudales desde el Azud de la Marquesa (Cullera, río Júcar), hasta la cuenca alta del río Vinalopó en la provincia de Alicante. La derivación de estos caudales tiene en común con las aguas desaladas el elevado consumo energético, puesto que la toma de la transferencia se sitúa a nivel del mar y el caudal trasvasado debe elevarse a más de 400 metros de altura y a unos 50 kilómetros de distancia.

La orden permite también acogerse a la excepción a los usuarios de la desaladora del Bajo Almanzora, situada en la Demarcación interna sur andaluza, previa constatación de que no se comprometen los fines de la planificación hidrológica de la Demarcación, que en este caso es interna (cuenca mediterránea andaluza), y de acuerdo con los precios que se fijen en una orden ministerial específica.

Todas estas medidas de estímulo se contemplan de manera transitoria, con el fin de dar tiempo a la instalación de energías renovables que permitan reducir el coste de explotación de las infraestructuras, haciéndolas viables. La estimación, poco realista, refiere un plazo de aplicación de las subvenciones que se extenderá hasta el año 2026, y en todo caso, a un plazo máximo de 10 años (art. 2). La amplia motivación que contiene la Orden permite aislar un conjunto de argumentos justificativos en términos generales admisibles.

La subvención vendría justificada en atención al principio de asequibilidad, considerando la necesidad de corregir el déficit hídrico estructural que aqueja a estas demarcaciones en un contexto de cambio climático. Un buen motivo de justificación es la previsión de permutas de recursos subterráneos por desalados o conducidos mediante el acueducto Júcar-Vinalopó, lo que favorecerá la recuperación de numerosos acuíferos que se encuentran en situación de sobreexplotación técnica; se prevé además la aprobación de un plan de choque para la optimización de los recursos (fomento de recursos no convencionales). La subvención trae causa de la elevación desproporcionada y coyuntural de los costes de la energía, que afecta de manera decisiva a las desaladoras de mar del plan AGUA, y a la conducción de elevación y trasvase de caudales desde Cullera hasta Villena (Acueducto Júcar-Vinalopó). Precisamente, esta infraestructura fue creada para permitir la sustitución de captaciones de agua subterránea (concesiones) por recursos superficiales trasvasados desde la desembocadura del Júcar. El marco temporal de la medida queda acotado, dado que el consumo energético, que motiva el incremento de costes, se prevé reducir mediante la construcción de plantas solares fotovoltaicas ligadas a estas instalaciones. La subvención es además compatible con la planificación, ya que al menos el plan hidrológico del Segura propone una exención al principio de recuperación de costes en relación con los recursos externos que puedan acceder a la cuenca, siempre que permitan la permuta de recursos sobreexplotados.

En aplicación del artículo 111.3 bis del TRLA, la Dirección General del Agua ha autorizado, mediante diversas resoluciones, la firma de convenios entre las confederaciones hidrográficas, la Sociedad Aguas del Júcar, SA, y el resto de actores implicados, para la financiación y explotación de estas infraestructuras, articulando de este modo la excepción prevista por la Orden ministerial. Se emitió además informe

previo favorable por los Organismos de cuenca del Segura y del Júcar, así como por la administración hidráulica andaluza, acreditando que la medida no compromete los objetivos ambientales previstos en los respectivos planes hidrológicos.

La doctrina jurisprudencial analizada en este trabajo permite evaluar si estas ayudas encajan en nuestro ordenamiento jurídico. En particular, se cuestiona si son compatibles con el principio de recuperación de costes, y por tanto con la Directiva Marco del Agua; y por otro, si son compatibles con las reglas que rigen la protección de la competencia entre operadores económicos, en este caso, los usuarios del agua.

De un lado, concurre una justificación suficiente para la excepción al principio de recuperación de costes, dado que la orden ministerial trata de abordar una situación temporal que deberá resolverse con la ejecución de determinadas actuaciones llamadas a reducir el impacto energético en el coste de producción del agua. No es una exención global de un ámbito o sector completo de actividad, indefinida en el tiempo, ya que solo afecta a determinadas infraestructuras, en determinados territorios, y mientras se ejecuten las actuaciones correctoras. Dado que el principio debe evaluarse en el contexto de una interpretación sistemática del conjunto de técnicas, instrumentos y previsiones que contempla la Directiva Marco (planificación, programas de medidas, aspectos geográficos y climáticos, estudio de los impactos socioeconómicos, etc.), y desde la óptica de su contribución a alcanzar los objetivos de la Directiva (buen estado ecológico de las masas de agua), no parece que esta subvención distorsione el funcionamiento del sistema que diseña la norma comunitaria, ni ponga en riesgo la consecución de sus objetivos. Al contrario, seguramente favorecerá la mejora del estado de las masas de agua, al aportar caudales externos, a un precio asequible, que permitirán sustituir captaciones en masas de agua en riesgo de sobreexplotación.

Las IDAM incluidas en la Orden son infraestructuras de titularidad estatal con elevado consumo energético que aportan caudales con destino agrario en demarcaciones estatales, siendo los estímulos planteados proporcionados y justificados en atención a los fines perseguidos por la norma.

En cuanto a la posible incidencia del derecho de la competencia, acerca de la posible consideración de estas subvenciones como ayudas de estado antijurídicas, la cuestión se plantea en la medida en que estas subvenciones se otorgan a usuarios que reciben recursos no convencionales desalados o recursos procedentes de una infraestructura de transferencia específica, quedando al margen aquellos que reciben el agua mediante otras tecnologías o infraestructuras. Además, solo se subvenciona a los usuarios situados en demarcaciones hidrográficas intercomunitarias, sin que la medida beneficie a instalaciones comparables situadas en las demarcaciones internas, donde, como ocurre en Canarias, también existen usuarios que reciben recursos para regadío procedentes de desaladoras de agua de mar[18].

[18] Según datos del Observatorio Canario de Economía Azul (OCEA), los sectores agrario e industrial utilizan el 10,30 por 100 y 7,05 por 100 de la producción de agua desalada de mar, respectivamente. Véase: *https://www.gobiernodecanarias.org/economia/ocea/estrategia_canaria_de_economia_azul/ps7/* Revisado el 10 de junio de 2024.

Estas dudas no parecen cuestionar la corrección de las medidas de estímulo en el caso de las instalaciones de desalación de agua de mar, ya que, aplicando los criterios de la jurisprudencia comunitaria, y en particular, las conclusiones expuestas en la cuestión prejudicial de 8 de mayo de 2019, y en la Sentencia del TJUE de 7 de noviembre de 2019, no se darían las condiciones necesarias para reputar la existencia de ayudas de estado incompatibles.

Para ello, habrían de concurrir cuatro circunstancias acumulativas. Por un lado, constatar que se ha producido una intervención estatal o el libramiento de un fondo estatal; este elemento, en efecto, concurre, en cuanto estamos ante una medida financiera específica que afecta al sector. Junto a ello, dicha intervención deberá ser susceptible de afectar a los intercambios comerciales. También concurre este hecho, ya que los usuarios de estos recursos compiten en los mismos mercados que el resto de usuarios de recursos hídricos. Otro tanto sucede en cuanto a que la medida pueda conferir una ventaja competitiva, ya que unos usuarios se verán beneficiados frente a otros como consecuencia de la reducción de sus costes operativos. Lo que no concurre, sin embargo, es el carácter selectivo de la ventaja, en cuanto que ésta pueda falsear o amenazar con falsear la competencia.

Para evidenciar el carácter selectivo de una medida debe acreditarse que, en el marco de referencia de un régimen jurídico determinado, la medida favorece a determinados sujetos frente a otros que se encuentran en una situación jurídica y fáctica comparable. Aquí es donde el análisis conducente a calificar las subvenciones de la orden ministerial como ayudas de Estado no prospera, puesto que los usuarios no beneficiados por estas medidas no estarían en una situación jurídica y fáctica comparable.

Los usuarios situados en demarcaciones estatales que no reciben aguas de desaladoras no están en situación comparable, ya que la subvención se plantea para unas instalaciones muy intensivas en el uso de la energía, infrautilizadas debido al precio del agua producida o transportada, y en un contexto de escasez estructural de recursos hídricos declarado en la planificación hidrológica de las demarcaciones afectadas. No parece, por tanto, que concurra el carácter selectivo en estas ayudas en relación con otros usuarios cuyos recursos no están afectados por estas circunstancias.

El hecho de que puedan existir situaciones comparables en demarcaciones internas autonómicas tampoco determinaría que estos estímulos suponen ayudas de Estado ilegítimas, ya que como también se deduce de la jurisprudencia comunitaria analizada, no se aplicará dicho régimen cuando las ayudas se circunscriben al ámbito de competencia de la autoridad que las concede. Esto excluiría cualquier trato discriminatorio en relación con instalaciones de desalación situadas en demarcaciones internas, como sucede en Canarias, donde hay desaladoras de agua de mar que dedican parte de las aguas que producen al sector agrario.

Mayores dudas plantean las ayudas a la conducción Júcar-Vinalopó, ya que es probable que existan otras infraestructuras y sistemas de explotación en demarcaciones hidrográficas intercomunitarias que, si bien no con la misma dimensión o

alcance, puedan presentar características equivalentes o comparables, en cuanto a la afectación del componente energético a su sostenibilidad financiera. Si se detectaran situaciones equivalentes podría cuestionarse el carácter selectivo de la medida.

También plantea dudas la aplicación de esta orden ministerial a la desaladora de Bajo Almanzora, puesto que esta instalación se sitúa en las cuencas internas andaluzas, al margen por tanto de la competencia estatal.

7. CONCLUSIONES

La inadecuación de los mecanismos de traslado de costes en el sector del agua, la falta de metodologías y criterios comunes, estandarizados, públicos y transparentes, puede agravar la situación de los sectores relacionados con el recurso en los próximos años. En particular, la asequibilidad del suministro podría ponerse en riesgo si no se es capaz de articular herramientas de financiación que limiten la repercusión de la variable energética en el conjunto del sector.

El principio de la recuperación de costes no tiene en nuestro ordenamiento jurídico un efecto directo ni absoluto. Permite modulaciones en atención a las circunstancias socioeconómicas, geográficas y ambientales que se presenten. Las excepciones a la recuperación de costes deben ser, eso sí, debidamente justificadas, proporcionadas y coherentes con la norma que habilite la excepción.

Las excepciones al principio no deben abarcar sectores completos de actividad que tengan el agua como factor esencial del proceso productivo, al menos de manera apriorística y global; es cierto que el principio de recuperación de costes no es absoluto y debe conciliarse con otros instrumentos previstos en la DMA, así como con los objetivos perseguidos por dicha regulación; pero no parece razonable excluir de raíz su aplicación, aunque la jurisprudencia comunitaria lo haya permitido bajo determinadas condiciones.

Las excepciones que se planteen deben a su vez cuidar de no afectar al derecho de la competencia, evitando que puedan ser consideradas ayudas de estado, para lo cual es preciso que estén debidamente justificadas en el marco jurídico de referencia, que se desarrollen en el ámbito competencial correspondiente a la autoridad que las decide, y que sean homogéneas con respecto a todas las empresas y sujetos que compiten en el ámbito. Además, aun cuando las medidas puedan favorecer a determinadas empresas o entidades frente a otras, deberá evitarse su carácter selectivo, de modo que no supongan un trato diferenciado y discriminatorio con los usuarios que se encuentren en una situación jurídica y fáctica comparable.

Las últimas decisiones adoptadas por el Gobierno de España, que han excepcionado parcialmente la aplicación del principio de recuperación de costes en las Demarcaciones del Segura y Júcar, para viabilizar la utilización de las aguas marinas desaladas, y las procedentes de la conducción Júcar-Vinalopó, en un contexto de elevación de los costes energéticos y escasez estructural de recursos, son justificadas y proporcionales. La notable elevación de los costes energéticos condenaba a la in-

frautilización a unas infraestructuras clave para mitigar la sobreexplotación en las cuencas del Júcar y del Segura, lo que la subvención permite corregir, de manera temporal, hasta que pueda reducirse el coste energético mediante la producción de energía renovable.

La subvención resulta compatible con la jurisprudencia comunitaria que ha analizado las excepciones al principio de recuperación de costes desde la perspectiva del cumplimiento de la DMA. No se trata de una exclusión global temporalmente indeterminada; es una excepción limitada a un ámbito territorial concreto y a unas infraestructuras también concretas, en las que el impacto de los costes energéticos ha sido especialmente significativo. La medida, además, es compatible con la planificación hidrológica de las demarcaciones afectadas.

En cuanto a la adecuación de estos estímulos con el Derecho de la competencia, parece claro que la subvención de los costes energéticos puede afectar a los intercambios comerciales y confiere una ventaja competitiva a los beneficiarios, pero no se aprecia que constituya una medida selectiva que falsee o amenace con falsear la competencia. Ello es así porque, aunque en el marco jurídico de referencia que regula la subvención se favorece a determinados productores, los competidores no se encontrarán, con carácter general, en una situación fáctica y jurídica equivalente o comparable, por lo que no concurre el requisito de la selectividad de la medida y no se advierte un trato diferenciado discriminatorio.

Todas las instalaciones subvencionadas son infraestructuras de titularidad estatal que producen aguas desaladas, una parte de las cuales tienen destino agrario, lo que no ocurre con otras instalaciones similares en el ámbito de las demarcaciones estatales (por ejemplo, con las desaladoras destinadas exclusivamente a abastecimiento urbano). Además, la medida es proporcionada y justificada en atención a los fines perseguidos por la norma, que busca favorecer un uso asequible de recursos hídricos, disponibles e infrautilizados, en un contexto de escasez y alza de los precios energéticos, con la finalidad de favorecer la recuperación de acuíferos sobreexplotados.

La existencia de situaciones comparables en demarcaciones hidrográficas internas no cuestiona la legitimidad de una medida como ésta, que ha sido adoptada dentro del ámbito de la competencia estatal; los usuarios que pudieran estar en una situación equivalente en las demarcaciones internas no estarían en una situación jurídica comparable, en este caso por razones competenciales.

Existe no obstante un riesgo de que la Orden TED/157/2023 incurra en un carácter selectivo si dentro del ámbito de las cuencas intercomunitarias se detectan situaciones fácticamente comparables que no han sido subvencionadas, lo que puede ocurrir en relación con infraestructuras similares a la conducción Júcar-Vinalopó. Es decir, sistemas de explotación ligados a infraestructuras de transferencia con elevado coste energético en un contexto de déficit estructural de recursos. Habría no obstante que considerar si en esos casos también concurren situaciones sociales, económicas, climáticas o geográficas comparables.

Cuadernos de Derecho Regulatorio
Vol. 2 | 2024
Estudios I: El binomio agua y energía. pp. 67–75
Madrid, 2024
DOI: 10.37417/cudere/vol_2_2024_2665
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
© Francisco José Villar Rojas
ISSN: 3020-6162

LA APUESTA POR EL ALMACENAMIENTO DE ENERGÍA RENOVABLE CON CENTRALES HIDROELÉCTRICAS REVERSIBLES EN CANARIAS

Francisco José Villar Rojas
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de La Laguna

SUMARIO: 1. ALMACENAMIENTO MEDIANTE CENTRALES HIDROELÉCTRICAS REVERSIBLES: 1.1. Iniciativas y proyectos; 1.2. Caracteres comunes.— 2. APUNTE SOBRE LA REGULACIÓN DE LOS SISTEMAS ELÉCTRICOS INSULARES: 2.1 El «sistema eléctrico canario»; 2.2 Singularidades del marco regulatorio.— 3. ALGUNAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS SOBRE EL ALMACENAMIENTO: 3.1 Elección de la tecnología; 3.2 Localización territorial (impacto ambiental); 3.3 Financiación (inversión y operación).— 4. EXPERIENCIA INSULAR CON EL ALMACENAMIENTO MEDIANTE CENTRALES HIDROELÉCTRICAS REVERSIBLES.— 5. REFLEXIÓN FINAL.

1. ALMACENAMIENTO MEDIANTE CENTRALES HIDROELÉCTRICAS REVERSIBLES EN CANARIAS

1.1. Iniciativas y proyectos

En Canarias, el problema del almacenamiento de energía que trae consigo la utilización extensiva de fuentes de producción de energía renovable se viene abordando mediante centrales hidroeléctricas reversibles.

La primera central, en funcionamiento desde 2014, es *Gorona del Viento – Central Hidroeléctrica del Hierro*, con una potencia de bombeo de 11,2 MW, a los que se suman otros 11,4 MW que pueden aportar los aerogeneradores que forman parte de su estructura. El operador es la empresa mixta: *Gorona del Viento El Hierro, S.A.*, cuyo capital se reparte entre el Cabildo Insular de El Hierro (60 por 100), el Gobierno de Canarias (10 por 100) y Endesa (30 por 100). El Hierro tiene una potencia total instalada de 37,7 MW. En 2019, el 54 por 100 del total de la demanda provino de esa central hidroeléctrica.

La segunda central, en fase de construcción, es la central de *Chira – Soria - Central Hidroeléctrica de Gran Canaria.* La instalación se basa en las presas de *Chira* y

de *Soria*, situadas en el barranco de Arguineguín, en la zona oeste de la isla. Está dimensionada para llegar a producir 200 MW (3,5 GW almacenamiento). El promotor y operador es *Red Eléctrica de España, S.A*. (REE,S.A.). Cuando se ponga en funcionamiento, se espera que esta central sea capaz de atender el 35 por 100 de la demanda de Gran Canaria, que tiene una capacidad instalada total de 1.220 MW.

La tercera central, en fase de propuesta, es la que se puede denominar *Barrancos de Guimar – Central Hidroeléctrica de Tenerife*, que se basaría en las balsas de *Añocheza* y *Las Rosas*, que en encuentran en ese barranco situado en la zona sureste de la isla. En tanto que copia de la iniciativa puesta en marcha en Gran Canaria, se plantea que tenga una potencia de 200 MW, correspondiendo su gestión y operación a *REE, S.A*. Tenerife tiene una capacidad total instalada de 1417 MW.

1.2. Caracteres comunes

Los proyectos descritos comparten caracteres. Se trata de supuestos de central hidroeléctrica reversible que, como tal, se basa en dos depósitos de agua situados a diferente altura, conectados entre sí por tuberías, en donde, cuando hay demanda de energía, el agua cae del más alto hacia el más bajo impulsando una turbina hidráulica que produce electricidad que se incorpora a la red, mientras que, en los periodos valle, la energía disponible se utiliza para bombear agua del depósito inferior al superior. Por la cercanía de la costa, el esquema se completa con una planta desaladora que, alimentada con energía renovable, genera agua para cubrir las necesidades que puedan producirse. De este modo, los excesos de energía en la red sirven para bombear agua desde abajo hacia arriba con lo que se «almacenan» en forma de agua, hasta que se utilicen para producir nuevamente la energía que se demanda.

La principal diferencia de las centrales hidroeléctricas en Canarias con respecto a las planteadas en muchos lugares de la península es que no se basan en una nueva utilización de embalses de agua preexistentes —no los hay en las islas—, sino que lo hacen aprovechando algunas infraestructuras hidráulicas propias, como son las presas en Gran Canaria —que sirven para recoger aguas de lluvia que circulan por los barrancos— y las balsas en Tenerife —que son instalaciones en las que se almacena agua de los acuíferos subterráneos que no se utilizan en épocas de lluvia y quedan para el riego en verano—. Esta diferencia explica, igualmente, la utilización de desaladoras para generar agua con la que asegurar la cantidad necesaria para que la central pueda funcionar.

2. APUNTE SOBRE LOS SISTEMAS ELÉCTRICOS INSULARES Y SU REGULACIÓN SINGULAR

2.1. El «sistema eléctrico canario»

El almacenamiento de energía renovable en las islas como fórmula para asegurar la transición energética resulta fuertemente condicionada por las singularidades físicas y, en su virtud, jurídicas que caracterizan el suministro de electricidad en el archipiélago.

La realidad insular determina que, en las islas, existen 6 sistemas eléctricos, de pequeña dimensión y aislados (El Hierro, La Palma, La Gomera, Tenerife, Gran Canaria), con la salvedad de la interconexión que existe entre los sistemas de Fuerteventura y Lanzarote (con un cable submarino que conecta ambas redes). Se habla de la futura interconexión entre La Gomera y Tenerife, así como entre Fuerteventura y Gran Canaria, pero, de momento, son propuestas más o menos viables, técnica y económicamente, sin desarrollo. La consecuencia es que la función de almacenamiento y/o redistribución de energía que puede desempeñar una red eléctrica amplia no se cumple en el archipiélago.

En cuanto a la capacidad de producción, en 2019, la capacidad total era de 3305,81 MW, de los cuáles las plantas térmicas que funcionan con derivados del petróleo —diesel— producían 2.696,36 MW, mientras que la producción energía renovable (eólica y fotovoltaica) era de 609,44 MW. En todas las islas siguen funcionando plantas de producción de energía eléctrica que utilizan combustibles fósiles (fuel – diésel), dos en cada una de las islas mayores y más pobladas (Gran Canaria y Tenerife), sin que existan plantas que utilicen energías intermedias o de transición (gas natural).

El problema de almacenamiento que plantea la utilización masiva de energías renovables en las islas queda descrito en el siguiente párrafo: «La integración de forma masiva de energías renovables no gestionables en los sistemas eléctricos del Sistema Eléctrico Insular Canario requiere disponer de sistemas de almacenamiento, como los sistemas de bombeo, que permitan una máxima integración de las mismas en condiciones de seguridad» (Orden IET/728/2014, por el que UNELCO renuncia a la construcción de la central hidroeléctrica de Chira-Soria).

En ese momento, la tecnología ya ofrecía varias alternativas: centrales hidroeléctricas reversibles, baterías ion litio, centrales de hidrógeno. Como queda apuntado, por la vía de la aprobación de proyectos, la decisión se ha decantado hacia las centrales hidroeléctricas reversibles, lo que, por otra parte, coincide con el destino prioritario que quiere darse a las nuevas concesiones de dominio público hidráulico de conformidad con la Ley Cambio Climático 2021 (art. 7).

2.2. Singularidades del marco regulatorio

La realidad física insular condiciona la estructura del servicio eléctrico en el archipiélago y, a su vez, las reglas que rigen su implantación y funcionamiento, incluyendo las decisiones sobre almacenamiento, esenciales para la consolidación de las energías renovables. La insularidad, la fragmentación territorial y el aislamiento se imponen y se proyectan sobre el marco regulatorio como queda de manifiesto en las siguientes disposiciones:

— La Directiva (UE) 2019/944, del mercado interior de la energía, establece, como regla general, que el almacenamiento es una actividad de mercado diferenciada que no debe ser controlada por gestor red transporte, salvo cuando sean «componentes de red plenamente integrados». Esta es la situación de los sistemas eléctricos insulares.

— La Ley 24/2013 del Sector Eléctrico (modificada por RDL 23/2020 con el fin de trasponer la Directiva 2019/944) admite, como sus precedentes, el establecimiento de una *reglamentación singular* del suministro de electricidad para los territorios no peninsulares.

— La Ley 17/2013, para la garantía del suministro e incremento de la competencia en los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares, es esa reglamentación singular. En ella se establece que en las islas el gestor y el operador de las redes es REE, S.A.; que las centrales hidroeléctricas de almacenamiento son «componentes de red plenamente integrados»; y que, por tanto, su titularidad y gestión corresponde a REE,S.A. (según admite la Directiva 2019/944). De la «trascendencia» suprainsular de las instalaciones de producción y de almacenamiento da cuenta el que su cierre es competencia de la Administración General del Estado, con independencia de la competencia «territorial» que corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias y que se recoge en el Estatuto de Autonomía (art. 163 EAC de 2018).

— El R.D. 738/2015, regula la actividad de producción de energía eléctrica en sistemas eléctricos no peninsulares y el régimen de retribución basado en costes regulados, lo que se separa del régimen de costes aplicables en territorio peninsular.

No acaba aquí la singularidad. La insularidad y, con ella, la ausencia de conexión con la red eléctrica peninsular explica también una regulación particular en materia de transición energética.

La Ley de Cambio Climático y Transición Energética de Canarias de 2022 se plantea como objetivo la descarbonización de la economía insular en 2040 (10 años antes que la UE). En orden a su consecución, esa Ley formula un conjunto de previsiones sobre un modelo energético basado en «el uso racional de la energía, el incremento planificado y ordenado de las energías renovables y su capacidad de gestión a través del almacenamiento energético y la gestión de la demanda en todos los sectores de la economía de Canarias» (art. 3), señalando que «la producción de energía eléctrica mediante energías renovables se apoyará en la instalación de sistemas y equipos de

almacenamiento energético con la finalidad de proporcionar capacidad de gestión, asegurar la calidad del suministro y minimizar el desarrollo de nueva red necesaria para su integración» (art. 43.3). No hay precisión alguna sobre la tecnología que deba utilizarse para la consecución de ese objetivo.

En relación con el almacenamiento, la Ley de Cambio Climático de Canarias establece que los objetivos deben formar parte de la *Estrategia Canaria de Acción Climática* (ya aprobada por Decreto 80/2023, de 18 de mayo, del Gobierno de Canarias), que, a su vez, debe ser desarrollada por el *Plan de Transición Energética de Canarias* (borrador 2022) y por la *Estrategia de almacenamiento energético de Canarias* (borrador 2022). Los objetivos que se plantean sobre almacenamiento son pasar de una capacidad de 403 MW (2021) a 4339 MW (2030). En 2024, el objetivo sólo se ha alcanzado en un 10 por 100 sin que exista previsión sobre una financiación específica que permita en los años que restan conseguir la capacidad de almacenamiento planeada.

El limitado desarrollo de los instrumentos de planificación previstos en la legislación de cambio climático, incluyendo el almacenamiento, y la decidida apuesta por las centrales hidroeléctricas reversibles, pone de manifiesto que, en esta materia, el orden de toma de decisiones es: «primero los proyectos, luego las estrategias y los objetivos, y más tarde los planes». La insularidad, pero sobre todo la urgencia del cambio de modelo energético, explican esa realidad; también que el modelo de ordenación diseñado por la Ley de Cambio Climático, dada su enorme complejidad, cuando sea aprobado, en lugar de establecer el camino a seguir se limitará a reconocer las instalaciones ya aprobadas y en funcionamiento. Esta es la primera paradoja de la experiencia en las islas con el almacenamiento de energía renovable.

3. ALGUNAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS SOBRE EL ALMACENAMIENTO

3.1. Elección de la tecnología

La experiencia insular con el almacenamiento permite identificar un conjunto de cuestiones controvertidas o polémicas que, de uno u otro modo, condicionan la toma de decisiones y su viabilidad. El primero de ello es la elección de la tecnología más adecuada y, en particular, la determinación de los criterios que han de guiar esa decisión.

El caso de Gran Canaria sirve como ejemplo. Lo que se discute —y se planteó— fue la opción entre almacenar energía mediante centrales hidroeléctricas reversibles —Chira-Soria— o bien hacerlo utilizando otras tecnologías, como baterías y/o centrales de hidrógeno. El operador y promotor de la actuación, REE, S.A., se decantó por la opción de la central hidroeléctrica reversible, una tecnología madura, bien conocida y estable. Por su parte, el Informe Deloitte – Endesa («*Los Territorios No Peninsulares 100 por 100 descarbonizados en 2040: la vanguardia de la transición*

energética en España», junio 2020), se decanta por baterías y centrales de hidrógeno como respaldo; una tecnología que requiere una inversión menos costosa, con un coste energía más bajo que las centrales hidroeléctricas reversibles y menos ocupación de suelo, por tanto, con menor impacto territorial y ambiental.

Mas allá del supuesto concreto, el debate suscita varios interrogantes, entre ellos: ¿quién y cómo se «elige» la tecnología cuando no se trata de una iniciativa del mercado? ¿rige el principio de neutralidad tecnológica? Y, por otra parte, una vez tomada la decisión, ¿cómo reaccionar a los cambios tecnológicos que se produzcan mientras se tramitan los procedimientos de autorización y ejecución de los proyectos elegidos? ¿se cambia la tecnología, se asume su obsolescencia? En el ámbito de los servicios públicos, esta situación se corresponde con la cláusula de progreso; la diferencia es que no existe tal actividad publificada y que la evolución tecnológica es mucho más rápida que el contexto en que esa cláusula fue delimitada.

3.2. Localización territorial (impacto ambiental)

El otro conflicto, análogo al que se plantea en territorio continental pero agravado por lo finito y reducido del territorio insular, es el relativo a dónde localizar las instalaciones de almacenamiento, en este caso las centrales hidroeléctricas reversibles y, como el anterior, qué criterios deben ser tenidos en cuenta para elegir un lugar frente a otro. Como en otros sitios, lo que se plantea es una controversia de hondo calado: si la protección ambiental —de los recursos naturales— puede frenar o incluso impedir la puesta en marcha de las actuaciones necesarias para llevar a cabo la transición energética que requiere la descarbonización de la economía.

En cierta medida, ese debate explica la incertidumbre legislativa en las islas sobre quién y cómo decide la ubicación de esas instalaciones. La Ley del Sector Eléctrico de Canarias de 1997 lo encomienda al Gobierno autonómica mediante su declaración como actuación de interés general, por tanto, mediante acto autorizatorio sin plan previo. Por su parte, la Ley del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de 2017 lo atribuye a los Cabildos Insulares en tanto que determinación de los Planes Insulares de Ordenación, por tanto, vía planeamiento de ordenación territorial. Finalmente, sin derogación ni desplazamiento de las anteriores, la Ley de Cambio Climático de 2022 asigna esa tarea al *Plan de Transición Energética de Canarias*, que corresponde aprobar al Gobierno autonómico, a estos efectos, un planeamiento sectorial o especial. En la práctica, todos los mecanismos funcionan simultáneamente, lo que no es sinónimo de certidumbre jurídica.

A esos interrogantes se suma la evaluación ambiental de los planes y proyectos. Las reglas son las mismas que en la península puesto que se rige por la Ley de Evaluación Ambiental de 2013 y sus complementos (RDL 20/2022). No obstante, la fragilidad de la biodiversidad insular lleva, con mayor facilidad, hacia la denegación de la evaluación ambiental y, con ella, el rechazo de los proyectos —o su reconducción hacia la exclusiones previstas en la legislación de evaluación ambiental—, y mucho

menos hacia la adopción de medidas correctoras, alternativas o compensatorias que, de acuerdo con la normativa ambiental, es la vía más adecuada para viabilizar la implantación de las instalaciones que demanda la transición energética.

La experiencia en las islas, corta pero intensa, muestra que el almacenamiento de energías renovables no se escapa del conflicto territorial y ambiental —lo ejemplifica el conflicto político, social y mediático en torno a la construcción de la central de *Chira – Soria*—. E, igualmente, que la trascendencia de estas instalaciones (lucha cambio climático) lleva a no esperar por un plan previo que pondere las distintas opciones y adopte fórmulas equilibradas. Como se adelantó, la localización de las centrales de *Gorona del Viento*, de *Chira–Soria* y la propuesta en los *Barrancos de Guimar* fue decidida sin plan previo (tampoco EAE), sólo alguna mención en los Planes Hidrológicos Insulares.

En cuanto a las herramientas jurídicas para legitimar la instalación de plantas de producción de energías limpias, de lo que viene ocurriendo en Canarias cabe destacar que la imperiosa necesidad de avanzar hacia la descarbonización parece que lleva hacia una norma especial —que trate esas actuaciones como proyecto de interés público o general—, que permita su tramitación por un procedimiento urgente y abreviado, incluyendo la simplificación, si no exención, de evaluación ambiental, y que vincule su autorización con un título habilitante único que evite las demoras resultantes de la concurrencia de muchas Administraciones públicas. El riesgo es que la inevitable visión especializada oculte o desplace algunos equilibrios de especial trascendencia en territorios tan frágiles ambientalmente como los insulares.

3.3. Financiación (inversión y operación)

El otro asunto controvertido es el relativo al coste y financiación de las instalaciones de almacenamiento mediante centrales hidroeléctricas reversibles. Los datos principales son los siguientes:

— *Gorona del Viento* (El Hierro) tuvo un coste inicial de 82 mill/euros, de los cuales 35 mill/euros lo fueron con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. En funcionamiento desde 2014, la retribución que percibe lo es como «generador de energía eléctrica» conforme al régimen especial para territorios extrapeninsulares (la CNMC viene discutiendo su importe en razón de que la inversión ya está amortizada).

— *Chira – Soria* (Gran Canaria) —en construcción— tiene previsto un coste de 618 mill/euros (inicialmente 320, reconocido por la Administración 588 mill/euros en Orden TED/1243/2022). Se prevé el inicio de su actividad en 2026. La retribución que percibirá lo será como «instalación integrada en la red», inicialmente 72 mill/euros/año (costes regulados repercutidos en tarifa).

— *Barrancos de Guimar* (Tenerife) —en fase de borrador— tiene un coste aproximado de 800 mill/euros. Se dice que pueda entrar en funcionamiento en 2030. A

imagen de la central de *Chira – Soria*, su retribución lo será como instalación integrada en la red, no como generador de energía.

Como en los otros debates, la financiación —coste implantación y retribución de la actividad— plantea interrogantes que también están abiertos: a) ¿cómo y quién asume (debería asumir) estas inversiones: el operador, la tarifa eléctrica, los presupuestos generales?; b) una vez que entren en funcionamiento, ¿cómo debe retribuirse la actividad: como generación —en función de la electricidad incorporada red— o como actividad regulada —retribución tasada—? Y, en última instancia, ¿la adecuación de la tecnología elegida debe evaluarse comparando el coste de esta energía con el coste de la energía «convencional» —hoy por hoy, inferior—?

La Ley de Cambio Climático de Canarias nada dice sobre financiación de las instalaciones de almacenamiento, ni sobre fiscalidad. Pero, sin duda, se trata de un debate que debe ser puesto encima de la mesa, abordado y resuelto, porque la viabilidad de esas actuaciones y su funcionamiento pasa por aclarar esas cuestiones.

4. EXPERIENCIA INSULAR CON EL ALMACENAMIENTO MEDIANTE CENTRALES HIDROELÉCTRICAS REVERSIBLES

El funcionamiento de las centrales hidroeléctricas reversibles en las islas se puede sintetizar del modo siguiente: a) *Gorona del Viento* (El Hierro), en 2020, los 5 aerogeneradores —molinos— y la central hidroeléctrica atendieron el 100 por 100 de la demanda insular durante 54 días (la media fue el 41 por 100 del consumo anual), el resto fue atendido por la central diésel de Los Llanos; y b) *Chira-Soria* (Gran Canaria), se prevé que cuando entre en funcionamiento cubrirá el 35 por 100 del consumo de la isla, el resto de la demanda será atendida por energías renovables y, en todo caso, por las centrales térmicas de Jinámar y de Barranco de Tirajana.

En ambos casos se defiende esa realidad y su mayor coste por el impacto positivo en la reducción de la huella de carbono (CO2) y por la reducción que comporta en el consumo de productos derivados del petróleo. En otras palabras, la energía es más cara, pero es más limpia y menos contaminante. Ahora bien, como queda expuesto, el almacenamiento no evita la necesidad de seguir utilizando energía de origen fósil procedente de las centrales diésel tradicionales para poder garantizar la regularidad y seguridad del suministro de electricidad.

La situación descrita —fundamentalmente, la dependencia de centrales tradicionales— obliga a plantearse la siguiente pregunta: ¿más aerogeneradores y más centrales reversibles podrían reemplazar esa energía de origen fósil?

En el estado actual de la tecnología, la respuesta es negativa. El crecimiento de la generación renovable precisa de almacenamiento: la red actual no admite toda la producción y se vierte lo que no puede acceder. Las centrales hidroeléctricas reversibles tropiezan con el mismo problema: la dificultad para gestionar la energía. Si el viento se para, la central termina parándose. Esta realidad es más evidente en sistemas eléctricos pequeños, sin capacidad de interconexión, como son los insulares. Como

queda dicho, en estos es obligado contar con centrales tradicionales de respaldo. A regañadientes, lo reconoce Ley Cambio Climático Canarias: «2. Excepcionalmente, la autorización de nuevos grupos de generación con combustible de origen fósil, así como la renovación o ampliación temporal de autorizaciones ya concedidas… quedará condicionada a la garantía del suministro y siempre en función de que la demanda de energía eléctrica no pueda ser cubierta con generación de origen renovable en el momento de la autorización» (art. 45).

Esa realidad determina que, en las islas, salvo cambio tecnológico radical, el mix energético en 2040 será, aproximadamente, 30/40 por 100 de energía renovable, 30/40 por 100 de centrales eléctricas reversibles, y 20/30 por 100 de energía de centrales fósiles. La seguridad de las redes —por su reducido tamaño y aislamiento— y la garantía de suministro requieren de centrales de respaldo, mejor de GNL que de derivados del petróleo, pero en Canarias se ha rechazado el uso de gas natural, por tanto, mientras se construyen las centrales hidroeléctricas reversibles se seguirá produciendo el mismo CO2 y luego, menos, pero se mantendrá. En consecuencia, la transición energética comporta una segunda paradoja —que contrasta con el discurso público—, la imperiosa necesidad de seguir contando con centrales de generación que emplean energías fósiles para poder garantizar la seguridad y la continuidad del suministro eléctrico.

En fin, valorado en su conjunto, el modelo de almacenamiento con centrales hidroeléctricas reversibles puesto en marcha en las islas implica refuerza un sistema eléctrico centralizado y planificado, en tanto integrado con la red de transporte y con costes regulados, una realidad que contrasta fuertemente con el modelo de almacenamiento diversificado y descentralizado, en régimen de mercado, que propugna la normativa europea en tanto más adecuado para la consecución de los objetivos de transición energética y descarbonización de la economía (Directiva 2019/944).

5. REFLEXIÓN FINAL

El almacenamiento de energía renovable es un medio imprescindible para la transición energética —tanto como potenciar la red de transporte y distribución, más en territorio continental—. A estos efectos, el almacenamiento a gran escala mediante centrales hidroeléctricas reversibles es una modalidad con tecnología madura, aunque existen otras alternativas con menor impacto territorial (baterías y centrales de hidrógeno). En todo caso, el almacenamiento no es suficiente para sustituir la producción de electricidad mediante energías fósiles —no sin interrupciones de suministro—; la utilización de centrales de respaldo, seguirá formando parte del suministro de energía eléctrica, sin que las instalaciones de almacenamiento sean suficiente para reemplazarlas. El tiempo dirá, en términos de coste de la energía, de impactos territoriales y de consecución de los objetivos de descarbonización, si aquél es el adecuado para los territorios insulares.

Cuadernos de Derecho Regulatorio
Vol. 2 | 2024
Estudios I: El binomio agua y energía. pp. 77–92
Madrid, 2024
DOI: 10.37417/cudere/vol_2_2024_2666
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
© Lorenzo Mellado Ruiz
ISSN: 3020-6162

HIDRÓGENO (RENOVABLE): LA ENERGÍA DEL AGUA

Lorenzo Mellado Ruiz
Catedrático de Derecho Administrativo.
Universidad de Almería

SUMARIO: 1. EL HIDRÓGENO RENOVABLE COMO EL VECTOR ENERGÉTICO DEL FUTURO.— 2. LA NECESIDAD DE UN MARCO EUROPEO REGULATORIO ADECUADO: ENTRE LA INTERVENCIÓN Y EL MERCADO: 2.1. Hacia la creación de un mercado interior sobre hidrógeno renovable; 2.2. La garantía de partida: ¿cuándo el hidrógeno renovable es «realmente» renovable? La funcionalidad del Reglamento Delegado (UE) 2023/1184, de 10 de febrero.— 3. LA SITUACIÓN A NIVEL INTERNO.— 4. BREVES CONCLUSIONES FINALES.

1. EL HIDRÓGENO RENOVABLE COMO EL VECTOR ENERGÉTICO DEL FUTURO

Aunque el hidrógeno no sólo se puede extraer del agua, lo cierto es que en los últimos tiempos el hidrógeno electrolítico producido a partir de energía renovable (hidrógeno renovable) ha adquirido una potencialidad insospechada. Seguramente no es el combustible infinito del futuro, pero su mayor gestionabilidad y regulación, como vector energético, sí que lo configura como un elemento decisivo dentro del proceso de descarbonización de la economía y de transición sostenible del modelo energético. Y es que, aunque se trate de un negocio de producción, y no de simple extracción, con sus costes aparejados, y dependa en última instancia de la propia disponibilidad tanto de energía renovable —no sólo excedentaria, sino adicional— como de agua —en un tiempo y lugar determinados—, el hidrógeno, el elemento más básico, común, ligero y ubicuo del Universo, se revela como indispensable para alcanzar, al menos en el escenario europeo, los objetivos de neutralidad climática de 2050.

Como decimos, aunque no sea el combustible eterno, sí se configura como un vector estratégico clave para solucionar los problemas de dependencia energética ex-

terna[1], intermitencia en la disponibilidad de renovables y casación/ajuste entre oferta y demanda de las mismas, por su capacidad de producción *in situ*, de almacenamiento/regulación y de progresiva sustitución de las fuentes de energía fósil por energía 100 por 100 renovable, y sin apenas emisiones ni residuos. Por ello se ha reseñado que el hidrógeno renovable puede aportar importantes beneficios en términos de «*operación, estabilidad y equilibrio de la red*»[2]. A su contribución para la descarbonización de sectores difíciles de electrificar, como la siderurgia o el transporte pesado, se une sobre todo su funcionalidad de regulación del sistema, evitando la irregularidad de las renovables a través de su producción y almacenamiento y aprovechando incluso el exceso de generación de las mismas en momentos de baja demanda o de innecesariedad en determinadas zonas o regiones. Se trata pues de mejorar la propia flexibilidad de los sistemas energéticos, equilibrando la oferta y la demanda cuando se genere demasiada energía o no la suficiente, y contribuyéndose así, paralelamente, a impulsar la propia eficiencia energética. Estas funcionalidades convergen, además, en el escenario mayor de transición europea hacia un sistema integrado de energía limpia, que garantice los dos objetivos nucleares de seguridad del suministro (y autonomía estratégica) y de asequibilidad del recurso.

En este sentido, el posible incremento de la demanda obedecerá seguramente a dichos atributos del hidrógeno renovable: ligero, almacenable, reactivo, con un alto contenido energético por unidad de masa y con fácil producción a escala industrial[3].

El hidrógeno renovable constituye, pues, un elemento clave para dar cumplimiento a los objetivos europeos sobre descarbonización, electrificación e impulso del principio de circularidad, viabilizando la necesaria integración de la producción de energía renovable en el sistema a través de sus posibilidades de gestión, almacenamiento y traslado. Pero a la vez supone uno de los más claros ejemplos actuales de imbricación entre la gestión del agua y la producción de energía. Aunque no pueda hablarse realmente de un reaprovechamiento de los recursos hídricos tras la desintegración molecular que produce el hidrógeno, la interrelación se pone de manifiesto desde la óptica sostenible de producción de nueva energía renovable sólo a través del agua y de la utilización de electricidad renovable, con aplicación luego para diversos tipos de usos (combustible a través de pilas de hidrógeno, materia prima para la industria, producción de electricidad, etc.[4]), combinándose además, gracias a su mayor

---

[1] *Vid.*, así, el Considerando 60 de la Directiva (UE) 2023/2413, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de octubre, por la que se modifican la Directiva (UE) 2018/2001, el Reglamento (UE) 2018/1999 y la Directiva 98/70/CE en lo que respecta a la promoción de la energía procedente de fuentes renovables, y se deroga la Directiva (UE) 2015/652, del Consejo.

[2] Leiva López, A. D., «La ordenación del suministro de hidrógeno renovable. En especial: almacenamiento, transporte y distribución», *Revista Vasca de Administración Pública*, 124, 2022, p. 23.

[3] Agencia Internacional de la Energía, «The future of Hydrogen, seizing today´s opportunities», disponible en *https://www.iea.org/reports/the-future-of-hydrogen*

[4] *Vid.*, por ejemplo, Ferrari, G. F., «La regulación del hidrógeno y de los gases renovables en la Unión Europea», en Alenza García, J. F. y Mellado Ruiz, L. (Coords.), *Estudios sobre cambio climático y transición energética. Estudios conmemorativos del XXV aniversario del acceso a la Cátedra del profesor Iñigo del Guayo Castiella*, Marcial Pons, Madrid, 2022, p. 223 y ss.

capacidad de gestión/almacenamiento, tanto la producción localizada y distribuida como el transporte a largas distancias a zonas o territorios de mayor demanda.

El binomio agua-energía se ejemplifica aquí, pues, a través de una auténtica revolución[5], que puede convertir al hidrógeno renovable en la energía verde del futuro, más quizás por sus características instrumentales de gestionabilidad y flexibilidad de uso —y, sobre todo, de posible reequilibrio, cuando sea necesario, del sistema energético— que por su disponibilidad absoluta o su contribución cuantitativa a las necesidades energéticas. Pero, a la vez, se tratará de un binomio de compleja condicionalización estratégica: quizás se pase entonces de la denominada «geopolítica del hidrógeno», desde la transición de la competencia energética internacional y el control de los recursos físicos al desarrollo de la tecnología y la posesión de los derechos de propiedad intelectual[6], a la dependencia interna pero de la efectiva disponibilidad tanto de los recursos renovables como, sobre todo, de los recursos naturales —agua— necesarios para la producción y comercialización del hidrógeno.

Y es que el hidrógeno no es una fuente de energía primaria (como los combustibles fósiles), sino un vector o producto energético que hay que producir[7], mediante diferentes procesos que demandan además un consumo energético. Podría producirse entonces en cualquier momento y lugar —no dependiendo de la importación externa de recursos escasos—, y trasladarse además a diferentes zonas, pero su competitividad final y su propia viabilidad dentro del mix de producción dependerá igualmente de dicho balance energético final y de la propia repercusión ambiental derivada de su uso (pensando sobre todo en el consumo de recursos hídricos suficientes y disponibles).

Nos encontramos en definitiva ante un nuevo vector energético más eficiente, sostenible y accesible que, cuando sea competitivo, coadyuvará decisivamente al desplazamiento (necesario) de las fuentes tradicionales basadas en el carbono.

---

[5] Ariño Ortiz, G., *La revolución del hidrógeno. Nuevo vector del sistema eléctrico*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2022.

[6] *Vid.* Escribano, G. y Urbasos, I., «La geopolítica del hidrógeno renovable en España: implicaciones internacionales y reconfiguración regional», *Panorama Social*, 36, (2022).

[7] Como se ha dicho, no es por tanto un elemento que pueda tomarse directamente de la naturaleza, una fuente de energía primaria, sino un vector energético (como la electricidad) y por ello se tiene que fabricar o producir. «*Por vector energético tenemos que entender que es un producto que requiere de una aportación de energía para ser obtenido y que cuenta con la particularidad de ser capaz de almacenar energía para, posteriormente, ser liberada de forma gradual cuando sea requerida*», Ávila Rodríguez, C. M., «Aspectos jurídicos del impulso del hidrógeno como materia prima, combustible y vector energético», *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*, 7, (2020).

2. LA NECESIDAD DE UN MARCO EUROPEO REGULATORIO ADECUADO: ENTRE LA INTERVENCIÓN Y EL MERCADO

2.1. Hacia la creación de un mercado interior sobre hidrógeno renovable

Hasta dicho momento, la Unión Europea lleva ya años llamando la atención sobre la potencialidad del hidrógeno renovable, como la opción más compatible con el objetivo de neutralidad climática y contaminación cero a largo plazo y la más coherente además con un sistema energético integrado. La transición del sistema energético basado en los combustibles fósiles y en la dependencia externa a un ecosistema de hidrógeno derivado de fuentes renovables ha de ofrecer flexibilidad en la gestión y mayor margen de regulación de las necesidades, utilizándose para el almacenamiento diario o estacional como apoyo e incluso como amortiguación y aumentándose así el gran objetivo de la seguridad del suministro en todo el territorio europeo[8].

La respuesta estratégica europea se sustenta sobre dos grandes objetivos: i) uno inicial a corto plazo, de reducción progresiva de los costes de inversión y producción —no sólo de electricidad renovable, cada vez más asequible, sino de disponibilidad jurídica de recursos hídricos— a través de la innovación tecnológica en el sector, el apoyo público y las economías de escala y una intervención pública proporcional (mediante de la exigencia de determinados requisitos de garantía –garantías de origen, certificación, etiquetado, trazabilidad, etc., con vistas a lograr un cierto equilibrio entre el consumo de recursos naturales y materias primas y la protección ambiental y climática); y ii) y otro a medio y largo plazo de vertebración de un auténtico mercado interior transfronterizo del hidrógeno renovable, que logre garantizar, a través de los intercambios libres, la sostenibilidad, la seguridad energética y la igualdad entre operadores del sistema.

La creación de un marco regulador a nivel de la Unión para las redes y los mercados específicos del hidrógeno renovable debería contribuir, pues, a la integración e interconexión de los mercados y las redes nacionales de hidrógeno. No se trataría, pues, lógicamente, de una liberalización absoluta a nivel de la Unión, sino de un mercado regulado, orientado a la ordenación —garantías mínimas de seguridad para operadores y consumidores— y optimización de la entera cadena de valor del hidrógeno renovable.

La apuesta por el mercado debería inducir, según las instituciones comunitarias, a una mayor competencia —dando seguridad para las inversiones iniciales y las decisiones operacionales—, con fijación de los precios por el mercado —y evitando en lo posible subvenciones cruzadas entre sectores—, asequibilidad y seguridad del suministro.

---

[8] Desde la inclusión del hidrógeno renovable en la Directiva 2018/2001, de 11 de diciembre, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, a los efectos de que los Estados miembros establezcan mecanismos adecuados de garantía de origen.

El marco regulatorio europeo en ciernes (Propuestas de Reglamento y Directiva sobre los mercados interiores del gas natural y los gases renovables y del hidrógeno[9]) establece, así, un modelo transitorio y flexible de implantación de este mercado interior, excepcionando en una primera fase determinadas exigencias —para favorecer la recuperación de inversiones y reducir los iniciales costes de producción— e incorporando un modelo progresivo de integración de infraestructuras y de mercados nacionales. No en vano, y a diferencia de otros procesos anteriores de liberalización de sectores energéticos, se trata de la construcción de un mercado *ex novo* para el libre intercambio comunitario del hidrógeno renovable, entendiéndose que la propia competencia conllevará no sólo el incremento de la producción del mismo sino el aseguramiento final del acceso de todos los consumidores a un energía sostenible y limpia.

Esta «creación» singular, unida al carácter incipiente aún de la dimensión comercial del hidrógeno renovable, hace que la estrategia europea se asiente realmente sobre el objetivo mixto de promoción no sólo de la oferta (producción de hidrógeno renovable) sino de la propia demanda del mismo por los consumidores, aún escasa. Se trata de construir realmente una nueva «economía» del hidrógeno en Europa, lo que requiere un enfoque completo de todo su ciclo de vida. La producción de hidrógeno a partir de fuentes renovables o con bajas emisiones de carbono, el desarrollo de infraestructuras para el suministro de hidrógeno a los consumidores finales y, como decimos, la creación —consecuente— de demanda en el mercado deben llevarse a cabo en paralelo, activando, como han señalado las instituciones europeas, un «*círculo virtuoso de aumento de la oferta y la demanda de hidrógeno*».

El «ecosistema» europeo del hidrógeno se basará, así, en la propia separación —flexible y gradual— de actividades, desarrollándose la producción y comercialización —a semejanza del sector eléctrico y gasista— en régimen de libre competencia, y el almacenamiento, transporte y distribución, para evitar la ineficiencia de la duplicación de redes, en términos regulados, garantizándose en cualquier caso el acceso a las infraestructuras en base a criterios de transparencia y no discriminación. La garantía de separación de actividades y el libre y no discriminatorio acceso de terceros a las redes (únicas), según tarifas reguladas (hasta 2030, no obstante, cabrá el acceso negociado o pactado) se orientan claramente a la promoción de la inversión en la producción de hidrógeno renovable. Será necesario garantizar también el acceso de terceros a las instalaciones de almacenamiento de hidrógeno y a las terminales de hidrógeno, sobre la base de los principios de suficiencia, continuidad y capacidad firme de las conexiones y redes.

---

[9] Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los mercados interiores del gas natural y los gases renovables y del hidrógeno (versión refundida), Documento COM/2021/804 final, y Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a normas comunes para los mercados interiores del gas natural y los gases renovables y del hidrógeno, Documento COM/2021/803 final, de 15 de diciembre de 2021. Con fecha 8 de diciembre de 2023 las instituciones comunitarias alcanzaron finalmente un acuerdo conjunto sobre el mercado del hidrógeno y el gas descarbonizado.

La dialéctica entre intervención/regulación —y su proyección en materia de acceso, separación de actividades, tarifas, etc— constituye, en el fondo, el problema fundamental de esta nueva normativa en materia de hidrógeno renovable. Porque parece claro que un régimen regulatorio claro y sin excepciones podría generar seguridad jurídica para atraer inversiones y reducir los costes administrativos inherentes a las actividades de control, pero, por otro lado, se trata de construir un mercado y una «regulación» desde cero, mientras que en otros sectores (electricidad y gas) tal conformación ha sido progresiva y en sucesivas fases, con mercados (demanda) relativamente maduros ya y con suficientes interconexiones a nivel transfronterizo. De ahí las propuestas de gradualidad, flexibilidad y excepciones presentes en los textos comunitarios[10].

Junto a esta dualidad secuencial de objetivos, el paquete comunitario de reformas sobre hidrógeno pretende igualmente conjugar una doble perspectiva regulatoria en función del ámbito territorial correspondiente. Pretenden compatibilizarse, así, tanto mercados abiertos —transfronterizos o nacionales— como mercados y redes regionales, de tal forma que quepa tanto la producción, el traslado y el suministro de hidrógeno a través de redes, infraestructuras e interconexiones, incluso internacionales, como la producción y el autoabastecimiento local o distribuido, allí donde la misma sea más eficiente, a través de la conexión directa —y en entornos cerrados— entre la producción y el consumo de hidrógeno renovable. Pretende asegurarse así tanto una producción suficiente para el libre intercambio como el aprovechamiento directo de los recursos (renovables e hídricos) por parte de las zonas (valles) específicas (a través de redes cerradas de distribución, pues).

En este contexto de flexibilidad y diferenciación, pero con el objetivo último de integración de mercados a nivel comunitario, la aprobación de un marco regulatorio específico parece ineludible, pero no sólo como garantía de la competencia y la competitividad de las inversiones y actividades sino también para la efectiva protección de los derechos de los consumidores finales. El «Paquete europeo sobre Hidrógeno y Gas Descarbonizado», que pronto se materializará en las dos normas reseñadas, pretende establecer así las bases para la creación de los mercados —verdes y competitivos— de hidrógeno desde un esquema flexible de gobernanza energética.

Evidentemente, el desarrollo dinámico de la economía del hidrógeno renovable y el libre intercambio del mismo a nivel de la Unión exigen, entre otras necesidades, la definición de normas claras y uniformes (por ejemplo sobre el porcentaje permitido de hidrógeno en la red de gas natural, en su caso), la adaptación correspondiente de los requisitos de los proyectos de interés común a las infraestructuras y redes específicas, la planificación coordinada de las infraestructuras de electricidad y gas, la reasignación de las infraestructuras de gas existentes, así como la formulación de reglas claras para la alimentación del hidrógeno certificado procedente de fuentes de energía renovables,

[10] Más detalladamente, Tanase, L. y Herrera Anchustegui, I., «Hidrógeno y gas descarbonizado», disponible en *https://almacendederecho.org/hidrogeno-y-gas-descarbonizado*

etc[11]. Se requiere, pues, un enfoque regulatorio de confianza y garantía. El impulso paralelo, y a la vez decidido, de la oferta y la demanda exige un esquema normativo de intervención proporcionada y de regulación del mercado que incentive la puesta en marcha de proyectos y la producción de hidrógeno y a la vez fortalezca la confianza de los consumidores en el mismo y la propia conversión de la asequibilidad en mayor consumo (no sólo se habla, así, de consumidores activos, sino «capacitados», articulándose soluciones de garantía —libertad de contratación y cambio entre suministradores, herramientas comprensibles de comparación de precios, claridad en la facturación y pago, digitalización del consumo, etc.— para una efectiva tutela de los mismos).

No se trata sólo de construir un «mercado», sino de conformar e integrar la demanda en el mismo. Por eso no sólo se prevé una regulación de los derechos/obligaciones de los sujetos intervinientes en el sistema de hidrógeno, desde su producción hasta su distribución final, sino, en paralelo, de las garantías mínimas insoslayables de los consumidores. Es verdad que, como se ha dicho, el ciudadano de los mercados no parece ser ya tanto un ciudadano como un «*cliente con derechos*», sometido «*al dominio de la competencia total*»[12], pero lo cierto es que las propuestas normativas en esta materia sí parecen prestar, en base a dichas premisas, una especial atención/protección del consumidor, a través del reconocimiento de obligaciones públicas (de información, transparencia, tratamiento no discriminatorio, etc.) y de una serie de derechos y garantías de los mismos, con una especial atención a las situaciones de vulnerabilidad energética.

Se trata, en definitiva, de que el hidrógeno renovable contribuya decisivamente a la consecución de los cuatro grandes objetivos (dimensiones) de la política energética europea: la seguridad energética (reduciendo la dependencia externa de hidrocarburos y energía fósil y diversificando las fuentes de abastecimiento, general o distribuido), la eficiencia energética (moderando y reequilibrando la demanda con fuentes de carácter cíclico y regenerativo), la descarbonización de la economía (no sólo vía reducción de emisiones y electrificación sino de disminución de la demanda vía regulación de la oferta de energía renovable) y la combinación entre innovación (tecnológica) y competitividad empresarial.

El nuevo entorno regulatorio debe partir, así, de la propia simplificación del concepto normativo y las clases de hidrógeno, aportando una clasificación jurídica común no basada en el esquema convencional de colores (por la mera fuente de producción) sino en una evaluación científica independiente, y basada en el ciclo de vida de las emisiones a lo largo de todo el proceso de producción y transporte del hidrógeno. A partir de aquí, con criterios transparentes de evaluación, sistemas

---

[11] Dictamen del Comité Europeo de las Regiones — Hacia una hoja de ruta para un hidrógeno limpio — Contribución de los entes locales y regionales a una Europa climáticamente neutra, DOUE, C 324/41, de 1 de octubre de 2020.

[12] Nachtwey, O., *La sociedad del descenso. Precariedad y desigualdad en la era posdemocrática*, Paidós, Madrid, 2017, p. 92.

integrados de identificación y parámetros uniformes de certificación se estimulará la inversión privada —a través de mecanismos de apoyo claros y equitativos— y la propia «densificación» de los mercados interiores de hidrógeno, de tal forma que a través de la propia competencia se consiga una reducción de precios, una priorización por el consumo de fuentes de origen renovable y una tutela eficiente de los consumidores finales, especialmente en casos de pobreza o vulnerabilidad energética. La Unión Europea persigue aprovechar, en definitiva, las diferencias en los costes de producción en todo su territorio, de modo que, a través de un marco mínimo de ordenación de las actividades, prevalezca el medio de producción más barato mediante una competencia legal.

Se trata, como puede verse, de unos objetivos realmente ambiciosos, desde el propio contraste entre la aún falta de madurez no sólo de dicho mercado sino de las propias estrategias de producción comercial y las potencialidades inherentes a un vector energético limpio, accesible/asequible y, sobre todo, capaz de contribuir decisivamente a la integración del sistema energético[13].

2.2. La garantía de partida: ¿cuándo el hidrógeno renovable es «realmente» renovable? La funcionalidad del Reglamento Delegado (UE) 2023/1184, de 10 de febrero

El hidrógeno renovable puede jugar, pues, un papel decisivo, en la transición energética europea, sobre todo desde la perspectiva de la consecución de los objetivos de descarbonización y de reequilibrio/regulación de la balanza energética global.

Pero para ello hace falta confianza y seguridad. Seguridad en un marco regulatorio específico, proporcionado y acomodado a esta nueva realidad plurifuncional. Y confianza en que el hidrógeno producido proviene realmente de fuentes de energía renovable (se insiste también en la actualidad en la necesidad de garantizar igualmente la calidad del hidrógeno, a través de un control efectivo mediante sistemas inteligentes de suministro y normas de certificación renovable).

El esquema regulatorio abierto de libre mercado se atempera, pues, a la luz de las exigencias de un mínimo de calidad y pureza del hidrógeno renovable, así como de garantía efectiva de reducción de emisiones (priorizando por ejemplo el acceso a las redes según la capacidad de emisión del productor)[14].

---

[13] «El hidrógeno producido mediante electrólisis con electricidad renovable puede desempeñar un papel »nodal» particularmente importante en un sistema energético integrado, pues puede aportar eficiencia en la medida en que puede integrar grandes porcentajes de generación variable de energías renovables, descargando las redes en períodos de abundante oferta y proporcionando almacenamiento a largo plazo para el sistema energético", Ávila Rodríguez, C. M., «Aspectos jurídicos del impulso …», *op. cit.*

[14] Al respecto resulta clave el desarrollo de las previsiones comunitarias llevado a cabo por el Reglamento Delegado (UE) 2023/1185,, de la Comisión, de 10 de febrero, que completa la Directiva (UE) 2018/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo estableciendo un umbral mínimo para

Ya la Directiva (UE) 2018/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, había llamado la atención sobre la necesidad de establecer un sistema adecuado de garantías de origen para los gases renovables, a fin de ofrecer a los consumidores finales transparencia sobre los mismos y promover a la vez su comercialización transfronteriza.

El Reglamento Delegado (UE) 2023/1184, de 10 de febrero, bien que con un ámbito material de aplicación más amplio, obedece a tales objetivos, estableciendo una metodología común a nivel de la Unión para la definición de las normas específicas para la producción de carburantes líquidos y gaseosos renovables de origen no biológico.

Se trata de asegurar, pues, que el hidrógeno introducido en el sistema (redes) es efectiva y totalmente renovable (y que se puede «contabilizar» como tal), ya se trate de electricidad de producción propia, ya obtenida de la red.

Para garantizarlo, la primera posibilidad, y más sencilla, es que la electricidad renovable se obtenga de forma directa desde una instalación de producción no conectada a la red: en estos casos la electricidad se presume renovable directamente. Es posible, sin embargo, que la electricidad renovable sea de producción propia, pero no haya una conexión física directa entre el electrolizador y la planta de producción de los combustibles: en este caso, sí hay que «probar» la conexión directa, demostrándose: i) que entre el electrolizador y la planta exista línea directa o están dentro de la misma instalación; ii) que el electrolizador se pusiera en funcionamiento como mucho tres años antes; y iii) que el electrolizador no está conectado a la red y, si lo está, existen sistemas de medición inteligente que demuestran que no se ha obtenido electricidad de la red para dicha producción.

La otra opción es utilizar —para producir el hidrógeno renovable— electricidad de la red. En este caso, para contabilizar los carburantes no biológicos como totalmente renovables es necesario que: i) la instalación de producción del carburante esté situada en una zona de ofertas (normalmente un país) en la que la proporción media de electricidad renovable haya superado el 90 por 100 en el año natural anterior (cuota dominante) y ii) la producción de carburantes no supere un número máximo de horas establecido en relación con la proporción de electricidad renovable de dicha zona. Es decir, que la electricidad del país debería ser, en el año anterior, prácticamente de origen renovable (más del 90 por 100) y la producción temporal de carburantes renovables ajustada a la máxima disponibilidad de electricidad renovable de la zona. Si se cumplen estos dos requisitos, no sería necesario, además, «adicionar» más producción renovable.

---

la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero aplicable a los combustibles de carbono reciclado y especificando una metodología para evaluar la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero derivada de los carburantes líquidos y gaseosos renovables de origen no biológico y de los combustibles de carbono reciclado.

Lo normal, sin embargo, es que la zona de ofertas no tenga más del 90 por 100 de electricidad renovable aún. En este caso, se puede extraer electricidad de la red y contabilizar el hidrógeno producido como renovables siempre que: i) la intensidad de las emisiones sea inferior a un umbral determinado; ii) se disponga de contratos de compra de electricidad renovable al menos por la cantidad de electricidad declarada totalmente renovable; iii) se cumplan las exigencias de correlación geográfica y temporal; y iv) la electricidad que alimenta el electrolizador se consuma en períodos en los que las instalaciones renovables de generación de electricidad sea redespachadas a la baja.

Si un país (o zona de oferta) no cumple con alguno de los dos criterios generales establecidos (cuota significativa ya instalada de renovables o umbral mínimo de emisiones) se considera que no tiene un sistema eléctrico suficientemente descarbonizado, con lo que para poder producir hidrógeno con electricidad proveniente de la red deberá probar: i) que ésta es «adicional» o de nueva generación; ii) que se utiliza para producir hidrógeno en el mismo «momento» que se genera y iii) que se hace a la vez en el mismo «lugar».

Estos tres criterios (adicionalidad, correlación geográfica y correlación temporal) marcan, pues, las exigencias mínimas para la consideración del hidrógeno como totalmente renovable. El primero viene a matizar, en el fondo, las consideraciones iniciales sobre la virtualidad del hidrógeno renovable, a producir a partir de los «excedentes» de energía solar o eólica fundamentalmente. No es exactamente así: para producir una cantidad determinada de hidrógeno renovable se necesita la cantidad correspondiente (suficiente) de electricidad renovable, pero sin detraerla de otros usos o aplicaciones anteriores; si no se dispone de ella, hay que generar más electricidad renovable. La producción de hidrógeno debe apoyar la descarbonización y electrificación del modelo, pero sin generar más presión sobre la generación de electricidad. Además, ha de demostrarse que la producción de hidrógeno es correlativa a la obtención de la electricidad renovable utilizada (correlación mensual hasta el 31 de diciembre de 2019 y horaria después). Y, finalmente, el electrolizador que produce el hidrógeno renovable y la instalación que genera la electricidad renovable —para producirlo— han de estar ubicados en la misma zona de ofertas. La «contabilización» como renovable del hidrógeno —y la generación de confianza subsiguiente en tal carácter— pasa, en fín, por la efectiva disponibilidad de electricidad renovable suficiente (y no eventualmente excedentaria), en un mismo lugar (zona de producción/oferta) y en un mismo intervalo horario[15].

3. LA SITUACIÓN A NIVEL INTERNO

La complejidad regulatoria derivada de las propuestas comunitarias —basadas tanto en la transición verde del gas natural como en el impulso de los gases renovables

[15] Sobre estos principios puede verse por ejemplo Silván Ochoa, P., «Adicionalidad y correlación geográfica y temporal en materia de hidrógeno renovable», en Del Guayo Castiella, I. y Mellado Ruiz, L. (Dirs.), *Retos regulatorios de los gases renovables en la economía circular*, Marcial Pons, Madrid, 2023.

en general y del hidrógeno 100 por 100 verde en particular— y la propia lentitud de los procesos de conformación normativa —y de intereses— en el seno de la Unión, no tiene sin embargo equivalente con la misma desidia y asincronía normativas del proceso interno de asunción de las exigencias de promoción de los gases renovables en el marco de los objetivos de descarbonización y neutralización climática[16].

Dado el objetivo final de construcción de un mercado interno transfronterizo para el libre intercambio entre el hidrógeno producido descentralizadamente, es comprensible la espera/dependencia de los Estados para el ajustamiento de su sistema normativo a las exigencias —sobre todo de mercado— de la Unión Europea. Pero lo cierto es que, salvando dicho núcleo de armonización común, centrado fundamentalmente en el papel de los operadores del sistema y en la tutela efectiva de los consumidores, el grueso del modelo y sistema de producción y gestión del hidrógeno renovable será competencia de desarrollo de los Estados miembros, limitándose las previsiones regulatorias comunitarias a la necesaria observancia de las libertades económicas y, en consecuencia, a la —mera— condicionalización de la aprobación de los procedimientos internos de intervención y autorización, necesariamente objetivos, públicos y no discriminatorios. En este sentido, sería necesaria la aprobación, al margen de las mínimas y aisladas previsiones que se comentan a continuación, de una regulación adecuada sobre todo en relación con los títulos habilitantes para la utilización privativa del dominio público con vistas a la producción de hidrógeno, con las exigencias urbanísticas y territoriales para la instalación de las plantas de producción de hidrógeno renovable, con las autorizaciones ambientales y sustantivas para el proceso de producción, etc. Nada de esto se ha aprobado aún, y nada de esto se regulará previsiblemente a nivel europeo …

Efectivamente, frente a alguna propuesta legislativa de transposición integral de la regulación del hidrógeno renovable, finalmente desechada, en los últimos años hemos asistido a la mera transposición parcial de algunos de los elementos ancilares sobre la cadena de valor del hidrógeno renovable. Al margen de los instrumentos estratégicos y programáticos publicados, sólo se han aprobado en los últimos años una serie de disposiciones específicas para el fomento del transporte de hidrógeno a través de redes de hidrógeno específicas (RD-Ley 6/2022, de 29 de marzo, introduciendo una nueva D. A. 38.ª en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos), como actividad declarada además «de interés general», aunque también es posible la inyección de hidrógeno y su transporte a través de redes ya existentes de gas natural, siempre y cuando resulte técnicamente posible y seguro (art. 54.3 de la citada norma) y para el establecimiento de un sistema de garantías de origen del hidrógeno renovable (RD 376/2022, de 17 de mayo, por el que se regulan los criterios de sostenibilidad y de reducción de las emisiones de gases de efecto

[16] Sobre la ausencia de un marco regulatorio adecuado acerca del régimen de responsabilidades de los distintos sujetos, los objetivos finales a conseguir y el esquema de mecanismos de apoyo se manifestó tempranamente por ejemplo Del Guayo Castiella, I., «Régimen jurídico de los gases renovables, con especial referencia al hidrógeno», en Recuerda Girela, M. Á., *Anuario de Derecho Administrativo 2021*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2021, p. 535 y ss.

invernadero de los biocarburantes, biolíquidos y combustibles de biomasa, así como el sistema de garantías de origen de los gases renovables[17]), a lo que hay que añadir las propias exigencias genéricas para la disponibilidad de energía renovable (contrato con productor o comercializador o exigencias de proximidad para la instalación de una central eléctrica en régimen de autoconsumo, en función del RD 244/2019, de 5 de abril, por el que se regulan las condiciones administrativas, técnicas y económicas del autoconsumo de energía eléctrica), los títulos ambientales o urbanísticos exigibles para la instalación de plantas o electrolizadores o instalaciones de almacenamiento de hidrógeno, la disponibilidad privativa de recursos hídricos suficientes vía concesión de aguas, etc.

Por lo demás, recientemente también se ha modificado el RD 1183/2020, de 29 de diciembre, de acceso y conexión a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica, a fin de solucionar los problemas atisbados de acumulación de peticiones de acceso a las redes para conectar nuevos consumos, entre ellos la producción de hidrógeno renovable, estableciendo —para garantizar un impulso ordenado de la demanda de electricidad— un procedimiento de concurso en el que se tengan en cuenta criterios de madurez de los proyectos, volumen de inversiones asociadas y contribución a la descarbonización de la demanda energética, entre otros (art. 31 del RD-Ley 8/2023, de 27 de diciembre).

Es evidente que la respuesta interna estatal resulta insuficiente para un impulso decidido de la economía y los proyectos concretos sobre hidrógeno renovable (sobre todo teniendo en cuenta que la regulación comunitaria, que habrá que transponer, básicamente se limita a los aspectos básicos regulatorios del mercado interior sobre hidrógeno), tanto desde un punto de vista integral de incentivación de las actuaciones como específico de articulación de los mecanismos jurídicos habilitantes necesarios tanto para la producción de hidrógeno como para su almacenamiento y suministro. Y ello a pesar de que exista ya, aún sin desarrollo, una previsión legal de impulso y fomento de la penetración de los gases renovables, incluyendo el biogás, el biometano, el hidrógeno y otros combustibles, en cuya fabricación se hayan usado exclusivamente materias primas y energía de origen renovable o permitan la reutilización de residuos orgánicos o subproductos de origen animal o vegetal, a través de la aprobación de planes específicos[18].

No puede olvidarse que el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030 (PNIEC) pretende alcanzar en 2030 una reducción del 23 por 100 de las emisiones de gases de efecto invernadero respecto de 1990, que el 42 por 100 de la energía consumida proceda de fuentes renovables, una mejora en un 39,5 por 100 de la eficiencia energética y un origen renovable del 74 por 100 de la energía

[17] Régimen de garantías de origen —del productor o del comercializador— realmente necesario desde el punto de vista de la confianza y la seguridad en la nueva economía del hidrógeno, siempre y cuando el titular de la planta de producción no sea también el propio productor de la electricidad en régimen de autoconsumo.

[18] Art. 12.1 de la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética.

producida[19], con un objetivo final de alcanzar la neutralidad en carbono en 2050 con un 100 por 100 de energía renovable generada en línea con los objetivos europeos fijados en el *Green Deal*. También a nivel interno, pues, el hidrógeno renovable —junto con el resto de gases renovables— se presenta como necesario para alcanzar estos objetivos de descarbonización y transición energética sostenible. Pero a la vez, y desde enfoques de producción distribuida y localizada, que serían los prioritarios en una primera fase de despliegue al menos en nuestro país, no pueden obviarse las posibilidades económicas inherentes a la creación de nuevas cadenas de valor y oportunidades de empleo como alternativas de transición justa para sectores y territorios con dificultades de desarrollo.

Por ello, el marco regulatorio a nivel interno no sólo debería dar respuesta a dichas exigencias sustantivas sino reforzar, además, la propia simplificación y agilización de los procedimientos administrativos internos de producción del hidrógeno. Ello pasaría seguramente por reconsiderar la propia calificación jurídica de la actividad, como actividad industrial química, al menos en función del volumen cuantitativo de producción (y de los propios fines de la misma: producción industrial a gran escala o producción local *in situ* para el abastecimiento directo de las estaciones de servicio), revisándose entonces las limitaciones (barreras regulatorias) derivadas sobre todo de los suelos de posible implantación de las infraestructuras[20] (y sobre todo de las hidrogeneras, como instalaciones de almacenamiento o servicio directo a los consumidores)[21] y de —la complejidad de— los procedimientos preventivos de evaluación de impacto ambiental y control integrado de la contaminación (que no tienen en cuenta por ahora realmente la fuente empleada para la producción del

---

[19] Aún más, en el borrador de actualización del PNIEC 2023-2030, actualmente en tramitación, estos objetivos para 2030 incluso se han incrementado: 32 por 100 de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero respecto a 1990; 48 por 100 de renovables sobre el uso final de la energía; 44 por 100 de mejora de la eficiencia energética en términos de energía final, 81 por 100 de energía renovable en la generación eléctrica y reducción de la dependencia energética hasta un 51 por 100.

[20] Como se ha dicho, si la producción de hidrógeno se realiza a pequeña escala *in situ* (comercial o doméstica) y a través de un proceso como la electrólisis sin apenas emisiones contaminantes de CO2 no resultan proporcionadas las barreras regulatorias actuales, siendo necesario que el legislador diferencie en el marco jurídico del hidrógeno el método de producción, la cantidad diaria producida, la capacidad del almacenamiento y el propósito de dicha producción: «*en la medida en que un electrolizador tiene más similitudes con un transformador eléctrico que con una industria química debería permitirse la implantación de los mismos en todo tipo de suelos, precisamente para que pueda construirse la planta de producción* in situ *cerca de plantas fotovoltaicas, parques eólicos, estaciones de servicio ubicadas en suelo urbano o incluso edificios para impulsarse el autoconsumo de los mismos*», Ávila Rodríguez, C. M., «Cuestiones jurídicas sobre el papel de los entes locales en la transición energética: hacia la producción y el consumo del hidrógeno renovable», *REALA*, 16, (2021), p. 80.

[21] Es verdad que hasta ahora la producción de hidrógeno se ha producido fundamentalmente a nivel industrial, pero los nuevos usos y aplicaciones del mismo propician que los electrolizadores se encuentren integrados en las propias instalaciones de energía renovable para regular su generación e intermitencia, o directamente en el lugar de consumo, como las hidrogeneras para el repostaje directo de turismos o camiones, Informe «Recomendaciones legislativas para el sector del hidrógeno en España», Hylaw-Fundación para el desarrollo de las nuevas tecnologías del hidrógeno en Aragón, disponible en *https://hidrogenoaragon.org/es/proyectos/hylaw/*

hidrógeno). Como se viene sugiriendo, los criterios de evaluación ambiental podrían diferenciar, así, los diferentes métodos de producción del hidrógeno, para usos industriales a gran escala o para la producción de hidrógeno como un vector energético por medio de electrólisis para fines energéticos.

Se precisaría, pues, el establecimiento de una base legal —específica, adaptada y proporcional— para las instalaciones de conversión de la electricidad renovable en hidrógeno por medio de la electrólisis (diferente al esquema regulatorio común de los demás gases inorgánicos), sustentada deseablemente en un enfoque integrado de evaluación del ciclo de vida de la actividad y la diferenciación —a efectos urbanísticos, territoriales, ambientales, etc.— entre la producción industrial y la producción *in situ*, donde la clave no reside en el transporte y comercialización con terceros sino en la consideración técnica de las hidrogeneras como estaciones de servicio y en la proximidad (correlación geográfica) entre la producción y el suministro final del hidrógeno renovable. Se superaría así la consideración tradicional de las plantas de producción de hidrógeno como industrias químicas, sin importar el tipo de producción o la presencia (o ausencia) de sustancias nocivas involucradas en el proceso[22], lo que daría lugar a desproporcionados requisitos procedimentales y sustantivos para tecnologías con cero emisiones como la electrólisis.

4. BREVES CONCLUSIONES FINALES

Resulta patente el contraste entre los ambiciosos objetivos de desarrollo del hidrógeno renovable a nivel europeo y la aún limitada realidad —tanto de producción como de demanda— de este nuevo vector energético renovable. Sin embargo las potencialidades instrumentales ínsitas en el mismo (versatilidad, flexibilidad regulatoria, gestionabilidad de la energía producida, etc.), unidas a las propias capacidades de producción propia (y de laminación de la actual dependencia externa de combustibles fósiles) y a los múltiples usos del mismo quizás justifiquen dicho impulso, sin precedentes antes a nivel comunitario, en su última orientación a la conformación de un auténtico mercado interior en materia de hidrógeno renovable en el seno de la Unión Europea.

La necesidad de un marco regulatorio específico y adaptado se hace precisa tanto desde el punto de vista del fomento de la inversión a través de la seguridad jurídica y la minimización de barreras burocráticas y procedimentales y del impulso de la demanda a través de la adecuada protección de los consumidores finales, derivando la opción verde de la propia decisión en el mercado de los mismos.

Se trata, pues, de una estrategia mixta, de promoción paralela de la oferta y la demanda, pero desde un enfoque progresivo y flexible que permita el impulso inicial en el marco de los grandes principios actuales del derecho energético europeo: seguridad del suministro, asequibilidad de la energía final, sostenibilidad y eficiencia.

---

[22] Informe «Recomendaciones legislativas para el sector …», *op. cit.*, p. 7.

Dicho objetivo de conformación final de un mercado europeo integrado e interconectado ha de hacerse compatible con la estimulación de la producción y el consumo localizados y distribuidos del hidrógeno renovable. A través del propio autoconsumo, la cooperación energética —comunidades de energías renovables— y la producción local se potenciará la eficiencia y el ahorro, así como la estimulación productiva de zonas en procesos de transición económica.

Este marco regulatorio mínimo europeo —centrado en las actividades de mercado, la garantía de una efectiva competencia y la salvaguarda de una serie de obligaciones mínimas de interés general— ha de completarse a nivel interno con la ordenación sustantiva de las propias actividades de producción, distribución y consumo del hidrógeno renovable. Se precisa pues una regulación también específica no sólo en materia de garantías de origen o transporte, sino de los requisitos para la instalación de las plantas, la propia producción del hidrógeno, los impactos ambientales de la actividad, etc., que debería basarse en una evaluación científica de los riesgos del ciclo de vida del mismo y la diferenciación procedimental del tipo de hidrógeno a producir.

Se trata, en fín, de una oportunidad geoestratégica indudable, en momentos de ineluctable transición energética. Los objetivos de descarbonización, reducción de emisiones y potenciación de la eficiencia, el ahorro y la soberanía energética a través de las energías renovables imponen un cambio disruptivo del sistema y del propio *mix* energético de los Estados. El hidrógeno renovable puede contribuir a ello, junto con la propia seguridad del suministro y la asequibilidad y protección de los consumidores. Pero la necesidad de energía renovable suficiente (no meramente sobrante) y de agua, en calidad y cantidad suficientes, y la necesaria correlación temporal y geográfica de los recursos, también pone de manifiesto la reconsideración —también en el plano jurídico— del propio binomio agua-energía, dos recursos estratégicos, escasos y en íntima interrelación.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Agencia Internacional de la Energía, "The future of Hydrogen, seizing today´s opportunities", disponible en *https://www.iea.org/reports/the-future-of-hydrogen*

Ariño Ortiz, G., *La revolución del hidrógeno. Nuevo vector del sistema eléctrico*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2022.

Ávila Rodríguez, C. M., «Aspectos jurídicos del impulso del hidrógeno como materia prima, combustible y vector energético», *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*, 7, (2020).

- «Cuestiones jurídicas sobre el papel de los entes locales en la transición energética: hacia la producción y el consumo del hidrógeno renovable», *REALA*, 16, (2021).

Del Guayo Castiella, I., «Régimen jurídico de los gases renovables, con especial referencia al hidrógeno», en Recuerda Girela, M. Á., *Anuario de Derecho Administrativo 2021*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2021.

Escribano, G. y Urbasos, I., «La geopolítica del hidrógeno renovable en España: implicaciones internacionales y reconfiguración regional», *Panorama Social*, 36, (2022).

Ferrari, G. F., «La regulación del hidrógeno y de los gases renovables en la Unión Europea», en Alenza García, J. F. y Mellado Ruiz, L. (Coords.), *Estudios sobre cambio climático y transición energética.*

Estudios conmemorativos del XXV aniversario del acceso a la Cátedra del profesor Iñigo del Guayo Castiella, Marcial Pons, Madrid, 2022.

Leiva López, A. D., «La ordenación del suministro de hidrógeno renovable. En especial: almacenamiento, transporte y distribución», *Revista Vasca de Administración Pública*, 124, 2022.

Nachtwey, O., *La sociedad del descenso. Precariedad y desigualdad en la era posdemocrática*, Paidós, Madrid, 2017.

Silván Ochoa, P., «Adicionalidad y correlación geográfica y temporal en materia de hidrógeno renovable», en Del Guayo Castiella, I. y Mellado Ruiz, L. (Dirs.), *Retos regulatorios de los gases renovables en la economía circular*, Marcial Pons, Madrid, 2023.

Tanase, L. y Herrera Anchustegui, I., «Hidrógeno y gas descarbonizado», disponible en *https://almacendederecho.org/hidrogeno-y-gas-descarbonizado*

Cuadernos de Derecho Regulatorio
Vol. 2 | 2024
Estudios I: El binomio agua y energía. pp. 93-114
Madrid, 2024
DOI: 10.37417/cudere/vol_2_2024_2658
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
© Dolors Canals Ametller
ISSN: 3020-6162

CALIDAD NORMATIVA Y RACIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN EL SECTOR ENERGÉTICO EUROPEO: A PROPÓSITO DE LOS PROCESOS DE CONCESIÓN DE AUTORIZACIONES DE ENERGÍAS RENOVABLES*

Dolors Canals Ametller
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Facultad de Derecho. Universitat de Girona

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: EXPECTATIVAS JURÍDICAS Y RIESGOS DEL DERECHO.— 2. CALIDAD NORMATIVA Y RACIONALIDAD ADMINISTRATIVA: INSTRUMENTOS CONOCIDOS Y SECTORIALMENTE INSUFICIENTES.— 3. MEDIDAS RECIENTES DEL DERECHO EUROPEO PARA RACIONALIZAR LOS PROCESOS DE CONCESIÓN DE AUTORIZACIONES DE ENERGÍAS RENOVABLES: 3.1. El fundamento: crisis climática, crisis energética y principio «primero, la eficiencia energética»; 3.2. La definición europea de «energía renovable» y de «proceso administrativo de concesión de autorización»; 3.3. La concurrencia de medidas normativas europeas ante la emergencia energética: 3.3.1. El régimen permanente con medidas estables a largo plazo; A. La zonificación territorial de las energías renovables; B. Reglas y principios fundamentales del proceso administrativo de concesión de autorizaciones; C. La presunción legal refutable de interés público superior: rivalidad y priorización de intereses jurídicos presentes; D. Cooperación interadministrativa y suma de capacidades. 3.3.2. Las medidas urgentes y excepcionales para el período 2023 a 2025: A. El carácter temporal y adicional de las medidas de emergencia; B. Simplificación, proporcionalidad y racionalización de procedimientos administrativos; C. De nuevo, la presunción jurídica refutable; D. Mitigación de daños ambientales y medidas compensatorias; 3.3.4. Las medidas temporales que perduran hasta junio de 2025.

---

* Para citar este artículo: Canals Ametller, Dolors (2024), «Calidad normativa y racionalidad administrativa en el sector energético europeo: a propósito de los procesos de concesión de autorizaciones de energías renovables», *Cuadernos de Derecho Regulatorio* Vol. 2 2024, Madrid, Marcial Pons.

1. INTRODUCCIÓN: EXPECTATIVAS JURÍDICAS Y RIESGOS DEL DERECHO [1]

Utilizo aquí el concepto «expectativa jurídica» siguiendo la definición del profesor Ferrajoli, es decir, como expectativa de efectividad de un derecho subjetivo o de una facultad que el derecho positivo reconoce. [2]

Es sabido que, en particular, el derecho administrativo sectorial puede llegar a generar grandes expectativas y, a la vez, importantes riesgos normativos, unos riesgos que derivan del mismo derecho objetivo. El sector de las energías procedentes de fuentes renovables es buena muestra de ello y así ha tenido ocasión de señalarlo la doctrina académica en no pocas ocasiones. [3]

El derecho europeo de las energías renovables está subordinado a modificaciones constantes, principalmente por ser un sector de marcado carácter estratégico y cambiante ante circunstancias excepcionales por imprevistas. [4] Tales cambios inciden en las expectativas que, en un momento dado, la legislación vigente genera en los operadores privados y, también, en la ciudadanía. Luego, ciertos riesgos jurídicos emergen de la inestabilidad normativa, de los cambios sucesivos de la regulación de un determinado sector económico. Así, teorías como la de los denominados «riesgos regulatorios» revelan las imperfecciones del ordenamiento jurídico, incluido el ordenamiento europeo,

---

[1] Este trabajo parte de la ponencia presentada en las *I Jornadas del Foro Jurídico Binomio Agua y Energía*, que tuvieron lugar en Almería los días 27 y 28 de abril de 2023. Se realiza en el marco del proyecto de investigación «La regulación de riesgos derivados del cambio climático y las nuevas fórmulas para su justa distribución social. La transición hídrica como sector de referencia» (PID2022-140060NB-100).

[2] Ferrajoli, Luigi, (1997), «Expectativas y garantías. Primeras tesis de una teoría axiomatizada del Derecho», edición digital *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho,* núm. 20, pp. 235-278, quien reconoce que el concepto «expectativa» es extraño al léxico jurídico corriente, pero «central para el análisis lógico de las diversas figuras de derecho subjetivo, así como de las relaciones jurídicas y de las correspondientes garantías» (p. 236); y considera que «todos los derechos subjetivos consisten, en efecto, en expectativas» (p. 240). En particular, «las expectativas jurídicas son expectativas de efectividad de las normas jurídicas y de las obligaciones y prohibiciones dispuestas o predispuestas por ellas. El sentimiento de seguridad jurídica viene dado precisamente por la (máxima) correspondencia entre expectativas normativas y expectativas cognitivas, generada por la existencia de las garantías idóneas» (p. 245).

[3] Me excuso desde este momento por no citar las incontables fuentes bibliográficas existentes sobre el tema de las energías renovables, ante el riesgo de no incluir las más relevantes. Este trabajo tiene únicamente por objeto realizar una descripción crítica de legislación europea en la materia aprobada los últimos años, a los meros efectos que constan en su título.

[4] En los días de cierre de este trabajo se ha publicado nueva legislación europea sobre el mercado de la electricidad que incide, aunque poco, en el régimen de la energía eléctrica procedente de fuentes renovables. Me refiero al Reglamento (UE) 2024/1747 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se modifican los Reglamentos (UE) 2019/942 y 2019/943 en relación con la mejora de la configuración del mercado de la electricidad de la Unión, y la Directiva (UE) 2024/1711 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por la que se modifican las Directivas (UE) 2018/2001 y 2019/944 en relación con la mejora de la configuración del mercado de la electricidad de la Unión (DOUE núm. 1747, de 26 de junio de 2024).

así como de la actividad de regulación de los organismos públicos que supervisan los mercados.

Asimismo, la sobrerregulación incide de manera negativa en el ejercicio de las facultades que la legislación reconoce a personas físicas o jurídicas, porque dificulta la accesibilidad del derecho; una sobrerregulación que, todo sea dicho, se acrecienta a su vez por la propia expansión del derecho europeo, y no solo en los ámbitos de la energía.

Otras veces las posibilidades de ejercicio de derechos y facultades se truncan sin que existan cambios normativos sustanciales o un exceso de regulación. Se frustran por una normativa de baja calidad —por su alta complejidad, pongamos por caso— que implica graves dificultades de aplicación de las reglas jurídicas al caso concreto por parte de las autoridades competentes. Igualmente se puede hablar de riesgo normativo cuando existe una gestión pública deficiente del marco jurídico ordenador de un sector que afecta de manera directa a las expectativas que ese mismo marco ha generado.

Con este panorama aumentan los costes de cumplimiento normativo, las infracciones y la conflictividad administrativas, así como una judicialización excesiva de la interpretación de las reglas jurídicas; y, en el caso específico que aquí nos ocupa, crecen los obstáculos a la transición energética indispensable para ralentizar el cambio climático y superar, en los tiempos actuales, la crisis energética.

Por consiguiente, los derechos subjetivos que reconoce el derecho objetivo tienden a ser inestables por la falta o debilidad de las garantías de la efectividad de su ejercicio. Y ello afecta a la confianza legítima en los reguladores. Los mayores riesgos normativos son la degradación de la seguridad jurídica, la desconfianza y la carencia de credibilidad de la legislación. El principio constitucional de seguridad jurídica exige unos requisitos mínimos de calidad del sistema normativo, el cual ha de ofrecer certeza y garantías de las expectativas jurídicas reconocidas por el derecho positivo.

Con todo, como se pondrá de relieve en este trabajo, en los últimos años la Unión Europea atiende a los riesgos que, para la efectividad los derechos subjetivos, puede implicar la concurrencia de autoridades de diferentes niveles gubernamentales en procedimientos administrativos superpuestos para el otorgamiento de un único título jurídico habilitante, es decir, para lograr una única resolución administrativa en un procedimiento complejo gestionado por diferentes administraciones públicas. La presencia de intereses públicos y privados en contradicción es una constante en cualquier procedimiento administrativo, mucho más cuando nos situamos en el sector de las energías renovables ante procedimientos de alta complejidad con intereses de titularidad de las distintas administraciones implicadas en razón de las respectivas competencias sectoriales (medio ambiente, energía, agua, ordenación del territorio y urbanismo, entre otras), con, además, una considerable falta de coordinación y colaboración entre ellas.

Ello me lleva a cuestionar seriamente si el reparto constitucional y estatutario de competencias materiales entre las diferentes administraciones que componen un

Estado multinivel como el nuestro —atendiendo, por supuesto, al ámbito de autonomía correspondiente para la gestión de los respectivos intereses públicos—, puede generar importantes riesgos para el ejercicio de los derechos subjetivos que reconoce o regula el ordenamiento jurídico. La intervención de diversas administraciones y órganos para la gestión del cúmulo de trámites previstos en las normas jurídicas incide en las iniciativas y la confianza de los operadores económicos, sobre todo por el alto coste de las cargas administrativas de los preceptivos títulos habilitantes ya sea para las instalaciones energéticas ya sea para las actividades vinculadas a las mismas.

A partir de este contexto, el presente trabajo pretende describir la reciente legislación europea aplicable al sector de las energías de fuentes renovables y, en particular, las medidas jurídicas excepcionales adoptadas por la Unión ante la situación de emergencia energética causada por la invasión rusa de Ucrania. Las medidas urgentes se orientan de manera directa al crecimiento y expansión de las energías renovables en un plazo breve de tiempo y en todo el territorio de la Unión, ante la situación extraordinaria de un posible desabastecimiento energético por los sucesivos conflictos bélicos. Por consiguiente, gran parte de ellas están orientadas a la racionalización administrativa, si bien la concurrencia de distintos instrumentos legislativos para idénticas medidas merece más de una crítica.

2. CALIDAD NORMATIVA Y RACIONALIDAD ADMINISTRATIVA: INSTRUMENTOS CONOCIDOS Y SECTORIALMENTE INSUFICIENTES

Las técnicas e instrumentos conocidos para mejorar la calidad de las normas son la simplificación y la reducción de cargas administrativas, así como la evaluación de impacto normativo.

La técnica, incluso el principio jurídico, de la simplificación administrativa ha de realizarse considerando el marco jurídico en el que se asienta porque la política pública de reforma o de mejora de la calidad de la regulación, con la que engarza la simplificación de procedimientos y de trámites administrativos, proviene de su inclusión en las agendas políticas internacionales, nacionales y regionales por imperativos económicos, con una cultura jurídica algo alejada entre sí.

De hecho, la simplificación administrativa es un objetivo en sí mismo —un objetivo global, podría decirse— para cuya consecución se articulan estrategias, programas y acciones públicas cuyos orígenes coinciden, en parte, con la *Regulatory Reform* gestada en Estados Unidos de América en los años setenta y ochenta del siglo pasado. También en los pasados noventa, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) señaló la necesidad de abordar la reducción de barreas normativas y, con ello, la mejora de las normas, con el fin de mejorar la competitividad empresarial y estimular el crecimiento económico global.

Algo más tarde, la reforma regulatoria se traslada desde los EEU a la Unión Europea en una suerte de préstamo legal *(legal borrowing*) y como clara manifestación

de hibridación (*hibridization*) —según las acertadas expresiones de Wienere— que culminará con las conocidas políticas europeas *Better Regulation* y *Smart Regulation*. Con estas estrategias comunitarias enlazan la simplificación y la reducción de cargas administrativas, ambas orientadas a la mejora de la calidad normativa en términos de eliminación de barreras burocráticas. En este escenario tuvo un papel protagonista la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, a la que dedicamos muchas horas de estudio en su momento. Es muestra clara de que los procesos de simplificación administrativa llevados a cabo por la Unión y los Estados miembros se han visto renovados de manera sucesiva a lo largo de 20 años.

Ahora bien. Como se pondrá de relieve en las páginas sucesivas, la nueva llamada de la Unión Europea a la mejora de la calidad normativa mediante una mayor simplificación administrativa demuestra que en el sector estratégico de las energías renovables que la reducción de trámites y cargas administrativas no ha sido suficiente. La Unión no solo pretende mayor reducción de trámites para una mayor racionalización de los procedimientos de autorización de instalaciones de energías de fuentes renovables. El legislador europeo va más allá y lleva a cabo una ponderación entre los intereses jurídicos presentes, en particular entre la protección medioambiental y la aceleración de las energías renovables, priorizando la segunda sobre la primera, con la previsión de presunciones legales a favor de las energías renovables. De ahí emergen, sin duda alguna, considerables riesgos normativos para el medio ambiente.

La ponderación de intereses públicos en liza debería llevarse a cado a través de otra de las técnicas nucleares de la política de calidad normativa, esto es, la evaluación de impacto normativo. A grandes rasgos, esta evaluación consiste en un proceso de análisis holístico de los diferentes impactos de las normas jurídicas, entre ellos la incidencia en la efectividad de los derechos subjetivos y la tutela de los intereses afectados por las medidas normativas; en el caso que nos ocupa, el proceso analítico debería buscar el equilibrio entre la protección ambiental y la transición energética. En este sentido, las evaluaciones de impacto, debidamente documentadas en los correspondientes informes o memorias, deberían considerar también la perspectiva ambiental; ya en 2017 la Comisión Europea estableció que las evaluaciones de impacto de las iniciativas legislativas europeas incluirían la valoración de los efectos ambientales. [5]

La evaluación de las incidencias de las medidas del Reglamento (UE) 2022/2577 del Consejo, de 22 de diciembre de 2022, por el que se establece un marco para acelerar el despliegue de energías renovables, lo encontramos en el Informe de la Comisión al Consejo sobre la revisión de este Reglamento europeo. En particular, en relación con el impacto de las medidas normativas en el medio ambiente, en el Informe se afirma que: «Por lo que se refiere a las preocupaciones expresadas en relación con la amplia aplicación de la disposición [artículo 3] y el impacto que ello puede tener en el elevado nivel de protección del medio ambiente, la Comisión recuerda que la pre-

[5] Véase la guía de la Comisión Europea *Better Regulation Guidelines* (2017) y, también, la más reciente de 2021, *Better Regulation guidelines. Commission staff working document*, SWD(2021) 305 final.

sunción de interés público superior a favor de las energías renovables es refutable, lo que significa que las autoridades responsables de la concesión de autorizaciones y los tribunales pueden no aplicarla cuando existan pruebas claras de que dichos proyectos tienen efectos adversos importantes sobre el medio ambiente que no podrán mitigarse ni compensarse. Además, los Estados miembros podrán limitar su aplicación a ciertas tecnologías y ámbitos específicos».[6]

3. MEDIDAS RECIENTES DEL DERECHO EUROPEO PARA RACIONALIZAR LOS PROCESOS DE CONCESIÓN DE AUTORIZACIONES DE ENERGIAS RENOVABLES

3.1. El fundamento: crisis climática, crisis energética y el principio «primero, la eficiencia energética»

De conformidad con el artículo 194.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la promoción de las energías renovables es uno de los objetivos de la política energética europea. Sobre esta base, durante los últimos años la Unión ha aprobado diferentes textos legislativos con medidas jurídicas específicas orientadas a aumentar la producción de energía a partir de fuentes renovables. En origen, tales medidas están encaminadas a la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero y al cumplimiento de los acuerdos internacionales sobre el cambio climático, así como del marco europeo en materia de clima y energía.

Con la invasión rusa a Ucrania a finales de febrero del 2022, la Unión Europea se sitúo ante una amenaza real de falta de energía fósil por la reducción sin precedentes del suministro de gas procedente de Rusia y ante un incremento de los costes energéticos que amenazaba el suministro energético del conjunto de la Unión. En respuesta a esa nueva coyuntura, el 8 de marzo de 2022 la Comisión Europea publicó la Comunicación «*Repower EU: Acción conjunta para una energía más asequible, segura y sostenible*», con la rotunda voluntad de acelerar las energías renovables en la generación de electricidad. En este contexto, para incrementar el ritmo de despliegue a corto plazo de este tipo de energía y superar la crisis energética consecuencia del conflicto bélico, el Consejo dio un paso más y adoptó un conjunto de medidas excepcionales mediante el citado Reglamento (UE) 2022/2577, de 22 de diciembre, por el que se establece un marco para acelerar el despliegue de energías renovables.

Al mismo tiempo, el Consejo proyectó modificaciones específicas de la Directiva (UE) 2018/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, sobre energías renovables, con el fin, entre otros, de que los Estados miembros diseñaran áreas territoriales dedicadas a las energías renovables con procesos de autorización abreviados y simplificados en zonas con menores riesgos ambientales o con daños ambientales compensables. Las modificaciones se aprobaron con la Directiva

[6] Informe de la Comisión: Bruselas, 28.11.2023 COM(2023) 764 final, p. 12.

(UE) 2023/2413 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de octubre de 2023,[7] cuyo plazo de transposición finaliza el 21 de mayo de 2025, salvo para algunas medidas concretas, que se alarga hasta el 21 de noviembre de 2025 y, para otras, hasta el 21 de febrero de 2026.

Gran parte de las nuevas previsiones europeas inciden en la constatación de que los procedimientos administrativos son un impedimento para el despliegue rápido de las energías renovables indispensable para mitigar los efectos de la crisis climática y, más recientemente, de la crisis energética. Por ello, establecen mandatos orientados a una mayor racionalización administrativa a través de instrumentos bien conocidos, como las mencionadas simplificación y reducción de cargas burocráticas, así como la previsión de plazos breves de resolución de los procedimientos de autorización. Tales mandatos muestran, sin duda alguna, el escaso éxito o el insuficiente resultado que en el sector de las energías renovables han tenido idénticas medidas contemplada en el pasado, como he señalado con anterioridad. Siguen siendo muchas las exigencias de proporcionalidad, simplificación y eficiencia administrativas —incluso, normativas— que constan en la más reciente legislación europea relativa al sector energético renovable.

> En este sentido, la Directiva UE 2018/2001, de 11 de diciembre de 2018, modificada por la Directiva (UE) 2023/2413, de 18 de octubre, ordena a los Estados miembros que sus normas jurídicas «relativas a los procedimientos de autorización, certificación y concesión de licencias que se aplican a las instalaciones y redes conexas de transporte y distribución para la producción de electricidad, calor o frío a partir de fuentes renovables, al proceso de transformación de la biomasa en biocarburantes, biolíquidos, combustibles de biomasa u otros productos energéticos y a los combustibles renovables de origen no biológico, sean proporcionadas, necesarias y contribuyan al cumplimiento del principio "primero, la eficiencia energética"» (art. 15.1, apartado primero).[8]

Este principio europeo se introdujo por el Reglamento (UE) 2018/1999, del Parlamento europeo y del Consejo, de 11 de diciembre, sobre la gobernanza de la Unión de la Energía y de la Acción por el Clima y en la Directiva (UE) 2018/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre, relativa a la eficiencia energética.[9] En concreto, el Reglamento sobre la gobernanza define el principio «primero, la eficiencia energética» como «el principio por el cual en las decisiones de planificación, estrategia e inversión en materia de energía se deben tener plenamente en cuenta medidas alternativas en materia de eficiencia energética que sean eficientes en costes y que permitan dotar de mayor eficiencia a la demanda y el suministro de energía, en particular mediante ahorros de energía en el uso final eficientes, iniciativas para la respuesta de la demanda y una transformación, transporte y distribución más eficiente de la energía, y que permitan alcanzar aun así los objetivos de dichas decisiones» (art. 2.18).

---

[7] por la que se modifican la Directiva (UE) 2018/2001, el Reglamento (UE) 2018/1999 y la Directiva 98/70 en lo que respecta a la promoción de energía procedente de fuentes renovables y se deroga la Directiva (UE) 2015/652 del Consejo.

[8] En redacción dada por la Directiva (UE) 2023/2413, de 18 de octubre.

[9] Véase también la Recomendación (UE) 2021/1749 de la Comisión, de 28 de septiembre de 2021, «sobre el principio de "primero, la eficiencia energética": de los principios a la práctica - Directrices y ejemplos para su aplicación en la toma de decisiones en el sector de la energía y más allá».

Este principio orienta el conjunto de medidas jurídicas previstas en la última legislación europea adoptada, con el propósito común de acelerar los procesos de concesión de autorizaciones de energía renovable, a través de las técnicas de simplificación y de reducción de cargas administrativas, ante lo que podríamos calificar de un «derecho deficiente» de la energía renovable, al menos en lo que a la tramitación de los títulos habilitantes se refiere. En otros términos, la Unión impone que la racionalidad y la eficiencia administrativas deben estar al servicio de la eficiencia energética.

Veamos a continuación las nociones centrales del reciente derecho europeo para, con posterioridad, atender a las concretas medidas normativas, las cuales pueden clasificarse en dos grupos: por una parte, las medidas estables y perdurables al largo plazo, y, por otra, las medidas temporales y excepcionales para un periodo de tiempo corto.

3.2. La definición europea de «energía renovable» y de «proceso administrativo de concesión de autorización»

La Directiva (UE) 2023/2413 del Parlamento Europeo y del Consejo define la energía renovable como «la energía procedente de fuentes renovables no fósiles, es decir, energía eólica, energía solar (solar térmica y solar fotovoltaica) y energía geotérmica, energía osmótica, energía ambiente, energía mareomotriz, energía undimotriz y otros tipos de energía oceánica, energía hidroeléctrica, y energía procedente de biomasa, gases de vertedero, gases de plantas de depuración y biogas» (art. 1 por el que se modifica el art. 2, párrafo segundo, de la Directiva (UE) 2018/2001).

Por su parte, el Reglamento (EU) 2022/2577 del Consejo, de 22 de diciembre, define el proceso de concesión de autorizaciones como el proceso administrativo que comprende: «a) todas las autorizaciones administrativas pertinentes expedidas con el fin de construir, repotenciar y explotar instalaciones para la producción de energía procedentes de fuentes renovables, incluidas las bombas de calor, las instalaciones de almacenamiento de energía coubicadas y los activos necesarios para su conexión a la red, incluidas las autorizaciones de conexión a la red y las evaluaciones medioambientales que se requieran», y, «b) todos los trámites administrativos que comiencen a partir del acuse de recibo de la solicitud completa por parte de la autoridad pertinente y finalicen con la notificación por parte de la autoridad pertinente de la decisión definitiva sobre el resultado del proceso» (art. 2.1).

La definición europea de lo que se entiende por proceso administrativo de autorización, esto es, la agrupación secuencial de trámites y actuaciones de competencia de distintas Administraciones públicas con responsabilidades de intervención sectorial en materia de energías renovables encaja poco con la noción básica de procedimiento que contiene nuestra legislación vigente, en concreto con la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas. [10]

[10] Téngase en cuenta que, entre nosotros, el Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas

Pero quizás la Unión Europea sobrepasa la mera idea de simplificación administrativa, incluso de la tramitación de urgencia de los procedimientos. Lo que en realidad parece estar regulando es un auténtico procedimiento de carácter interadministrativo de concesión de autorizaciones de energías renovables; de ahí la expresión «proceso administrativo». Este proceso específico deberá tramitarse de manera conjunta y coordinada entre las diferentes instancias administrativas con competencias de intervención y control sobre el concreto proyecto energético, lo que implicará algo más que una mera racionalización administrativa. Supondrá eliminar la superposición de procedimientos de carácter habilitante repartidos entre distintos niveles de administración pública hasta obtener la resolución de la autorización definitiva para la instalación, la producción o el almacenamiento de energía eléctrica renovable.

Ahora bien. Esta forma de actuar podría conllevar una alteración del marco competencial de las distintas administraciones públicas en los Estados miembros descentralizados como el nuestro, salvo que existiera la voluntad expresa e indiscutible de cada una de ellas de integrar sus respectivas actuaciones y trámites en un procedimiento de competencia interadministrativa, evitando de esta manera solapamientos y dilaciones en la tramitación de los títulos habilitantes; y, como no, de posibles debates constitucionales sobre afectaciones competenciales. No cabe duda de que ello requiere de un apropiado marco de cooperación y colaboración administrativa, complejo en la práctica, si bien el recurso a la digitalización podría ayudar a superar reticencias y dificultades. Conocemos experiencias a partir de las autorizaciones ambientales integradas a las que tanta atención prestó parte de nuestra doctrina, y, también, experiencias de tramitación unificada a partir de puntos de contacto o ventanillas únicas, las cuales intentó generalizar, sin demasiado éxito, la antes mencionada Directivas de Servicios de 2006. [11]

---

y sociales de la guerra en Ucrania, dispone que, respecto de la simplificación de los procedimientos de autorización de los proyectos de generación mediante energías renovables competencia de la Administración General del Estado, declarados de urgencia por razones de interés público, será de aplicación la reducción de plazos y demás efectos establecidos por el artículo 33 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de decir, tramitados con carácter de urgencia. Además, establece la obligación de efectuar de manera conjunta la tramitación y resolución de las autorizaciones previa y de construcción definidas, acumulándose los trámites de información y de remisión del proyecto de ejecución a las distintas Administraciones, organismos o, en su caso, empresas de servicio público o de servicios de interés general en la parte de la instalación que pueda afectar a bienes y derechos a su cargo, y simultaneándose con el trámite de información pública. El procedimiento para los proyectos para los que los promotores hayan solicitado su declaración como de utilidad pública se acumulará en sus trámites equivalentes a este procedimiento. Tras ello, el área funcional o, en su caso, dependencia de Industria y Energía dará traslado inmediato del expediente y de su informe a la Dirección General de Política Energética y Minas a efectos de resolución (art. 7).

Otra rectificación que realizar es a la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental, para priorizar el despacho de los expedientes que correspondan a proyectos de generación mediante energías renovables ubicados en zonas de sensibilidad baja y moderada conforme a la «zonificación ambiental para la implantación de energías renovables» (art. 6).

[11] Como ejemplo de experiencia resaltable, puedo traer a colación la actuación de la Oficina de Gestión Empresarial (OGE) de la Generalitat de Catalunya, que funciona como único punto de tramitación para las empresas; mediante la resolución inmediata, la simplificación de los trámites y las nuevas

La medida simplificadora y racionalizadora que implica el diseño de un proceso administrativo único para la autorización de energías renovables encaja con los requerimientos de mejora de la calidad normativa ante la urgencia de expandir este sector energético para hacer frente a la crisis climática y, en la actualidad, a la crisis energética.

Sin embargo, lo que no casa bien con la mejora regulatoria es la coexistencia, durante un mismo periodo de tiempo, de dos normas europeas para el fomento y aceleración de este sector energético: la Directiva (UE) 2023/2413, que establece medidas estables, y el Reglamento (UE) 2024/223, de 22 de diciembre, que modifica el Reglamento (UE) 2022/2577, el cual contempla medidas excepcionales, con previsiones solo coincidentes parcialmente. En mi opinión, esta concurrencia normativa añade mayor complejidad a la interpretación y aplicación del derecho europeo de las energías renovables tanto para los operadores económicos como para las instancias públicas competentes de los Estados miembros. Este trabajo intenta ofrecer algo de claridad.

3.1. La concurrencia de medidas normativas europeas ante la emergencia energética

3.1.1. El régimen permanente con medidas estables a largo plazo

A. La zonificación territorial de las energías renovables

Para regular el diseño de las zonas territoriales necesarias para las contribuciones nacionales al logro del objetivo global de la Unión para el 2030 en el sector renovable, la Directiva (UE) 2023/2413 introduce un nuevo art. 15 *ter* en el texto de la Directiva (UE) 2018/2001. El precepto obliga a los Estados miembros, a más tardar el 21 de mayo de 2025, a llevar a cabo una cartografía coordinada del despliegue de este tipo de energías en su territorio a fin de determinar el potencial nacional y las zonas terrestres, ubicadas en la superficie y en el subsuelo, y en las zonas marítimas o de aguas interiores disponibles, para las necesidades de instalación de plantas de energía renovables y sus infraestructuras de evacuación, como la red y las instalaciones de almacenamiento que sean necesarias para cubrir al menos sus contribuciones nacionales al mencionado objetivo europeo. Para estas finalidades, los Estados miembros podrán utilizar los planes de ordenación territorial existentes, incluidos los planes de ordenación del espacio marítimo, garantizándose en todo caso la coordinación entre todas las autoridades nacionales, regionales y locales, así como los operadores de redes.

Para la distribución territorial de la energía renovable la misma Directiva europea añade varias medidas —con la incorporación de los correspondiente artículos—, como la planificación de zonas de aceleración renovable, como subconjunto de zonas, para uno o más tipos de fuentes de energía renovable (art. 15 *quater)*; planificación que deberá estar finalizada por las autoridades competentes a más tardar el 21 de

---

tecnologías da servicio al sector empresarial y profesional, facilitándoles el cumplimiento de los trámites y obligaciones ante la Administración autonómica y las administraciones locales adheridas.

febrero de 2026 y en la que deberá garantizarse la participación pública, e, incluso, con aceptación pública mediante la participación directa de las comunidades locales en dicha planificación (art. 15 *quinquies*). Así también, los Estados miembros podrán adoptar planes para designar áreas de infraestructuras de red específicas y de almacenamiento necesarias para integrar la energía renovable en el sistema eléctrico en las que no se prevea que la ejecución de los proyectos tenga un impacto ambiental significativo; un impacto ambiental que pueda mitigarse o, en su defecto, compensarse de manera debida. Estas áreas apoyarán y complementarán las zonas de aceleración de renovables (art. 15 *sexies*).

Esta modalidad de zonificación territorial supone una medida normativa de la Unión orientada a la racionalización de los usos del territorio como recurso escaso de los Estados miembros. Incentiva la distribución territorial en cada Estado miembro —y, de las comunidades autónomas en nuestro caso— de las instalaciones energéticas, atendiendo por supuesto a su idoneidad, es decir, a la existencia de la necesaria fuente renovable (sol o viento), de tal manera que los otros usos, como el uso agrario, y el patrimonio natural o el paisaje, como intereses jurídicos asimismo protegibles, no se vean comprometidos en exceso por grandes instalaciones de energía renovable. En otros términos, nos situamos ante medidas normativas de reparto territorial, social y ambiental de los costes de la transición energética.

B. Reglas y principios fundamentales del proceso administrativo de concesión de autorizaciones

Como he avanzado, la Directiva (UE) 2018/2001, de 11 de diciembre, tiene por finalidad la reducción de los costes de las inversiones en energías renovables. Para lograr tal objetivo, introduce un mandato de proporcionalidad de administrativa e insta a los Estados miembros a que modifiquen los requisitos y procedimientos previstos por el derecho nacional para que sean procesos administrativos ágiles y rápidos que permitan autorizar con éxito instalaciones de energías renovables. La Unión considera que el procedimiento para la autorización y concesión de licencias a tales instalaciones «debe ser objetivo, transparente, no discriminatorio y proporcionado cuando se apliquen las reglas a proyectos específicos» (Considerando 43). El mandado de proporcionalidad administrativa se refuerza con la aprobación de la más reciente Directiva (UE) 2023/2413, de 18 de octubre.

La Unión también recomienda la fijación de plazos claros para las decisiones a adoptar por las autoridades nacionales competentes, así como una tramitación procedimental más eficiente para lo que sugiere facilitar manuales de procedimientos administrativos a los promotores de proyectos y a los ciudadanos que deseen invertir en energías renovables y ayudarles así a su interpretación. Para el caso de las pymes y la ciudadanía, propone simplificar los trámites para notificar al órgano competente las conexiones a la red en el caso de los proyectos de energías renovables de menor envergadura, incluidos los descentralizados, como las instalaciones de cubiertas fotovoltaicas. Asimismo, ordena racionalizar los trámites de la concesión de permisos para repotenciar las instalaciones de energías renovables existentes.

En concreto, los Estados miembros han de adoptar las medidas legales y administrativas adecuadas para garantizar que: a) los procedimientos administrativos se simplifiquen, se aceleren en el nivel administrativo adecuado y se fijen plazos previsibles; b) las normas relativas a la autorización, la certificación y la concesión de licencias sean objetivas, transparentes y proporcionadas, no discriminen entre solicitantes y tengan en cuenta las peculiaridades de cada tecnología de las energías renovables; c) las tasas administrativas pagadas por los consumidores, los planificadores, los arquitectos, los constructores y los instaladores y proveedores de equipos y sistemas sean transparentes y proporcionales a los costes; y, d) se instauren procedimientos de autorización simplificados y menos onerosos, incluido un procedimiento de notificación simple para los equipos descentralizados, para la producción y el almacenamiento de energía procedente de fuentes renovables (art. 15.1).

Por otra parte, las autoridades nacionales deben definir de manera clara cualquier especificación técnica que deban respetar los equipos y sistemas de energías renovables para poder beneficiarse de los sistemas de apoyo. Cuando existan normas europeas, como las etiquetas ecológicas y las energéticas y otros sistemas de referencia técnica establecidos por los organismos europeos de normalización, las especificaciones técnicas se expresarán en los términos de dichas normas y no impondrán el lugar de certificación de los equipos y sistemas, y no impedirán el correcto funcionamiento del mercado interior (art. 15.2).[12] Además, promoverán los ensayos de tecnología innovadora de energía renovable para producir, intercambiar y almacenar energía renovable en proyectos piloto en un entorno real, durante un periodo de limitado, de conformidad con el derecho europeo aplicable y acompañado de salvaguardas adecuadas para garantizar el funcionamiento seguro del sistema energético y evitar un impacto desproporcionado en el mercado interior (art. 15.2 *bis*).[13]

Los Estados miembros deben garantizar asimismo que las autoridades competentes de todos los niveles gubernamentales incluyan disposiciones para la integración y el despliegue de las energías renovables —así como para el autoconsumo y las comunidades energéticas— a la hora de planificar, diseñar, construir y renovar infraestructuras urbanas, zonas industriales, comerciales o residenciales e infraestructuras energéticas, incluidas las redes de electricidad, los sistemas urbanos de calefacción y refrigeración, las redes de gas natural y las de combustibles alternativos (art. 15.3).[14] En el sector de la construcción, introducirán las medidas adecuadas en sus normas y códigos de construcción para aumentar la cuota de energía de fuentes renovables (art. 15.4).[15]

A continuación, la Directiva (UE) 2023/2413, de 18 de octubre, establece los principios fundamentales para la racionalización del proceso administrativo de concesión de autorizaciones mediante una nueva redacción del art. 16 de la Directiva

---

[12] En redacción dada por la Directiva (UE) 2023/2413, de 18 de octubre.

[13] Apartado 2*bis* introducido en el art. 15 por la Directiva (UE) 2023/2413, de 18 de octubre.

[14] En redacción dada por la Directiva (UE) 2023/2413, de 18 de octubre.

[15] La Directiva (UE) 2023/2413, de 18 de octubre, incorpora además un art. 15*bis*, relativo a la integración de la energía renovable en los edificios.

(UE) 2018/2001, en la misma línea que el citado Reglamento (UE) 2022/2577 del Consejo. En concreto dispone que el procedimiento debe englobar los correspondientes permisos para construir, repotenciar y explotar plantas de energía renovable, incluidas las que combinan distintas fuentes, bombas de calor, y almacenamiento de energía, en coubicación, incluidas las instalaciones eléctricas y térmicas, así como los activos necesarios para la conexión de dichas plantas, bombas de calor y almacenamiento a la red, y para integrar las energía renovables en las redes de calefacción y refrigeración, también los permisos de conexión a la red y, cuando sean necesarias, las evaluaciones ambientales. El procedimiento debe comprender todas las etapas administrativas, desde el reconocimiento de que la solicitud de autorización está completa hasta la notificación de la resolución final por parte de la autoridad o autoridades competentes (art. 16.1).

En cuanto a los plazos de resolución, ordena un plazo máximo de 30 días desde la recepción de la solicitud de autorización de plantas de energías renovables situadas en zonas de aceleración renovable para que la autoridad competente se pronuncie sobre si la solicitud está completa o si la persona solicitante debe completarla sin demora; para las solicitudes de plantas de energía renovable situada fuera de las zonas de aceleración renovable, el plazo será de un máximo de 45 días. La fecha de declaración de que la solicitud correspondiente esta completa se considerará la fecha de inicio del procedimiento de autorización (art. 16.2).

Además, la reciente Directiva europea insta a los Estados miembros a designar uno o varios puntos de contacto para ordenar y facilitar, a petición de la persona solicitante, todo el procedimiento de solicitud y de concesión de autorizaciones, guiándola a lo largo de la tramitación —en las etapas relacionadas con la protección ambiental inclusive—, y suministrándole la información necesaria hasta que las autoridades competentes adopten la resolución o resoluciones finales. Ello debe impedir que se exija a la persona solicitante contactar con más de un punto de contacto porque la ventanilla única implicará, en su caso, a todas las autoridades con alguna responsabilidad en el proceso. Será el punto de contacto el órgano responsable de garantizar el cumplimiento de los plazos del procedimiento de autorización. Para acelerar más la tramitación, los Estados miembros garantizarán, antes de 21 de noviembre de 2025, que todos los procedimientos de autorización se realicen en formato electrónico (art. 16.3). Será el punto de contacto único el órgano que pondrá el manual de procedimientos a disposición de los promotores de plantas de energías renovables, con información en línea indicando la ventanilla de contacto correspondiente atendiendo a la solicitud presentada, en el que se diferenciarán los proyectos a pequeña escala, los de autoconsumidores y los de las comunidades energéticas (art. 16.4). Los Estados serán responsables de que tanto el público en general como las personas solicitantes tengan un acceso fácil a procedimientos sencillos para la resolución de conflictos relativos a los procesos de autorización, incluidos mecanismos alternativos de resolución de conflictos (art. 16.5), así como que los recursos administrativos y judiciales que en su caso se interpongan en el contexto de cualquier proyecto de energía renovable, incluidos los recursos relacionados con aspectos ambientales, sean objeto de un procedimiento administrativo o judicial más rápido (art. 16.6).

Otras medidas permanentes introducidas por la Directiva (UE) 2023/2413, de 18 de octubre, se refieren a las particularidades de determinados procedimientos, como las relativas al de concesión de autorizaciones en zonas de aceleración renovable (art. 16 *bis*) y de autorizaciones fuera de zonas de aceleración renovable (art. 16 *ter*), así como normas para la aceleración del procedimiento de concesión de autorizaciones para la repotenciación (art. 16 *quater*), de autorizaciones para la instalación de equipos de energía solar (art. 16 *quinquies)* y de concesión de autorizaciones para la instalación de bombas de calor (art. 16 *sexies*).

Por último, se añaden también otras medidas y correspondientes preceptos en el texto de la Directiva (UE) 2018/2001 que no están relacionadas con los mandatos de racionalización administrativa, entre ellas, las relativas al apoyo a la integración de la electricidad renovable en el sistema (art. 20 *bis*); a la integración de la energía renovable en la industria (art. 22 *bis*); a las condiciones para la reducción del objetivo relativo al uso de los combustibles renovables de origen no biológico en el sector industrial (art. 22 *ter*); al incremento de energías renovables y reducción de la intensidad de gases de efecto invernadero en el sector del transporte (art. 25, con nueva redacción); a las normas de cálculo en el sector del transporte y en lo que respecta a los combustibles renovables de origen no biológico independientemente de su uso final (art. 27, con nueva redacción); a los criterios de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero para combustibles renovables de origen no biológico y combustibles de carbono reciclado (art. 29 *bis*); y, a la bases de datos de la Unión para el seguimiento de los combustibles renovables líquidos y gaseosos y los de carbono reciclado (art. 31 *bis*).

C. La presunción legal refutable de interés público superior: rivalidad y priorización entre intereses jurídicos presentes

Merece especial atención la medida normativa relativa a la presunción refutable de interés público superior. Esta presunción *iuris tantum* implica —como he señalado con anterioridad— una evaluación previa del legislador europeo para ponderar y priorizar los intereses públicos en presencia, algunos rivales entre sí; algo que, por otra parte, viene siendo habitual en el sector de las energías renovables desde la Directiva 2001/77/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa a la promoción de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables en el mercado interior de la electricidad, en la que se instaura la priorización del fomento de este tipo de energía como mecanismo para luchar contra el cambio climático.

A tenor del nuevo artículo 16 *septies* que incorpora la Directiva (UE) 2023/2413, de 18 de octubre:

> «A más tardar el 21 de febrero de 2024, hasta que se logra la neutralidad climática, los Estados miembros garantizarán que, en el procedimiento de concesión de autorizaciones, se presuma que la planificación, la construcción y la explotación de plantas de energía renovable, la conexión de dichas plantas a la red, la propia infraestructura de evacuación y los activos de almacenamiento son de interés público superior y contribuyen a la salud y la seguridad públicas a la hora de sope-

> sar intereses jurídicos en los casos individuales, a efectos del artículo 6, apartado 4, y el artículo 16, apartados 1, letra c), de la Directiva 92/43/CEE del Consejo [relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestre], el artículo 4, apartado 7, de la Directiva 2000/60/CE del Parlamento y del Consejo [por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas], y el artículo 9, apartado 1, letra a), de la Directiva 2009/147/CE del Parlamento Europeo y del Consejo [relativa a la conservación de las aves silvestres]. Los Estados miembros podrán restringir, en determinadas circunstancias debidamente justificadas, la aplicación del presente artículo a determinadas zonas de su territorio, a determinados tipos de tecnologías o a proyectos con determinadas características técnicas, de conformidad con las prioridades que figuran en sus planes nacionales integrados de energía y clima presentados con arreglo a los artículos 3 y 14 del Reglamento (UE) 2018/1999. Los Estados miembros informarán a la Comisión de dichas restricciones, al igual que de sus motivos».

Este precepto y medida normativa son casi idénticos al artículo 3 del Reglamento (UE) 2022/2577, de 22 de diciembre, al que me referiré más adelante.

D. Coordinación interadministrativa y suma de capacidades

La Unión Europea reclama la imprescindible coordinación entre administraciones públicas ante una patente falta de coordinación entre los diferentes organismos de autorización, lo que dificulta el despliegue de las energías renovables. Con este objetivo, y para orientar los autoconsumidores y las comunidades energéticas a lo largo del procedimiento de solicitud y concesión de permisos, recomienda establecer un punto de contacto administrativo, como los previstos en el antes mencionado artículo 16 de la misma Directiva, para reducir la complejidad para los promotores y, con ello, reducir cargas administrativas innecesarias. Como he indicado, los puntos de contacto únicos deben actuar de intermediarios en todo el procedimiento administrativo, de manera que el solicitante no esté obligado, a menos que prefiera hacerlo, a ponerse en contacto con otros órganos administrativos.

Es significativa también la medida que contempla la Directiva (UE) 2023/2413, de 18 de octubre, relativa al establecimiento por los Estados de un marco que incluya mecanismos que permitan afrontar las barreras que siguen existiendo para tener sistemas eléctricos seguros, adecuados y aptos para un alto nivel de energía renovable; en particular, para abordar las barreras que siguen existiendo, incluidas las de carácter no financiero, como la falta, por parte de las autoridades estatales, de suficientes recursos digitales y también recursos humanos para procesar el número creciente de solicitudes de permisos (Considerando 11). Incide, por consiguiente, en la necesidad de aumentar la capacidad humana y la digitalización de los trámites administrativos.

3.3.2. Las medidas urgentes y excepcionales para el período 2023 a 2025

A. El carácter temporal y adicional de las medidas de emergencia

Por su parte, el Reglamento (UE) 2022/2577, de 22 de diciembre, establece normas de emergencia con medidas jurídicas excepcionales y adicionales a las previstas en la Directiva (UE) 2018/2001. Por consiguiente, es legislación europea de carácter

temporal, aprobada de acuerdo con el principio de subsidiariedad (art. 5 del Tratado de la Unión Europea) dado que los objetivos perseguidos no pueden ser alcanzados de forma separada por los Estados miembros. Su validez se limita a 18 meses (hasta el 30 de junio de 2024), con una cláusula de revisión que ha permitido a la Comisión la posterior ampliación de alguna de las medidas excepcionales establecidas en el mismo. Esta ampliación se aprueba por el Reglamento (UE) 2024/223 del Consejo, de 22 de diciembre de 2023.

Tales medidas excepcionales se aplican únicamente a los procesos de concesión de autorizaciones que tuvieran su fecha de inicio en el periodo de aplicación del Reglamento europeo (o sea, hasta junio de 2024), si bien los Estados miembros podían aplicar algunas de las disposiciones a los procedimientos administrativos que no tuvieran aun resolución definitiva, siempre que la aplicación de las normas europeas respectara los derechos preexistente de terceros y sus expectativas legítimas, es decir, de todas las partes interesadas (Considerando 7).

Ello no obstante, algunas de las previsiones del Reglamento (UE) 2022/2577 tienen alcance más general, como la mencionada presunción refutable de que los proyectos de energías renovables son de interés público superior a efectos de la legislación ambiental pertinente, la introducción de aclaraciones sobre el ámbito de aplicación de determinadas directivas medioambientales, así como la simplificación del marco de autorización para la repotenciación de las instalaciones de producción de electricidad procedente de energías renovables de modo que se centre en los impactos derivados de las modificaciones o ampliaciones respecto al proyecto original (Considerando 4).

B. Simplificación, proporcionalidad y racionalización de procedimientos administrativos

Con la aprobación del Reglamento (UE) 2022/2577 la Unión insta de nuevo a los Estados miembros a garantizar procesos más rápidos y cortos de concesión de autorizaciones para determinados proyectos de instalaciones de energía renovable, como los de energía solar en estructurales artificiales, de menor complejidad que las instalaciones en suelo, siempre que se mantengan la estabilidad, fiabilidad y seguridad de la red (Considerando 10). Así pues, algunas de las medidas se aplican solo a tecnologías o tipos de proyectos específicos de este tipo de energía con mayor capacidad para acelerar a corto plazo el ritmo de despliegue de las fuentes de energía renovable en la Unión Europea (art. 1); entre ellos, los equipos solares en estructuras artificiales existentes e instalaciones solares a pequeña escala para los autoconsumidores individuales y los autoconsumidores colectivos como las comunidades locales de energía.

En concreto, el Reglamento (UE) 2022/2577 ordena que el proceso de concesión de autorizaciones para la instalación de equipos de energía solar y los activos de almacenamiento de energía coubicados, incluidas las instalaciones solares integradas en edificios y los equipos de energía solar en tejado, en estructuras artificiales existentes o futuras —con exclusión de las superficies de masas de aguas superficiales—, no

exceda de los 3 meses, siempre que el objetivo principal de estas estructuras no sea la producción de energía solar. Por lo general, estas instalaciones de equipos de energía solar estarán exentas del requisito, si fuera aplicable, de que se realice una evaluación de impacto ambiental. Los Estados pueden excluir determinadas zonas o estructuras de estas exenciones y plazo reducido de resolución por razones de protección del patrimonio cultural e histórico o por razones relacionadas con intereses de defensa o seguridad nacional. Por último, establece un régimen de silencio administrativo positivo para los procesos administrativos relativos a instalaciones de capacidad igual o inferior a 50 kW, en cuyo caso la falta de respuesta por parte de las autoridades competentes en el plazo de 1 mes a partir de la solicitud dará lugar a que el permiso se considere concedido, siempre que la capacidad de los equipos de energía solar no supere la capacidad existente de conexión a la red de distribución (art. 4).

En lo que se refiere al proceso de autorización para la repotenciación de las instalaciones de producción de electricidad procedente de energías renovables, no excederá de 6 meses, incluidas las evaluaciones de impacto ambiental cuando así lo exija la legislación pertinente. El plazo será de 3 meses para las conexiones a la red de transporte o distribución cuando la repotenciación no dé lugar a un aumento de más del 15% de la capacidad de la instalación de producción de electricidad, a menos que existan motivos justificados de preocupación por razones de seguridad o que exista una incompatibilidad técnica de los componentes del sistema. En caso de ser necesaria una previa evaluación de impacto ambiental, esta se limitará a los posibles impactos significativos derivados de la modificación o la ampliación con respecto al proyecto original. Si no implica uso de espacio adicional y cumple con las medidas de mitigación aplicables a la instalación original, el proyecto quedará exento del requisito de evaluación de impacto ambiental (art. 5).

Por otra parte, para la aceleración del despliegue de bombas de calor, tanto en edificios como en la industria, se establece que el proceso administrativo de concesión de autorizaciones será simplificado y para instalaciones con una capacidad eléctrica inferior a 50 MW la resolución final no excederá de 1 mes y, en el caso de bombas de calor geométricas, de 3 meses (art. 7).

En todos los plazos anteriores (energía solar, repotenciación, y bombas de calor) al aplicar los mencionados plazos no se contabilizarán los ciertos periodos de tiempo, como, por ejemplo, el dedicado a los trámites administrativos necesarios para las mejoras significativas de la red requeridas para garantizar su estabilidad, fiabilidad y seguridad (art. 8).

C. De nuevo, las presunciones jurídicas refutables

Este tipo de presunción *iuris tantum* se introduce por el artículo 3 del Reglamento (UE) 2022/2577, según el cual «se presumirá que la planificación, construcción y explotación de centrales e instalaciones de producción de energía procedente de fuentes renovables y su conexión a la red, así como la propia red conexa y los activos de almacenamiento son de interés público superior y contribuyen a la salud y segu-

ridad públicas, al ponderar los intereses jurídicos de cada caso, a efectos del artículo 6, apartado 4, y el artículo 16, apartado 1, letra c), de la Directiva 92/43/CEE del Consejo [relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestre], el artículo 4, apartado 7, de la Directiva 2000/60/CE del Parlamento y del Consejo [por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas], y el artículo 9, apartado 1, letra a), de la Directiva 2009/147/CE del Parlamento Europeo y del Consejo [relativa a la conservación de las aves silvestres]. Los Estados miembros podrán restringir la aplicación de estas disposiciones a determinadas zonas de su territorio, así como a determinados tipos de tecnologías o a proyectos con determinadas características técnicas, de conformidad con las prioridades que figuran en sus planes nacionales integrados de energía y clima».

Continúa el precepto obligando a los Estados miembros a garantizar, al menos en el caso de los proyectos que se consideren de interés público superior, que, al ponderar los intereses jurídicos de cada caso en el proceso de planificación y concesión de autorizaciones, se dé prioridad a la construcción y explotación de centrales e instalaciones de producción de energía renovable y al desarrollo de la infraestructura de red conexa. Por lo que se refiere a la protección de las especies, la regla anterior solo deberá aplicarse en tanto en cuanto se adopten las medidas adecuadas de conservación de especies que contribuyan a mantener las poblaciones de esas especies en un estado de conservación favorable, o a restablecerlas a ese estado, y se destinen suficientes recursos financieros, además de zonas, a tal efecto.

Por tanto, la presunción de que los proyectos de energías renovables son de interés público superior, a efectos de la legislación ambiental europea, salvo que existan pruebas claras de que dichos proyectos tienen efectos adversos importantes sobre el medio ambiente que no puedan mitigarse ni compensarse, permite que tales proyectos se beneficien, de inmediato, de una evaluación simplificada de las excepciones específicas que se contemplan en dicha legislación medioambiental. Nos situamos ante una priorización legal entre intereses jurídicos concurrentes que realiza directamente el Consejo, priorización europea «con el fin de eliminar los cuellos de botella en el proceso de concesión de autorizaciones y en la explotación de instalaciones de energías renovables» (Considerando 9). Ahora bien, los Estados miembros pueden restringir la aplicación de esta presunción a determinadas partes de sus territorios o a determinadas tecnologías o proyectos

Como he adelantado, la previsión de esta categoría de presunción legal *iuris tantum* también se contempla —y con una redacción casi idéntica— en la Directiva (UE) 2023/2413 de 18 de octubre de 2023, de modificación de la Directiva (UE) 2018/2001 (art. 16 *septies)*.

D. Mitigación de daños ambientales y compensaciones monetarias

Los Estados miembros podrán eximir a los proyectos de energías renovables, así como a los proyectos de almacenamiento de energía y de red conexa necesaria para integrarlas en el sistema, de la evaluación de impacto ambiental exigible de acuer-

do con la legislación medioambiental europea, a condición de que el proyecto esté ubicado en una zona específica de energías renovables, si bien esta posibilidad es facultativa para los Estados miembros. En caso de exención ambiental, la autoridad nacional competente deberá garantizar, sobre la base de los datos existentes, que se apliquen medidas de mitigación adecuadas y proporcionadas a fin de garantizar el cumplimiento de las previsiones de las directivas ambientales europeas. A falta de tales medidas mitigadoras, la autoridad competente garantizará que el operador pague una compensación monetaria para programas de protección de las especies, a fin de garantizar el estado de conservación de las que se vean afectadas (art. 6).

3.3.4. Las medidas temporales que perduran hasta junio de 2025

El Reglamento (UE) 2022/2577 ha estado en vigor hasta el pasado 30 de junio de 2024 y parece haber contribuido a acelerar el ritmo de despliegue de las fuentes de energía renovable en la Unión, en particular mediante la racionalización de los procedimientos administrativos, aunque la aceleración no ha sido igual en todos los Estados miembros. También parece haber tenido un efecto de «sensibilización política acerca de la importancia de acelerar el proceso de concesión de autorizaciones de energía renovables», según señala el Considerando 10 del Reglamento (UE) 2024/223 del Consejo, de 22 de diciembre, que lo modifica y amplia la vigencia de algunas de las medidas excepcionales hasta el 30 de junio de 2025.

El fundamento de la extensión de un año más de las medidas temporales de emergencia se justifica por el Consejo en la elevada volatilidad y fragilidad del mercado, derivada, entre otras cosas, de las tensas circunstancias geopolíticas como la crisis de Oriente Próximo, por lo que persiste un grave riesgo de escasez de energía y a precios elevados en el sector en el conjunto de la Unión.

Pues bien. Con anterioridad he enfatizado la complejidad del marco normativo europeo de las energías renovables, entre otras razones por la concurrencia de dos normas con medidas parcialmente coincidentes en un mismo periodo de tiempo (hasta el 30 junio de 2025). La Directiva (UE) 2023/2413 del Parlamento Europeo y del Consejo, que modifica la Directiva (UE) 2018/2001, entró en vigor el pasado 20 de noviembre de 2023, un mes antes de aprobarse el Reglamento (UE) 2024/223 del Consejo, de 22 de diciembre, y contempla medidas normativas similares con vigencia hasta el año 2030 y más allá.[16]

La Comisión, después de llevar a cabo la revisión del Reglamento (UE) de 2022, concluyó que era necesario acelerar aún más el despliegue de las energías renovables y, ante la inseguridad del suministro energético, propuso la prórroga de la validez de algunas de sus disposiciones, en particular, de aquellas que son diferentes de las

[16] Véase, también, la reciente Recomendación (UE) 2024/1343 de la Comisión, de 13 de mayo de 2024, relativa a la aceleración de los procedimientos de concesión de autorizaciones para proyectos de energía renovable y de infraestructuras conexas.

medidas incluidas en la Directiva (UE) 2018/2001 y, por tanto, no suponen una duplicación. Así, las medidas normativas de la Directiva europea, modificada por la Directiva (UE) 2023/2413, serán aplicables de forma paralela al Reglamento (UE) de 2024, como medidas de emergencia adicionales durante un periodo de tiempo limitado.

Sin duda, esta situación normativa oscurece la claridad que la misma Comisión exige a la normativa interna de cada uno de los Estados miembros. La simultaneidad de las dos normas supone un reto de aplicación para las autoridades nacionales, así como para los operadores del sector y la ciudadanía. Además, existe una falta de coherencia entre ambas normas aprobadas casi de manera simultánea, lo que no responde a la exigida y exigible racionalidad normativa.

La incoherencia normativa se reconoce por el mismo Reglamento europeo: «Algunas de las medidas introducidas por el Reglamento (UE) 2022/2577 se incluyeron también en la Directiva (UE) 2018/2001 mediante la Directiva (UE) 2023/2413. Sin embargo, la Directiva (UE) 2023/2413 no reflejaba algunas de las medidas excepcionales incluidas en el Reglamento (UE) 2022/2577, lo que delimitaba el carácter excepcional y temporal de aquellas medidas. En su lugar, la Directiva introdujo un régimen permanente y estable a largo plazo para acelerar procedimientos de concesión de autorizaciones, que establece etapas y procedimientos específicos que requieren de un plazo de aplicación más largo. Los Estados miembros tienen la obligación de transponer a Directiva (UE) 2023/2413 a su legislación a más tardar el 21 de mayo de 2025, a excepción de algunas disposiciones relativas a los procedimientos de concesión de autorizaciones, que tienen una fecha de transposición temprana, a saber, el 1 de julio de 2024, que es inmediatamente después de la fecha de fin de la validez del Reglamento (UE) 2022/2577. Una vez transpuesta la Directiva (UE) 2023/2413, los proyectos de energías renovables se beneficiarán de las disposiciones introducidas por ella para racionalizar los procedimientos de concesión de autorizaciones» (Considerando 2).

Se prorrogan las medidas temporales que la Comisión considera que han tenido efectos positivos y que tienen un potencial de aceleración significativo, entre ellas:

— La presunción refutable de que los proyectos de energías renovables son de interés público superior y contribuyen a la salud y la seguridad públicas, a efectos de excepciones específicas previstas en la legislación medioambiental europea; ahora bien, no se prorroga la aplicación del artículo 3.1 del Reglamento (UE) 2022/2577, ya que dicha presunción refutable es aplicable en virtud del art. 16 *septies* de la Directiva (UE) 2018/2001.

Sin embargo, la medida del artículo 3, apartado 2 del Reglamento (UE) de 2022 no existe en la Directiva (UE) 2018/2001, por lo que se prorroga el art. 3.2 con una nueva redacción: «2. Los Estados miembros garantizarán, en el caso de los proyectos que consideren de interés público superior que, al ponderar los intereses jurídicos en cada caso en el proceso de planificación y concesión de autorizaciones, se dé prioridad a la construcción y explotación de centrales e instalaciones de producción de energía

procedente de fuentes renovables y al desarrollo de la infraestructura de red conexa. // Por lo que se refiere a la protección de especies, el párrafo primero solo debe ser aplicable en tanto en cuanto se adopten medidas adecuadas de conservación de especies que contribuyan a mantener las poblaciones de esas especies en un estado de conservación favorable, o a restablecerlas a ese estado, y se destinen suficientes recursos financieros, además de zonas, a tal efecto».

— Se inserta un nuevo artículo 3*bis* que incorpora una interpretación de «ausencia de soluciones alternativas o satisfactorias» a un proyecto de instalación de energía renovable o una infraestructura de red que resulte necesario para integrarlas en el sistema eléctrico;[17] se entenderá que no existen soluciones alternativas satisfactorias capaces de alcanzar el mismo objetivo que el proyecto en cuestión, en particular en términos de desarrollo de la misma capacidad de energía renovable, a través de la misma tecnología energética, en el mismo plazo o en un plazo similar, y sin costes significativamente superiores. En el caso de llevar a cabo medidas compensatorias para un proyecto de central o de instalación de energía renovable, y la correspondiente infraestructura de red, los Estados miembros podrán permitir que tales medidas compensatorias se lleven a cabo paralelamente a la ejecución del proyecto, a menos que existan pruebas evidentes de que un proyecto concreto afectaría de manera irreversible los procesos ecológicos esenciales para el mantenimiento de la estructura y las funciones del emplazamiento y pondría en peligro la coherencia global de la Red Natura 2000 antes de que las medidas compensatorias se pongan en marcha. Los Estados miembros podrán permitir que dichas medidas compensatorias se adapten con el tiempo, en función de si se espera que los efectos negativos importantes se produzcan a corto, medio o largo plazo.

— Se prorroga el artículo 5, con una nueva redacción del apartado 1, de acuerdo con la cual el proceso de concesión de autorizaciones de repotenciación de instalaciones de energías renovables existentes no excederá de 6 meses, incluidas las evaluaciones de impacto ambiental cuando así lo exija la legislación pertinente. Ahora bien, al aplicar los plazos a los que se refiere el artículo 5.1 no se contabilizarán en ellos los siguientes períodos de tiempo, excepto cuando coincidan con otros trámites administrativos del proceso de concesión de autorizaciones (art. 8 con nueva redacción):

---

[17] Según la Comisión, «existen dificultades a la hora de aplicar otra condición para aplicar excepciones específicas previstas en la legislación medioambiental de la Unión, a saber, el requisito relativo a la ausencia de otras soluciones alternativas. Dichas dificultades limitan la utilidad práctica de la presunción refutable de que los proyectos de energías renovables, su conexión a la red, la propia red conexa y los activos de almacenamiento son de interés público superior, pues demostrar que un proyecto no podría llevarse a cabo en otro lugar resulta un obstáculo considerable que hay que valorar en cada territorio de todo un país, y más aún si deben valorarse otras tecnologías de energías renovables. Por consiguiente (...) conviene especificar, a los efectos del presente Reglamento, cómo pueden alcanzarse tales condiciones para aplicar las excepciones específicas previstas en la legislación medioambiental de la Unión por lo que respecta al alcance de las condiciones alternativas pertinentes que deben valorarse» (Considerando 15).

a) el período de tiempo durante el cual se construyan o repotencien las instalaciones, sus conexiones a la red y, con vistas a garantizar la estabilidad, la fiabilidad y la seguridad de la red, la infraestructura de red necesaria conexa, y

b) el período de tiempo dedicado a los trámites administrativos necesarios para las mejoras significativas de la red requeridas para garantizar su estabilidad, fiabilidad y seguridad.

En suma, se prorrogan el artículo 1, el artículo 2, punto 1, el artículo 3, apartado 2, el artículo 3bis, el artículo 5, apartado 1, y los artículos 6 y 8.

Cuadernos de Derecho Regulatorio
Vol. 2 | 2024
Estudios I: El binomio agua y energía. pp. 115–132
Madrid, 2024
DOI: 10.37417/cudere/vol_2_2024_2675
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
© Christian Rojas Calderón
ISSN: 3020-6162

LA NUEVA ÉPOCA AMBIENTALIZADA DEL DERECHO DE AGUAS CHILENO, Y LAS EXIGENCIAS Y MEDIDAS DE ADAPTACIÓN DERIVADAS DE LA LEY MARCO DE CAMBIO CLIMÁTICO*

Christian Rojas Calderón**
Profesor Asociado de Derecho Administrativo
Universidad Andrés Bello (Chile)

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.– 2. EL SISTEMA JURÍDICO DEL DERECHO DE AGUAS EN CHILE: 2.1. Un régimen jurídico complejo: 2.1.1. Derecho de aguas general: A) Constitución Política de la República; B) Código de Aguas; C) Complementariamente, la Ley N° 19.880 de Bases de Procedimientos Administrativos (LBPA); D) Con creciente importancia, la Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA); 2.2.2. Derecho de aguas especial; A) Régimen jurídico del abastecimiento de agua potable, recogida de vertidos y saneamiento (urbano y rural); B) Otras regulaciones especiales.— 3. LA GRAN REFORMA AL RÉGIMEN GENERAL DE LOS RECURSOS HÍDRICOS CONTINENTALES: EL *NUEVO* CÓDIGO DE AGUAS A PARTIR DE LA LEY Nº 21.435 DE 2022 O LA *NUEVA ÉPOCA AMBIENTALIZADA* DEL DERECHO DE AGUAS CHILENO: 3.1. Consideraciones generales; 3.2. Del aprovechamiento del agua y sus funciones: 3.2.1. Reafirmación del carácter público de las aguas, y orientación a la función de satisfacción del interés público; 3.2.2. Reconocimientos de funcionalidades del agua, en especial las funciones ambientales; 3.3. Reservas y reasignaciones; 3.4. Nueva conceptualización y tratamiento de los DAA: 3.4.1. Nueva definición y temporalidad; 3.4.2. Medidas ante el *riesgo* en el ejercicio de los DAA; 3.4.3. Extinción de los DAA; 3.4.4. Planes Estratégicos de Recursos Hídricos en Cuenca (PERHC); 3.4.5. Otras.— 4. LA LEY MARCO DE CAMBIO CLIMÁTICO, Y EL ARTÍCULO 293 BIS DEL CÓDIGO DE AGUAS: 4.1. Fundamentos y su conexión con los PERHC del artículo 293 bis; 4.2. En este contexto, el Reglamento sobre planes estratégicos de recursos hídricos en cuenca (PERHC), sus consecuencias y lo que falta: 4.2.1. El Reglamento.– 4.2.2. Declaración expresa de no constituir un instrumento rector para la planificación hidrológica; 4.2.3. Consecuencias y lo que evidentemente falta.— 5. CONCLUSIONES.

* Este trabajo forma parte del Proyecto PID2021-128816OB-I00 «El binomio agua y energía: régimen jurídico de las concesiones hidroeléctricas y su necesaria revisión en un contexto de crisis energética y cambio climático necesaria revisión en un contexto de crisis energética y cambio climático (HYDROENERGY)» de la Universidad de Granada, apoyada por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (España).

** Correo electrónico: *christian.rojas@unab.cl*. ORCID: *0000-0001-6429-312X*

RESUMEN: El presente trabajo trata con cierta detención los cambios y avances que se han producido en la tradicional regulación de aguas chilena, en especial a partir del año 2022, profundizando su administrativización y ambientalizando dicha normativa. Y trata asimismo, de los efectos de otra regulación —Ley Marco de Cambio Climático—, y su conexión con la reforma de aguas en sus aspectos ambientales, particularmente acerca de un instrumento de adaptación al cambio climático como son los planes estratégicos de recursos hídricos en cuenca (PERHC); enjuiciándolos críticamente, tanto dichos planes como la reforma en general.

1. INTRODUCCIÓN

Luego de la gran reforma al Código de Aguas (CAg) producido en virtud de la Ley Nº 21.435 de 2022, el tradicional Derecho de Aguas chileno ha sido objeto de revisiones que le han permitido ampliarse y ambientalizarse, producto de lo cual se estima estaríamos en un proceso de modificación muy significativo.

Ello se debe también al desarrollo a nivel sublegal (por medio de Reglamentos dictados por la Administración) de muchas de sus disposiciones lo que ha ocurrido el 2023 y lo que llevamos de 2024, que han sido muy activos en la implementación de muchas de las cuestiones que se resolvieron legislativamente, para lo cual la autoridad sectorial del área —la Dirección General de Aguas—, durante todo el 2023 se preocupó de dictar reglamentos, y resoluciones de alcance general cuyo objetivo es implementar y facilitar a los operadores jurídicos la aplicación de la ley; dirigidos en primer término a sus propios funcionarios, los reglamentos, resoluciones, manuales y guías acerca de ello, son aplicadas también a los particulares indudablemente.

Finalmente, hay un tema clave que no ha tenido buen cierre como son los planes estratégicos en recursos hídricos en cuenca (PERHC), en ejecución de una norma del CAg, pero que tiene su fundamento en la Ley Nº 21.455 Marco de Cambio Climático, que incide en materia hídrica.

Luego, lo que haremos, será, entonces, repasar estos cambios o correcciones normativas; luego, ver el desarrollo de las reformas más significativas de esta gran reforma. Enseguida se dirá lo que es la planificación hidrológica que es la gran ausente, y al final, se enjuiciará brevemente uno de los reglamentos dictados al efecto, donde no hay planificación hidrológica sino que algo mucho menor.

2. EL SISTEMA JURÍDICO DEL DERECHO DE AGUAS EN CHILE

2.1. Un régimen jurídico complejo

El marco normativo del Derecho de Aguas se ha ido complejizando cada vez más a medida que avanzan los desarrollos tecnológicos por un lado y aumentan las presiones respecto de sus múltiples usos, conviviendo con un escenario de una escasez persistente.

Pese a ello, se sigue sosteniendo —casi un mito—, su matriz disciplinar clásica, como si nada hubiera pasado. Así se sostiene que la matriz disciplinar[1] del Derecho de Aguas chileno se asienta[2], sobre lo siguiente: *a)* la calificación jurídica de las aguas como bienes públicos (artículo 5 y 6 CAg); *b)* un procedimiento concesional (artículo 130 a 147 ter CAg); *c)* creación de derechos de aprovechamiento de aguas, que es una especie del género derecho real administrativo (artículo 148 a 150 CAg); y *d)* una administración dual de las aguas (artículo 186 a 293 CAg), reconociendo a las organizaciones de usuarios como actores principales, y por supuesto también a la Dirección General de Aguas del Ministerio de Obras Públicas, que complementa esa gestión y en algunos casos extraordinaria intervención administrativa (artículo 294 a 307 CAg).

Pero atendiendo diversas regulaciones innovadoras, esa matriz aparece como insuficiente. Para ello se pasará revista muy general a su marco normativo, que se compone de los órdenes y disposiciones normativas que se pasan a señalar.

2.1.1. Derecho de aguas general

Que comprende:

A) Constitución Política de la República

En primer término, el artículo 19 Nº 23 inciso 1º de la Constitución Política de la República (CPR) asegura a todas las personas «La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así». Como bien se sabe, las aguas son bienes nacionales de uso público, o bienes públicos, que son aquellos referidos en la disposición como bienes que pertenecen a la Nación; por lo cual existe un tratamiento jurídico distinto de ellas en tanto bien público.

En segundo lugar, el artículo 19 Nº 24 inciso 1º CPR que asegura a todas las personas «el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales»[3]. Pues bien, entre esas cosas incorporales se encuentra incluido, desde luego, el derecho de aprovechamiento de aguas. De esta forma, la CPR afirma por la vía señalada, el derecho de propiedad sobre el derecho de aprovechamiento de aguas.

---

[1] En general, *matriz disciplinar* es el punto primordial en que se concentran al menos potencialmente todas las teorías, conceptos y leyes con que opera una comunidad científica determinada. González Navarro, Francisco (1989) «La teoría general de sistemas como matriz disciplinar y como método jurídico». *Persona y Derecho* Nº 21, p. 64.

[2] Vergara Blanco, Alejandro (1998) *Derecho de aguas*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 23-26.

[3] Debe traerse a colación a este respecto el artículo 565 inciso 3º Código Civil conforme el cual «son cosas incorporales las que consisten en meros derechos».

No obstante, quiso ser mucho más explícita al respecto y dispuso sobre el particular, en el inciso final del Nº 24 de su artículo 19, lo siguiente: «Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos». Con ello, se protege tanto las titularidades existentes y formalizadas, así como los usos consuetudinarios de las aguas. Pero, además, implícitamente, confirma que sobre el agua no hay derecho de propiedad sino sólo sobre el derecho (real administrativo) de aprovechamiento.

B) Código de Aguas

Que constituye la segunda y principal fuente normativa pues en este cuerpo se encuentra la regulación más completa y general sobre las aguas continentales.

En efecto, el CAg (D.F.L. Nº 1.122 de 1981), contiene el estatuto general de las aguas terrestres, sean éstas superficiales o subterráneas.

En relación a este pueden destacarse como características generales de dicho estatuto las siguientes: *a)* contiene una declaración expresa de publificación de las aguas terrestres que escurren por cauces naturales, sean superficiales o subterráneos; *b)* contiene un procedimiento administrativo relativo a la constitución del derecho de aprovechamiento de aguas como a algunas cuestiones relativas a su ejercicio (como por ejemplo el cambio de fuente de abastecimiento o el traslado del ejercicio del derecho), así como a toda una serie de otras autorizaciones administrativas[4]; *c)* contiene un estatuto relativo a entes relacionados con el agua con poderes jurídico-administrativos: Dirección General de Aguas (DGA) y juntas de vigilancia de ríos[5], y un estatuto relativo a entes relacionados con el agua con poderes fundamentalmente privados que ejercen atribuciones en obras artificiales, como canales o grandes embalses (asociaciones de canalistas y comunidades de agua).

Ahora, en virtud de las profundas modificaciones derivadas de la Ley Nº 21.435 de 2022 (casi un tercio del código fue modificado), se estima que debe agregarse un nuevo literal *d)* correspondiente con amplias funcionalidades ecosistémicas que deben cumplir las aguas, repartidas a lo largo de todo el Código.

---

[4] En este punto cabe observar que se considera también relevante el Decreto Ley Nº 2.603 de 1979. Ello porque en su artículo 7º contiene una presunción legal respecto de la titularidad del derecho de aprovechamiento de aguas a favor del dueño del inmueble en donde se estén utilizando las mismas. Esto se conecta, evidentemente, con el reconocimiento de usos consuetudinarios respecto de las aguas; así como fundamento para regularizar el derecho mismo en cuanto título formal conforme el artículo 2° transitorio CAg.

Pero esta norma tiene fecha de término, dado que la reforma de la Ley Nº 21.435 y la reforma a esa reforma en virtud de la Ley Nº 21.586 de 2023 ha puesto fecha de vencimiento a la aplicación de esa presunción para regularizar los títulos de DAA.

[5] Organizaciones de usuarios de aguas mandatados por el mismo Código de Aguas para realizar la tarea de gestión de las aguas como autoridad pública, en virtud de potestades administrativas establecidas en dicho cuerpo legal.

A lo anterior, cabe agregar una amplia regulación acerca de aspectos vinculados al comercio jurídico privado de los derechos de aprovechamiento de aguas, como transferencias, sistema de garantías o gravámenes como hipotecas y servidumbres; formas de registro de los derechos; determinación del caudal ecológico mínimo; y pago de patentes por no uso.

En fin, un conjunto de acciones de tipo jurisdiccional con respecto de las aguas a que tiene derecho.

C) Complementariamente, la Ley N° 19.880 de Bases de Procedimientos Administrativos (LBPA)

De capital importancia, pues los procedimientos administrativos en materia de aguas son uno de los aspectos cruciales de esta regulación.

Esto se fundamenta en que la LBPA establece con carácter *básico* las condiciones mínimas, principios fundamentales y elementos esenciales que debe cumplir todo procedimiento administrativo[6], entre ellos, el constitutivo de estos específicos derechos reales administrativos, como es el caso de los derechos de aprovechamiento de aguas. Y adicionalmente, dado su carácter *general*, completa supletoriamente los vacíos de la regulación sea en general o en particular, para el caso que existiendo una regulación sobre un procedimiento administrativo particular, algún aspecto de este no haya sido normado; en otras palabras, en virtud de este carácter se integran los procedimientos en los cuales falta algún aspecto de la regulación básica[7].

En el caso particular del CAg existe un procedimiento administrativo —así se denomina incluso el título I del libro II—, destinado a regular todos los procedimientos en materia de aguas en especial su párrafo 1º de *Normas comunes*, pero que en realidad no lo regulan completamente, como por ejemplo en materia de contabilización de plazos o en la amplia materia del sistema de recursos administrativos. Sobre lo mismo, cabe afirmar con claridad que el CAg no regula una serie de aspectos y presupuestos generales del procedimiento administrativo de sus artículos 130 y siguientes, en cuyo caso cobra protagonismo la aplicación de la LBPA y sus principales instituciones, aplicables en este ámbito[8].

D) Con creciente importancia, la Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA)

En especial en lo que dice relación con la calidad y seguridad de las aguas, a través del desarrollo realizado en instrumentos jurídicos secundarios —nivel reglamentario—, incluidos los relativos a calidad y emisión ambientales con efecto fundamentalmente

---

[6] Cordero Vega, Luis (2003) *El procedimiento administrativo*. Santiago: Lexis Nexis, p. 55

[7] Cordero Vega, Luis (2003) 59.

[8] Morales Espinoza, Baltazar (2005) «Aplicación de la Ley Nº 19.880 en el procedimiento administrativo del Código de Aguas». *Actualidad Jurídica* (U. del Desarrollo) Nº 11, pp. 233-234.

en el ámbito de la gestión de los recursos hídricos superficiales. Aquellos inciden sobre todo en lo que dice relación con la gestión o parte operativa del Derecho de Aguas.

2.2.2. Derecho de aguas especial

Compuesto por:

A) Régimen jurídico del abastecimiento de agua potable, recogida de vertidos y saneamiento (urbano y rural)

Que tiene un régimen legal compuesto por la Ley general de servicios sanitarios (DFL MOP 382/1988), la Ley de tarifas (DFL MOP 70/1988), la Ley Orgánica de la Superintendencia de servicios sanitarios (Ley 18.902), la Ley de subsidios de agua potable y alcantarillado (Ley Nº 18.778), y la Ley de empresas sanitarias estatales (Ley Nº 18.885); donde obviamente la primera ley es la que tiene carácter estructural respecto de todo este sistema.

A ellas debe sumarse la Ley Nº 20.998 de servicios sanitarios surales (LSSR), y su Reglamento (D. MOP Nº 50/2020) cuya puesta en marcha no ha estado exenta de dificultades[9].

Cabe agregar, como es posible comprender, un complejo régimen reglamentario —de carácter técnico— compuesto por el Reglamento de la LGSS (D. MOP Nº 1199/04), Reglamento de la Ley de tarifas (D. MINECON Nº 453/89), Reglamento de la Comisión de expertos tarifarios (D.MINECON Nº 385/00), Reglamento sobre adquisición de bienes y servicios en licitación pública (D. MOP Nº 214/05), RIDAA de instalaciones domiciliarias de agua potable y alcantarillado (D. MOP Nº 50/02), y Reglamento sobre subsidios (D. HACIENDA Nº 195/98).

B) Otras regulaciones especiales

— *El D.F.L. Nº 237 de 1931 relativo a fuentes termales*: Que constituye un régimen especial de aprovechamiento de esta clase de fuentes.

— *El D.F.L. Nº 1.123 de 1981 sobre ejecución de obras de riego por el Estado*: Referido a la construcción de grandes obras hidráulicas por el Estado, en especial los grandes embalses y sus canales matrices derivados.

— *La Ley Nº 18.450 de 1985 sobre fomento de la inversión privada en obras de riego y drenaje*: Referida a las ayudas públicas que bajo distintas modalidades se otorgan para la construcción de obras de riego intrapredial (de particulares) o extrapredial (comunitarios), y que ha significado una progresiva tecnificación de la agricultura tradicional. Ello, entre muchas otras, repartidas entre distintas piezas del sistema jurídico.

---

[9] Pero esta no será la ocasión de revisarla.

3. LA GRAN REFORMA AL RÉGIMEN GENERAL DE LOS RECURSOS HÍDRICOS CONTINENTALES: EL *NUEVO* CÓDIGO DE AGUAS A PARTIR DE LA LEY Nº 21.435 DE 2022 O LA *NUEVA ÉPOCA AMBIENTALIZADA* DEL DERECHO DE AGUAS CHILENO[10]

3.1. Consideraciones generales

El régimen general de las aguas en Chile se encuentra codificado en el Código de Aguas de 1981 que ha sido muy destacado en anteriores ocasiones —alabándolo o criticándolo—, pues a través suyo y manteniendo gran parte de la regulación histórica, se ha creado un verdadero «mercado de derechos de agua»; lo que, sin embargo, con escasez estructural, ya no sólo sequía, no ha sido capaz de resolver numerosos problemas en este ámbito.

En ese contexto, el pasado 06 de abril de 2022 se publicó en el Diario Oficial la Ley Nº 21.435 de «Reforma al Código de Aguas», que contiene la modificación más sustantiva realizada al CAg desde la entrada en vigencia de éste en 1981 —apreciación que considera a las importantes reformas de la Ley Nº 20.017 de 2005 y Ley Nº 21.064 de 2018—, en cuya virtud se modificaron, reemplazaron o introdujeron 101 artículos permanentes y 5 transitorios originales, y se dictaron 18 artículos transitorios de la misma Ley a efectos de la implementación de esta reforma. Valga agregar que, de los 317 artículos originales, se pasó ya a 370 artículos totales en su articulado permanente.

Se estima, entonces, que estamos ante la presencia de un verdadero *nuevo Código de Aguas*, o a lo menos una *nueva época del Derecho de aguas chileno*, toda vez que —como se verá—, los cambios son de tan hondo calado que ya no es posible reconocer el ya antiguo código del `81 (el tercero en la historia republicana de Chile[11]), y sostener que estamos ante el cuarto código. Se ha tratado, creo que, con éxito, de «des-privatizar» el tratamiento que se realizaba sobre el régimen general de las aguas y en especial de los derechos de aprovechamiento de aguas (DAA), para hacerlo girar a un régimen esencialmente *administrativizado* y *ambientalizado*.

De esta manera, se hace necesario un análisis resumido sobre esta reforma, con miras de lo que se dirá a continuación, es decir, en especial su proceso de ambientalización.

---

[10] Rojas Calderón, Christian (2023) «Crónica de Chile». Tornos Mas, J. Director. *Observatorio del ciclo del agua.* Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters, pp. 33-51.

[11] El primero fue el de 1951, el segundo de 1969, y el tercero de 1981. Mayores antecedentes en Vergara Blanco (1998) I. 192-236.

3.2. Del aprovechamiento del agua y sus funciones

El primer tema, dirá relación con las intensas —en apariencia y en realidad—, modificaciones que se hacen al título II del Libro I, pasando de denominarse «Del dominio y aprovechamiento de las aguas», a «Del aprovechamiento de las aguas y sus funciones» lo que ya muestra su orientación. Para ello, se modifican varios artículos e incorporan otros tantos insertándolos en el texto, lo que se puede diseccionar críticamente del siguiente modo.

3.2.1. Reafirmación del carácter público de las aguas, y orientación a la función de satisfacción del interés público

El artículo 5 nuevo dispone que, luego de reafirmar que las aguas en cualquiera de sus estados son bienes públicos, se señala que en virtud de la función del interés público —que emana precisamente de la anterior disposición— se constituirán DAA, los que podrán ser limitados en su ejercicio.

Para estos efectos, se comprenden bajo el concepto de «interés público» las acciones que ejecute la autoridad para resguardar el consumo humano y el saneamiento, la preservación ecosistémica, la disponibilidad de las aguas, la sustentabilidad acuífera y, en general, aquellas destinadas a promover un equilibrio entre eficiencia y seguridad en los usos productivos de las aguas. Es decir, se trata de un interés público objetivizado.

Se adiciona en esta parte el reconocimiento expreso al derecho humano al agua, concretizado en el acceso al agua potable y el saneamiento, al que se le califica de esencial e irrenunciable, que debe ser garantizado por el Estado lo cual implica una prestación, sea esta directa sea esta indirecta[12].

Se consagra normativamente, además, la prohibición de constituir DAA en glaciares.

En coincidencia con la Ley Nº 19.253. sobre Comunidades Indígenas, en el caso de los territorios indígenas el Estado velará por la integridad entre tierra y agua, y protegerá las aguas existentes para beneficio de las comunidades indígenas, de acuerdo a las leyes y a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

---

[12] Sobre ello Rojas Calderón, Christian (2021) «El derecho humano al agua frente a los desafíos de una nueva Constitución Política». Lovera, D. Director. *Anuario de Derecho Público 2021*, Santiago: Universidad Diego Portales, pp. 108-112; y Rojas Calderón, Christian (2022) «Informe de Chile». Tornos Más, Joaquín. Director. *Observatorio del Ciclo del Agua 2021*. Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters, pp. 53-64.

3.2.2. Reconocimientos de funcionalidades del agua, en especial las funciones ambientales

El artículo 5 bis nuevo, justifica el interés público antedicho en las funciones que cumplen las aguas, comprendiendo las de subsistencia, que incluyen el uso para el consumo humano, el saneamiento y el uso doméstico de subsistencia; las de preservación ecosistémica, y las productivas. Agrega la disposición que, tanto en el otorgamiento como en la limitación al ejercicio de los DAA, siempre prevalecerá el uso para el consumo humano, el uso doméstico de subsistencia y el saneamiento.

Fija enseguida un mandato para la Dirección General de Aguas (DGA), toda vez que cuando disponga la reducción temporal del ejercicio de los DAA o la redistribución de las aguas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 17, 62, 314 y demás normas pertinentes del Código, debe sujetarse a la priorización indicada.

Resulta muy importante el inciso 6º, toda vez que fija que cuando se concedan DAA para el consumo humano y el saneamiento, solo podrá utilizarse dicha agua para fines distintos en la medida que se destinen a un uso no consuntivo y prevalezca la preferencia del consumo humano y el saneamiento en el ejercicio.

Esto es, se reduce el margen de libre disponibilidad, *desmercantilizando* el agua, lo que se concreta más adelante en una disposición general.

3.3. Reservas y reasignaciones

El artículo 5 ter establece que para asegurar el ejercicio de las funciones de subsistencia y de preservación ecosistémica, el Estado podrá constituir reservas de aguas disponibles, superficiales o subterráneas, sin perjuicio de las aguas que queden «liberadas» como consecuencia del término (plazo), caducidad, extinción o renuncia de un DAA, respecto de las cuales podrán ser reservadas por el Estado o puestas a disposición para la constitución de nuevos DAA sobre ellas, especialmente para ser entregadas a prestadores de servicios sanitarios a objeto de garantizar efectivamente el consumo humano y el saneamiento.

Esto es complementado procedimentalmente por el artículo 5 quáter.

Finalmente, en estos nuevos artículos insertados, el artículo 5 quinquies establece —con efectos generales— que los DAA que se otorguen sobre aguas reservadas podrán transferirse, siempre que se mantenga el uso para el cual fueron originariamente concedidos y las transferencias sean informadas a la DGA, con lo cual se denota la administrativización del agua en esta reforma.

3.4. Nueva conceptualización y tratamiento de los DAA

Adicionalmente, tratando específicamente los DAA, se modifican varias disposiciones relativas a estos.

3.4.1. Nueva definición y temporalidad

Conforme el nuevo artículo 6, el DAA es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce temporal de ellas; y se origina en virtud de una concesión, de acuerdo a las normas procedimentales establecidas en el Código, o por el solo ministerio de la ley.

Ello repite lo que tradicionalmente se ha dispuesto sobre los DAA, innovándose la temporalidad, ya no teniendo la calidad de indefinida, sino que fijada a 30 años, aunque renovable. Con esto, no se hace sino *normalizar* esta concesión administrativa, corrigiendo una anomalía en el marco general de las autorizaciones de este tipo que de manera abrumadoramente mayoritaria son temporales[13].

En todo caso, por el artículo 1º transitorio de la Ley Nº 21.435 todas las titularidades sobre DAA obtenidos antes de la entrada en vigencia de dicha ley, se mantendrán con carácter indefinido.

3.4.2. Medidas ante el riesgo en el ejercicio de los DAA

En los nuevos incisos 5º y 6º del artículo 6, se establece que de existir riesgo de que el ejercicio de los DAA que pueda generar una grave afección al acuífero o a la fuente superficial de donde se extrae —es decir, preventivamente— o, en caso de que este riesgo se haya materializado en daño, la DGA dispondrá la reducción o limitación del ejercicio de dichos DAA, a prorrata entre los titulares.

Adicionan las disposiciones comentadas que, de persistir esta situación y en casos graves y calificados, existe la posibilidad de utilizar la excepcional potestad de suspensión del ejercicio de todos aquellos DAA que provocan el riesgo o afectación; y se fijan seguidamente los parámetros para los efectos de la ponderación del riesgo o de la afectación, a saber: el resguardo de las funciones de subsistencia, consumo humano, saneamiento y preservación ecosistémica.

En esto se nota, este nuevo carácter de la regulación, en específico acá el giro ambientalizador de la reforma.

3.4.3. Extinción de los DAA

Se incorpora el artículo 6 bis, en cuya virtud se establece que los DAA se extinguirán total o parcialmente si su titular no hace uso efectivo del agua, se dispone que en el caso de los DAA *consuntivos* el plazo de extinción será de cinco años, y en el caso de los DAA *no consuntivos* será de diez años.

---

[13] El otro caso que sigue teniendo carácter indefinido es el de las *concesiones mineras*, aunque eso está morigerado por la duración de las autorizaciones ambientales de operación (resoluciones de calificación ambiental, RCA) que son temporales.

Estos plazos de extinción se contarán desde la publicación de la resolución que los incluya por primera vez en el listado de derechos de aprovechamiento afectos al pago de patente por no uso. Luego, la contabilización de dichos plazos se suspenderá mientras dure la tramitación de los permisos necesarios para construir las obras de captación de las aguas, y que deban ser otorgados por la DGA o por la Dirección de Obras Hidráulicas.

No obstante, se establece que las solicitudes de traslado del ejercicio del derecho de aprovechamiento y las de cambio de punto de captación de éste no provocan la suspensión, salvo cuando dichas solicitudes se deban presentar a consecuencia del cumplimiento de un trámite exigido para la recepción de las obras por parte de la DGA o en otros casos calificados determinados por resolución fundada de esa Dirección, donde se compruebe la diligencia del solicitante.

Asimismo, a petición del titular del DAA, la DGA podrá suspender este plazo hasta por un máximo de 4 años en casos calificados: cuando se encuentre pendiente la obtención de una RCA, cuando exista una orden de no innovar dictada en algún litigio pendiente ante la justicia ordinaria, o cuando se hallen en curso otras tramitaciones que requieran autorizaciones administrativas.

Es importante destacar que acá figura la norma general de *restricción al cambio de uso de un DAA*, estableciéndose que el cambio deberá ser *informado* a la DGA; y luego establece que en caso de incumplimiento de este deber de informar será sancionado con una multa a beneficio fiscal de 2º a 3º grado conforme lo dispuesto en el artículo 173 ter, es decir, puede ir de 51 a 500 UTM[14]. Sin perjuicio de lo anterior, en caso de constatar que el ejercicio de uno o más DAA, luego de un cambio de uso, causa una grave afectación al acuífero o a la fuente superficial de donde se extrae, la DGA podrá restringir o suspender total o parcialmente el ejercicio del DAA.

3.4.4. Planes Estratégicos de Recursos Hídricos en Cuenca (PERHC).

Establecido en el artículo 293 bis, en cuya virtud cada cuenca del país deberá contar con un Plan Estratégico de Recursos Hídricos tendiente a propiciar la seguridad hídrica en el contexto de las restricciones asociadas al cambio climático, el cual será público.

Es decir, se circunscribe a los objetivos de enfrentar el cambio climático.

Algo se dirá a continuación.

[14] UTM: Unidad Tributaria Mensual, es una medida usada en operaciones comerciales y oficiales. Actualmente alcanza aproximadamente a 65 euros por cada una.

3.4.5. Otras

Hay más muestras de esta ambientalización, como las modificaciones relativos a: DAA para uso doméstico, calificado y complementado; DAA en yacimientos mineros o «derechos de agua del minero»; prohibición para constituir sistemas de drenes y drenajes en zonas determinadas; entre otras. Sin embargo, las vistas son las más estructurales e importantes.

4. LA LEY MARCO DE CAMBIO CLIMÁTICO, Y EL ARTÍCULO 293 BIS DEL CÓDIGO DE AGUAS

4.1. Fundamentos y su conexión con los PERHC del artículo 293 *bis*

Contemporáneamente a la ley de reforma de la regulación de aguas de 2022 —que, como se ha explicado, se materializó en la Ley Nº 21.435—, se aprobó otra ley sumamente importante y con un alto impacto en numerosos sectores: se trata de la Ley Nº 21.455 de 2022, Marco de Cambio Climático (LMCC).

Esta Ley, LMCC por su naturaleza jurídica tiene un carácter mandatorio para los poderes públicos, constriñendo su actuar al logro de los objetivos de dicha norma marco, como son: hacer frente a los desafíos que presenta el cambio climático, transitar hacia un desarrollo bajo en emisiones de gases de efecto invernadero y otros forzantes climáticos, hasta alcanzar y mantener la neutralidad de emisiones de gases de efecto invernadero al año 2050, adaptarse al cambio climático, reduciendo la vulnerabilidad y aumentando la resiliencia a los efectos adversos del cambio climático, y dar cumplimiento a los compromisos internacionales asumidos por el Estado de Chile en la materia.

En efecto, la LMCC establece como meta que el país sea carbono neutral y resiliente al clima a más tardar el 2050. Además, busca disminuir las emisiones de gases de efecto invernadero que provoca el cambio climático; adaptarnos a los impactos que generan, por ejemplo, marejadas anormales, aumentos de temperatura, aluviones, sequías, entre otros, y potenciar la seguridad alimentaria, aumentar la disponibilidad de agua y disminuir la contaminación y los riesgos de salud.

En materia hídrica, el artículo 13 de la LMCC —norma «espejo» del artículo 293 *bis*—, mandata el desarrollo de Planes Estratégicos de Recursos Hídricos en Cuenca (PERHC) para las 101 cuencas del país, la que busca tener una óptima gestión y disponibilidad de agua conforme el artículo 13 de la ley.

Dicha normativa dispone que los PERHC, son los instrumentos que deben desarrollarse por el Ministerio de Obras Públicas (MOP) que estará encargado de la elaboración de éstos, en conjunto con el Ministerio del Medio Ambiente; de Agricultura; de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación, de Relaciones Exteriores

cuando comprenda cuencas transfronterizas, y de los comités regionales para el cambio climático (CORECC) respectivos.

Estos instrumentos tienen por objeto *contribuir con la gestión hídrica*, identificar las brechas hídricas de agua superficial y subterránea, establecer el balance hídrico y sus proyecciones, diagnosticar el estado de información sobre cantidad, calidad, infraestructura e instituciones que intervienen en el proceso de toma de decisiones respecto al recurso hídrico y proponer un conjunto de acciones *para enfrentar los efectos adversos del cambio climático sobre el recurso hídrico*, con el fin de resguardar la seguridad hídrica.

Dicho artículo —en un hecho prácticamente inédito—, tiene prácticamente el mismo texto que el artículo 293 bis del Código de Aguas.

Dichos objetivos no son los propios ni principales de la regulación hídrica.

Por consiguiente, si bien se trata de una incrustación razonable en el marco de una ambientalización de la regulación de aguas, que permite o fundamenta una nueva etapa de desarrollo disciplinar, eso queda a medio camino cuando no se hace coincidir con otros elementos, instrumentos o institucionalidad pertinente para enfrentar esa clase de desafíos.

La más relevante manifestación de esta ambientalización se encuentra en los PERHC, establecidos en el artículo 293 bis del Código de Aguas, incorporado por la Ley Nº 21.435 de 2022 de reforma[15].

Dicha norma establece:

> Cada cuenca del país deberá contar con un Plan Estratégico de Recursos Hídricos tendiente a propiciar la seguridad hídrica en el contexto de las restricciones asociadas al cambio climático, el cual será público. Dicho plan será actualizado cada diez años o menos, y deberá considerar a lo menos los siguientes aspectos:
>
> 1. La modelación hidrológica e hidrogeológica de la cuenca.
> 2. Un balance hídrico que considere los derechos constituidos y usos susceptibles de regularización; la disponibilidad de recursos hídricos para la constitución de nuevos derechos, y el caudal susceptible de ser destinado a fines no extractivos.
> 3. Un plan de recuperación de los acuíferos cuya sustentabilidad, en cuanto a cantidad y calidad físico química, se encuentre afectada.
> 4. Un plan para hacer frente a las necesidades futuras de recursos hídricos con preferencia en el consumo humano. Una evaluación por cuenca de la disponibilidad de implementar e innovar en nuevas fuentes para el aprovechamiento y la reutilización de aguas, con énfasis en soluciones basadas en la naturaleza, tales como, la desalinización de agua de mar, la reutilización de aguas grises y servidas, la recarga artificial de acuíferos, la cosecha de aguas lluvias y otras. Dicha evaluación incluirá un análisis de costos de las distintas alternativas, la identificación de los potenciales

[15] Específicamente, encuentra su fundamento en indicaciones de parlamentarios, conforme la Historia de la Ley en el Boletín N° 7.543-12 de 28 de julio de 2021, correspondiente a «indicaciones presentadas durante la discusión en general del proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que reforma el código de aguas». Se presentó como indicación Nº 18 de los Senadores señoras Allende y Muñoz, y señor Latorre. Biblioteca del Congreso Nacional (en línea) «Historia de la Ley Nº 21.435». Disponible en *https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7988/*

impactos ambientales y sociales para una posterior evaluación, y las proyecciones de demanda para consumo humano a diez años.
5. Un programa quinquenal para la ampliación, instalación, modernización y/o reparación de las redes de estaciones fluviométricas, meteorológicas, sedimentométricas, y la mantención e implementación de la red de monitoreo de calidad de las aguas, de niveles de pozos, embalses, lagos, glaciares y rutas de nieve.
6. Adicionalmente, en el evento de que se hayan establecido en la cuenca los planes de manejo a los que hace referencia el artículo 42 de la ley N° 19.300, deberán incorporarse al respectivo Plan Estratégico de Recursos Hídricos.
El referido Plan deberá ser consistente con las políticas para el manejo, uso y aprovechamiento sustentables de los recursos naturales renovables a los que hace referencia la letra a) del artículo 71 de la ley N° 19.300.
Un reglamento dictado por el Ministerio de Obras Públicas establecerá el procedimiento y los requisitos específicos para confeccionar los Planes Estratégicos de Recursos Hídricos en cuencas.

En estricto rigor, se trata de una norma de naturaleza jurídica ambiental, insertada en el Código de Aguas. Por eso su relevancia para lo que estamos explicando.

Se trata de elaborar planes con objetivos bien modestos, aunque igualmente desafiantes: propiciar la seguridad hídrica en el contexto de las restricciones asociadas al cambio climático.

Entonces, esos PERHCs sólo resultan ser un mecanismo de adaptación al cambio climático; y se estima que es resultante más bien de la Ley Nº 21.455 de 2022, Marco de Cambio Climático (LMCC), específicamente el artículo 13 de dicha ley, siendo una norma «espejo» del artículo 293 bis CAg.

4.2. En este contexto, el Reglamento sobre planes estratégicos de recursos hídricos en cuenca (PERHC), sus consecuencias y lo que falta

4.2.1. El Reglamento

Con fecha fue publicado en el Diario Oficial el D.S. Nº 58/2023[16], denominado «Reglamento que establece el procedimiento para la elaboración, revisión y actualización, así como el monitoreo y reporte de los planes estratégicos de recursos hídricos en cuencas».

Al respecto, el reglamento fue dictado en el marco de la reforma al Código de Aguas , específicamente en virtud del artículo 293 bis, y del artículo 13 de la Ley Nº 21.455 Marco de Cambio Climático, razón por la cual el Reglamento tiene un carácter marcado de instrumento de gestión de cambio climático a nivel local.

En cuanto a su contenido, el Reglamento establece el:

a) objeto: establecer el procedimiento para la elaboración, revisión y actualización, así como el monitoreo y reporte de los Planes Estratégicos de Recursos Hídricos

[16] Es de 03 de abril de 2023, pero publicado en el Diario Oficial el 04 de enero de 2024.

en Cuencas, y las etapas de participación ciudadana, en conformidad a la dispuesto en los artículos 293 bis del Código de Aguas y 13 de la LMCC;

b) principios orientadores de la aplicación del Reglamento: los contenidos en el artículo 2 de la LMCC; y

c) una serie de definiciones relevantes, para los PERHC.

En cuanto a su configuración orgánica, se distinguen tres niveles de actores:

x) Encargados de la elaboración: el Ministerio de Obras Públicas por intermedio de la Dirección General de Aguas;

y) Mesa Estratégica de Recursos Hídricos de la Cuenca: representantes de los órganos encargados y por actores de la cuenca o agrupación de cuencas; y

z) Actores de la Cuenca: conformados por un representante del consejo regional, de las municipalidades de la cuenca, del Servicio Nacional de Prevención y Respuesta ante Desastres (SENAPRED); de las juntas de vigilancia respectivas o, en su defecto, otras organizaciones de usuarios de aguas; de las empresas o asociaciones productivas o asociaciones gremiales con usos intensivos de aguas dentro de la cuenca y que no sean parte de una junta de vigilancia u otra organización de usuarios de la cuenca, de las empresas de servicios sanitarios, de los servicios sanitarios rurales, de los centros de investigación o universidades con estudios o iniciativas de investigación en la cuenca, de los pequeños productores agrícolas y campesinos, y de las organizaciones con personalidad jurídica sin fines de lucro, con presencia en la cuenca que tengan por objeto la protección del medio ambiente o la promoción del derecho humano al agua y al saneamiento.

Las etapas procedimentales de los Planes se corresponden a:

i) Elaboración;

ii) Diagnóstico;

iii) Priorización de medidas;

iv) Implementación y seguimiento; y

v) Revisión y actualización.

Por último, se establecen los aspectos transversales a los PERHC, como la participación ciudadana y el enfoque de género, como también la vinculación de este instrumento con otras políticas sectoriales.

4.2.2. Declaración expresa de no constituir un instrumento rector para la planificación hidrológica

En efecto, en el artículo 3 del Reglamento —de definiciones—, se encuentra la clave toda vez que al definir los PERHCs y el declarado objetivo, la seguridad hídrica, la circunscribe a ser un instrumento para la adaptación al cambio climático.

En efecto, el artículo 13 literal j) define los Planes Estratégicos de Recursos Hídricos en Cuencas como:

> (…) instrumentos de gestión de cambio climático de nivel local que tienen por objeto contribuir con la gestión hídrica, identificar las brechas hídricas de agua superficial y subterránea, establecer el balance hídrico y sus proyecciones, diagnosticar el estado de información sobre cantidad, calidad, infraestructura e instituciones que intervienen en el proceso de toma de decisiones respecto al recurso hídrico y proponer un conjunto de acciones para enfrentar los efectos adversos del cambio climático sobre el recurso hídrico, con el fin de resguardar la seguridad hídrica.
> Cada cuenca del país deberá contar con un Plan Estratégico de Recursos Hídricos tendiente a propiciar la seguridad hídrica en el contexto de las restricciones asociadas a cambio climático, el cual será público. Dicho plan será actualizado cada diez años o menos, y deberá considerar los aspectos que ahí se mencionan, conforme a lo señalado en el artículo 13 LMCC.

Y luego, el mismo artículo 3º del Reglamento, pero ahora en el literal l) define la Seguridad hídrica como:

> posibilidad de acceso al agua en cantidad y calidad adecuadas, considerando las particularidades naturales de cada cuenca, para su sustento y aprovechamiento en el tiempo para consumo humano, la salud, subsistencia, desarrollo socioeconómico, conservación y preservación de los ecosistemas, promoviendo la resiliencia frente a amenazas asociadas a sequías y crecidas y la prevención de la contaminación.

Muestra evidente de su especificación, es la identificación de medidas que se propone deben tomarse, establecidas en el artículo 21 del Reglamento PERHC, a saber:

a) Medidas para hacer frente a las necesidades presentes y futuras de consumo humano, conservación y preservación de la naturaleza.

b) Medidas para la recuperación de acuíferos cuya sustentabilidad se encuentre afectada o haya riesgo de afectación.

c) Medidas destinadas a la ampliación, instalación, modernización y/o reparación de redes de monitoreo.

d) Medidas concretas para hacer frente a los efectos adversos derivados del cambio climático, tales como sequías, inundaciones y pérdida de calidad de las aguas, entre otras; e información que propenda a reducir la incertidumbre sobre los efectos del cambio climático.

e) Medidas destinadas a solucionar la falta de información para propender a una toma de decisiones informada, considerando a lo menos información necesarias para la definición de indicadores de estado.

De esta manera es claro que este arreglo institucional es insuficiente orgánica y funcionalmente; que sólo es específico referido a la adaptación al cambio climático; y no se estructura sobre estimaciones de oferta y demanda de agua, previsiones futuras, normas de calidad, caudales ecológicos, protección de acuíferos, régimen económico-financiero, y obras hidráulicas a desarrollar, entre otros, como es lo propio de la planificación hidrológica[17].

---

[17] Embid Irujo, Antonio (2007) «Planificación hidrológica». Embid Irujo, A. Director. *Diccionario de Derecho de aguas*. Madrid: Iustel, p. 768.

4.2.3. Consecuencias y lo que evidentemente falta

A partir de lo analizado es posible sostener que acá no hay ni por asomo arreglos institucionales para la generación de consejos de cuenca, ni tampoco planificación hidrológica.

En *primer término*, esto se afirma toda vez que ni en la ley ni en el reglamento hay una sóla línea acerca de consejos de cuenca ni sobre planificación hidrológica, sea que se usen dichos conceptos u otros en equivalencia. Lo que hay es el establecimiento de un mecanismo de elaboración de planes enfocados en la adaptación al cambio climático.

En *segundo lugar*, las características y condiciones propuestas por la doctrina y las recomendaciones de organismos internacionales no figuran en ningún sentido. Ello se explica porque no hay arreglo institucional o implementación de organismos y/o medidas propiamente hídricas en estas reformas y constituye una oportunidad perdida. La promesa que con lo modificado legalmente y reglamentado, iba a ser suficiente para crear las condiciones para que existieran consejos de cuenca y planificación hidrológica, no se ha cumplido.

Y en *tercero y final*, en este orden se estima preciso reiterar que para que haya planificación hidrológica y unos consejos de cuenca encargados de ser sede matriz de la discusión acerca de ella, debe considerarse que la misma debe: jurídicamente obligatorio, lo que implica insertarlo normativamente dentro del sistema de fuentes no como acuerdos sino que exigibles en base a la ley; carácter preventivo; ser parte de una política pública nacional; concretada en el ámbito territorial; elaborada colaborativamente y con la concurrencia de entidades competentes; ser un proceso realizado en un marco de publicidad y transparencia general, y concretamente en la elaboración de la planificación; con duración determinada del proceso de elaboración y de duración misma del plan; con eficiencia y eficacia; considerando que se trata de un instrumento jurídico flexible y adaptable; y que considere también previsiones ante riesgos de desastres, para lo cual debiera ser muy relevante el uso de la metodología denominada Regulación Basada en Riesgos (RBR).

5. CONCLUSIONES

Al finalizar este trabajo es posible sostener:

1) Luego de la reforma al Código de Aguas en virtud de la Ley Nº 21.435 de 2022 se ha producido efectivamente una ambientalización del Derecho de Aguas chileno. Y ello se ha concretado especialmente en la modificación de normas que han incorporado el componente ambiental en numerosos aspectos nucleares de su régimen jurídico.

2) Especial significancia para esa ambientalización es el artículo 293 bis (nuevo) que contiene el mandato para dictar PERHC que constituye prácticamente una promesa de planificación hidrológica.

Aquello ha sido así afirmado por las autoridades públicas, visualizándolo o proyectándolo como un mecanismo o instrumento o arreglo institucional que permitirá insertar los consejos de cuenca con la finalidad de consagrar una efectiva planificación hidrológica.

3) No obstante, existe un claro déficit regulatorio e institucional, que está determinado por problemas o inconsistencias.

Si bien se trata de una incrustación razonable en el marco de una ambientalización de la regulación de aguas, que permite o fundamenta una nueva etapa de desarrollo disciplinar, eso queda a medio camino cuando no se hace coincidir con otros elementos, instrumentos o institucionalidad pertinente para enfrentar esa clase de desafíos.

En particular añadir un elemento más a la matriz disciplinar del Derecho de Aguas chileno, y entonces en vez que —valga la metáfora— esas aguas dancen coordinadamente en un río regulatorio, lo que se hace es añadir elementos de manera forzosa en especial éste, como si se tratara de un torrentoso caudal normativo adicional que no toma en cuenta el resto de los elementos ni su recipiente para permitirle fluir armónicamente.

4) Entonces, hay una nueva matriz para el Derecho de Aguas chileno, que profundiza su administrativización y lo ambientaliza; pero esta se encuentra incompleta toda vez que no hay arreglos institucionales destinados a la instalación de consejos de cuenca ni planificación hidrológica, sino sólo mecanismos para establecer planes para enfrentar y adaptarse al cambio climático.

Cuadernos de Derecho Regulatorio
Vol. 2 | 2024
Estudios I: El binomio agua y energía pp. 133–147
Madrid, 2024
DOI: 10.37417/cudere/vol_2_2024_2695
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
© Joaquín Tornos Mas
ISSN: 3020-6162

LA RECUPERACIÓN DE LOS COSTES DE PRODUCCIÓN Y SUMINISTRO DE AGUAS RESIDUALES REGENERADAS

Esteban Arimany Lamoglia
arimany@estebanarimany.com
https://estebanarimany.com
Cuerpo Superior Abogados del Estado
Grupo investigador Universidad de Granada

RESUMEN: La regeneración de aguas residuales y el suministro de las regeneradas para ser reutilizadas genera costes. El agua residual regenerada constituye una nueva fuente de recursos hídricos cuyo aprovechamiento debe promoverse para, entre otras cosas, disminuir la presión sobre los recursos convencionales. Ahora bien, será difícil conseguir los objetivos si normativamente no se acierta en la determinación de quien debe soportar los costes de producción y suministro y de los mecanismos adecuados para recuperarlos.

1. REGENERAR AGUAS RESIDUALES Y SUMINISTRAR LAS REGENERADAS GENERA COSTES

1.1. Existencia de costes en el subsistema de regeneración

Producir y suministrar, en alta o baja, en su caso almacenar y transportar, agua regenerada, a partir de las residuales, y su reutilización para los usos permitidos, genera costes y quien incurre en ellos espera, normalmente, recuperarlos.

Dentro de lo que podríamos denominar un sistema general de reutilización, en este trabajo nos vamos a centrar en la recuperación de los costes asociados a la implantación de la infraestructura de producción de agua regenerada (los denominados terciarios) y a los derivados de las operaciones (actividades y servicios) del subsistema de regeneración, esto es del subsistema que tiene su inicio en la entrada de las aguas residuales en la estación depuradora (EDAR) y su punto final en el de entrega del agua residual, pero ya regenerada, al usuario que va a reutilizarla, lo que no supone desconocer —aunque no nos ocupemos ahora de ello— la relevancia del conjunto de costes que, así mismo, genera el subsistema de reutilización en sentido estricto, a partir de la recepción del agua regenerada y hasta su aplicación o rehuso, como sería

el caso de los costes relativos a las infraestructuras y operaciones que debería acometer una comunidad de usuarios en favor de sus comuneros y la reutilización llevada a cabo por estos últimos.

En todo caso, los costes son relevantes y pueden llegar a ser disuasorios de la deseable reutilización, de modo que resulta imprescindible arbitrar mecanismos de recuperación que resulten adecuados a tal fin.

Los costes a los que aquí nos referimos —lo hemos adelantado, en parte— son los de inversión del terciario (obra civil y conjunto de instalaciones integrantes, teniendo en cuenta también los costes financieros) y los costes de operación (explotación y mantenimiento), bien sean estos últimos fijos, no vinculados a unidades de consumo, como son los correspondientes a la parte fija o de potencia de la energía eléctrica, bien sean variables, dependientes del grado de consumo practicado, como es la parte variable del coste energético, independientemente de la parte de la cuota (de disponibilidad o de consumo) que, en su caso, los albergue, en el supuesto de repercusión al usuario final.

Existen ya diversos estudios relacionados con los costes a los que venimos aludiendo, como los de DEL VILLAR GARCÍA, Alberto (2016), «*Reutilización de aguas regeneradas: aproximación a los costes de producción y valoración de su uso*», Agua y Territorio, núm. 8, pp. 70-79, y (sin año de referencia) «*Análisis de las fórmulas de recuperación de costes de aguas residuales y de su distribución para reutilización. Instrumentos para la financiación de las tarifas*», que puede consultarse *on line* en las páginas de TRAGUA. Así mismo, destacar en este momento el Informe elaborado, en julio de 2023, por los profesores Alfonso Expósito García, Julio Berbel Vecino y Esther Díaz-Cano Ocaña, a petición de la Junta de Andalucía, en el que, por lo que se refiere al uso de agua regenerada para riego, se concluye que existe capacidad de pago por parte de los regantes en el ámbito de las cuencas mediterráneas andaluzas, teniendo en cuenta los costes que estiman lo autores en dicho informe y que la potencial demanda de agua regenerada es función de la disponibilidad de otras fuentes más asequibles y de la productividad del agua para lograr cultivos rentables. Parece, no obstante, que los potenciales usuarios no siempre se muestran de acuerdo con las consecuencias de tal conclusión.

1.2. El principio general de recuperación de costes

Así las cosas, el principio general es, con sus excepciones y modulaciones, el de recuperación de costes, atendiendo al principio de «*quien contamina paga*», incluyendo también los costes ambientales (como las externalidades negativas o daños al ecosistema por parte de los diversos usos) y los de recurso (coste de oportunidad o incremento que un consumidor estaría dispuesto a pagar, en un mercado libre, por disponer de una cantidad adicional de agua, concepto difícilmente cuantificable como pone expresamente de relieve la documentación de la planificación hidrológica de las cuencas mediterráneas andaluzas).

En todo caso, son las «*Administraciones Públicas competentes*» las que, a tenor del artículo 111 bis del Texto Refundido de la Ley de Aguas (TRLA), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, tienen que establecer los mecanismos oportunos para hacer efectivo el principio de recuperación de costes.

Cabe, sin embargo, destacar que, como es bien conocido, el principio de recuperación de costes admite, como ya se adelantó, modulaciones e incluso excepciones, lo que encuentra un claro reflejo en el apartado 3 de este mismo artículo 111 bis, a tenor del cual para la aplicación del principio deben tenerse en cuenta las consecuencias sociales, ambientales y económicas, así como las condiciones geográficas y climáticas de cada territorio y de las poblaciones afectadas, siempre y cuando ello no comprometa los fines ni el logro de los objetivos ambientales establecidos. Las excepciones al principio de recuperación pueden establecerse motivadamente, mediante resolución de la Administración competente, para determinados usos, teniendo en cuenta las condiciones ya expresadas y previo informe preceptivo del correspondiente organismo de cuenca, que, en todo caso, deberá justificar que no se comprometen ni los fines ni los logros ambientales establecidos en las respectivas planificaciones hidrológicas. Nos tememos, sin embargo, que, en la realidad vivida, aparecen multitud de inaplicaciones del principio de recuperación de costes que se mueven en un terreno puramente fáctico.

Por lo demás, conviene advertir en este primer apartado que existen costes de regeneración que son difícilmente recuperables —al menos si pensamos en la recuperación frente a sujetos específicos— como es el caso del uso de las aguas regeneradas para recuperar acuíferos sobreexplotados y/o salinizados y usos medioambientales en general.

2. EL SUJETO DESTINATARIO DE LA RECUPERACIÓN DE LOS COSTES DEL SERVICIO DE PRODUCCIÓN Y SUMINISTRO DE AGUAS REGENERADAS

2.1. Las posibles opciones en torno al sujeto destinatario de la recuperación de costes de la regeneración

Salvo los supuestos, claramente indeseables, en los que los costes del subsistema de regeneración se acaban cargando, de hecho, contra los presupuestos públicos y, en alguna medida, contra los ciudadanos en general, sin mayor explicación ni vinculación directa con un mecanismo específico de recuperación , la aparición de un mecanismo de tal tipo requiere determinar el sujeto o sujetos que, finalmente, van a soportar sus consecuencias económicas, y, en ese sentido, son tres, principalmente, las opciones posibles: (i) todos los costes se cargan al usuario final del agua regenerada, (ii) todos los costes se cargan al usuario generalista, normalmente urbano (hogares, industrias..), o (iii) los costes se reparten, de modo que, al menos la inversión, iría a cargo del usuario generalista.

La opción (i), defendida por autores como JIMÉNEZ COMPAIRED, Ismael (2023), «*El régimen económico financiero de la reutilización del agua en España. ¿Cómo llenar un vacío normativo?*», en Observatorio del Ciclo del Agua 2022, Carsepp-Aranzadi, pp. 277 y ss., se apoyaría, además de en las previsiones legales más directas sobre la cuestión (*vid* apartado siguiente de nuestro trabajo), en la conexión directa que se observa entre el coste de regenerar y el beneficio económico que obtienen, con el uso del agua regenerada, los usuarios finales para fines productivos o lúdicos. El mecanismo de recuperación sería una figura *ad hoc*, como la implantación de una tarifa de regeneración que, internalizando los costes de la misma, tuviera en cuenta tal beneficio. La opción (ii) y, si se quiere, la (iii), en la parte que se carga el coste al usuario generalista, defendida por autores como MOLINA GIMÈNEZ, Andrés, «*Análisis jurídico del Reglamento (UE) 2020/741, de 25 de mayo de 2020, sobre reutilización de aguas regeneradas, y estudio de su repercusión en España»,* Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, núm. 48, encontaría sustento, además de la idea del beneficio general y del cumplimiento de objetivos ambientales a los que nos referimos en el párrafo siguiente, en el dato consistente en que es ese tipo de usuario generalista quien provoca la contaminación de las aguas, siendo adecuado gravar el consumo como indicio de producción de las residuales. Los mecanismos de recuperación a cargo de los usuarios generalistas serían, en tal caso, los cánones autonómicos de agua o saneamiento, o tasas o tarifas que gravan el saneamiento y la depuración.

Ahora bien, a primera vista, no parecen concluyentes las ideas de obtención de beneficio y de provocación de contaminación, como criterios determinantes de elección de uno u otro tipo de usuario destinatario de la recuperación. El usuario urbano o generalista obtiene también un beneficio, siquiera sea indirecto, con la regeneración y la reutilización, puesto que al disminuir, con ello, la presión sobre los recursos convencionales gana potencialmente en disponibilidad de estos últimos. Por otra parte, como sugiere MOLINA GIMÉNEZ, esta consecuencia de disminución de presión sobre los recursos convencionales constituiría una razón medioambiental suficiente para dirigir la recuperación hacia el usuario generalista.

La apreciación de la posible obtención de beneficio, mediante la regeneración y reutilización, por este último tipo de usuario, parece encuentra constatación normativa indirecta en preceptos como el artículo 55.2 TRLA, a tenor del cual, en los casos en los que el organismo de cuenca provoque una modificación de caudales que genere perjuicios a unos aprovechamientos en favor de otros, se contemplará una indemnización a cargo de los titulares beneficiados por la sustitución, y, más directamente, en la conjunción de los artículos 109.2 y 109 *quinquies* 1, párrafo segundo, también del TRLA, que, en los casos de sustitución de unos caudales por otros procedentes de la regeneración, se podrán asumir los costes adicionales que ello le provoque al usuario, por sustitución, de aguas regeneradas, bien por parte de las Administraciones Públicas, bien por parte de otras entidades que resulten beneficiadas por tal sustitución.

Desde otro punto de vista, el usuario de aguas regeneradas, también puede desvirtuarlas mediante la reutilización y puede provocar la necesidad de una nueva depuración o de la restauración del medio hacia el que las aguas regeneradas y reutilizadas son conducidas.

En cualquier caso, si de gravar el consumo se trata como indicio de producción de aguas residuales, el mecanismo elegido para financiar la regeneración, sea cual sea, debe internalizar efectivamente los costes de la misma y, en su caso, articular una afectación adicional de su rendimiento a las infraestructuras y servicios inherentes a la regeneración.

2.2. La regla general de recuperación de costes a cargo del usuario final del agua regenerada

De lege data, sin perjuicio de las excepciones y modulaciones que, como se ha advertido, puede sufrir el principio de recuperación de costes, la respuesta más directa que ofrece el TRLA a la cuestión planteada en el epígrafe que precede, es la de recuperación de costes a cargo del usuario final. El artículo 111 bis es contundente al respecto y así se desprende también del resto de su articulado, incluidos los preceptos introducidos mediante Real Decreto Ley 4/2023, de 11 de mayo, destinados precisamente a regular la reutilización.

No ha logrado prosperar una propuesta normativa, elaborada por los propios técnicos de la Administración General del Estado, preparatoria del Real Decreto Ley 4/2023, en el sentido de asumir una de las posibles variantes que podría concretar la eventual opción de reparto de costes antes mencionada. Según dicha propuesta, los costes del proceso de producción irían a cargo del titular del terciario, normalmente un ayuntamiento o una comunidad autónoma, y, por extensión, a cargo del usuario urbano o generalista. El sentido de la propuesta o trabajo ministerial puede verse con mayor detalle en ROMÁN BARREIRO, Elena, «*El reglamento (EU) 2020/741 relativo a los requisitos mínimos para la reutilización del agua. Principales novedades y propuestas de reforma legislativa en España*», Observatorio del ciclo del agua 2022, Carsep-Aranzadi, pp. 345 y ss. Sin duda, se trataba de una propuesta dirigida a no desincentivar la reutilización, en especial por parte de los regantes que pudieran disponer de fuentes alternativas más económicas, pero, como ya se ha incicado, la propuesta no prosperó y la regla general sigue siendo la de recuperación a costa de los usuarios finales del agua regenerada.

En el proceso de tramitación del nuevo Reglamento regulador de la reutilización (RER) —al menos hasta donde conozco, en su versión de entrada para informe en el Consejo Nacional del Agua— se observa un tránsito, desde el silencio más absoluto sobre la recuperación de costes (excepción hecha de las medidas de fomento de la reutilización contempladas desde el texto inicial del mencionado RER) hasta un pronunciamiento expreso al respecto en el que se constata la necesaria recuperación de costes a cargo del usuario final.

En efecto, en el trámite de consultas, algunas organizaciones de regantes abogaron por introducir un previsión en el sentido de que los costes se asumirían por las Administraciones Públicas y por los usuarios del abastecimiento urbano e industrial: la inversión para regenerar aguas continentales contaminadas por la sociedad —se

decía— debe ser solventada por la propia sociedad a través de algún mecanismo financiero.

Pero tal forma de ver las cosas no está siendo acogida (insisto, hasta donde conozco al escribir estas líneas), puesto que, tras el trámite de alegaciones y en el seno de una nueva consulta a las principales asociaciones representativas del sector, se observa que *se acepta* la aportación de la Asociación Española de Desalación y Reutilización (AEDyR) en el sentido de incluir en el futuro RER una habilitación a los operadores autorizados para repercutir los costes de producción y suministro sobre el usuario final, bien —indicaba AEDyR— mediante convenio, si el productor y suministrador es un «*ente del sector público*», bien mediante contrato cuando el titular sea un «*sujeto privado*», apuntando también a que, en el trámite de autorización de la producción de regeneradas, se aportara el correspondiente estudio económico.

A nosotros nos suscita dudas la extensión de tal previsión reglamentaria (la pretendida por AEDyR), que lo fía todo a la introducción de mecanismos bilaterales de recuperación, frente a potestades como la tributaria o tarifaria, y la propia dualidad sector público/sujeto privado (productor de agua regenerada) como condicionante de la aparición de un convenio o de un contrato, teniendo en cuenta, entre otros factores, que también en el sector público se incardinan empresas públicas que tienen naturaleza jurídico-privada.

El caso es que en el texto del RER presentado ante el Consejo Nacional del Agua, *se acepta matizadamente* la propuesta AEDyR. El artículo 10, apartado 5, bajo el título de *Condiciones generales de uso de las aguas regeneradas,* prevé que, cuando las aguas regeneradas sean aprovechadas por un concesionario distinto al titular de la autorización de producción y suministro de las mismas, tal productor y suministrador podrá repercutir sobre los usuarios finales los costes asociados a la producción y suministro de las aguas regeneradas (sin excepción), mediante el correspondiente *instrumento jurídico*, que irá acompañado, en su caso, de un estudio económico. Y el artículo 7 del mismo RER presentado ante el Consejo Nacional del Agua, bajo el título *Resolución del procedimiento de autorización de producción y suministro de aguas regeneradas*, establece, en su apartdado k), que, entre las condiciones de la autorización (nótese, la otorgada por la *autoridad competente* que, en el contexto del RER, es el organismo de cuenca), se incluirán los *criterios* para el establecimiento del precio o tarifa del uso del agua regenerada suministrada, así como las condiciones en las que se actualizará periódicamente.

Por lo tanto, el RER se queda en unas previsiones básicas, que no desentonan con la previsión nuclear del TRLA, aunque sí inciden, por ejemplo mediante el establecimiento de *criterios* para la determinación y modificación de *precios y tarifas,* en el ejercicio de las potestades que ostenta la *Administración competente*, no necesariamente coincidente, a estos últimos efectos, con la *autoridad competente-organismo de cuenca*, en el sentido del TRLA y del futuro RER.

Quedan, no obstante, relevantes trámites que cumplir antes de que se publique el texto final del RER, como es, señaladamente, el caso del dictamen preceptivo del Consejo de Estado.

3. LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS COMPETENTES PARA DETERMINAR LOS MECANISMOS DE RECUPERACIÓN DE COSTES DENTRO DEL MARCO LEGAL: EL CASO DE ANDALUCÍA

3.1. La Administración Pública competente andaluza en materia de obras y servicios vinculados a la regeneración

Como hemos visto, el artículo 111 bis del TRLA indica que serán las «*Administraciones Públicas competentes*» las que establecerán los «*mecanismos*» oportunos para hacer efectivo el principio de recuperación de costes de los servicios relacionados con la gestión del agua a cargo de los diferentes usuarios finales. Y, en el estado actual del proyecto RER, se prevé que, en la autorización de producción y suministro de aguas regeneradas, la *autoridad competente* (el organismo de cuenca) determinará los *criterios* para el establecimiento del precio o tarifa del uso del agua regenerada suministrada.

En consecuencia, según todo ello y si el RER sigue adelante con su actual redacción, una Administración Pública (la competente) establecerá un precio o tarifa que satisfará el usuario del servicio de producción y suministro de agua regenerada, con arreglo a los criterios que haya establecido el organismo de cuenca en la autorización de producción y suministro.

Los elementos inmobiliarios (el terciario, la ERA o estación de regeneración) y los servicios de regeneración presentan un fuerte vínculo con los propios de la depuración de las aguas residuales urbanas, vinculación que no se produce —aunque todo ello forma parte del ciclo urbano— con el servicio de abastecimiento, referido al agua potable, que cuenta con sus propias instalaciones de producción (plantas de tratamiento) y redes de distribución.

En la Ley 9/2010, de 30 de julio, de Aguas para Andalucía (LAA), se define el ciclo integral urbano (artículo 4.9) como un conjunto de servicios públicos prestados para el uso urbano del agua (cualquier uso del agua, siempre que su distribución o vertido se realice a través de redes municipales o supramunicipales, *ex* artículo 4.20.e) de dicha Ley), en los núcleos de población, comprendiendo el abastecimiento en alta y baja, el saneamiento, la depuración y la regeneración, en su caso, del agua residual depurada para su reutilización, incluyendo la producción y suministro hasta el punto de entrega.

En el artículo 13 de la LAA se indica que corresponde a los municipios la ordenación y prestación de servicios en el ciclo integral del agua de uso urbano y, entre ellos, el saneamiento, la depuración y la reutilización, en su caso, del agua residual depurada, en los términos de la legislación básica. Todo apunta, pues, que estamos ante una competencia municipal, por mucho que la entrega de agua regenerada se produzca para su utilización industrial o de riego agrícola.

No obstante, ello no debe llevarnos a desconocer las competencias estatales y autonómicas, en especial cuando estemos ante infraestructuras de saneamiento, depuración, regeneración y reutilización de interés general del Estado o de interés autonómico.

3.2. La obra hidráulica y el servicio de regeneración de agua residual urbana

Siempre ha existido una íntima conexión entre, por una parte, las competencias sobre las obras y los servicios hidráulicos y, por otra parte, la potestad tributaria y tarifaria para recuperar costes.

En Andalucía, abundando ahora en lo ya indicado, las competencias sobre las obras hidráulicas, incluidas las vinculadas a la regeneración de residuales, se ostentan fundamentalmente por las corporaciones locales y, en gran medida, por los municipios, aunque ello sin perjuicio de la posible existencia de obras de interés general estatales y de obras de interés autonómico. En relación con estas últimas, del artículo 63 quater de la LAA, se infiere que las obras y actuaciones de regeneración y reutilización sólo excepcionalmente se califican como de interés de la Comunidad Autónoma, en el supuesto de que, en situación de excepcional sequía declarada (escenario, no obstante, más frecuente que excepcional) liberen, de forma significativa, un recurso procedente de sistemas regulados para redes de abastecimiento. Y, por otra parte, no se descarta —más bien es el sistema ordinario, por lo menos cuando se trata de obras de depuración— que las obras de regeneración y reutilización de interés autonómico se acaben entregando, tanto por lo que se refiere a la titularidad como a la operación, a las corporaciones locales.

La obra hidráulica, así considerada, puede explotarse poniéndose a disposición del operador del servicio de regeneración, aunque lo normal es que, una vez construida, obra y servicio estén en manos de un único operador, constituyendo el conjunto uno de los servicios relacionados con la gestión del agua.

Siguiendo en Andalucía, el servicio de regeneración se configura legalmente, desde la propia legislación hidráulica, como servicio público local. Poniendo en relación dicha legislación con las previsiones de la Ley de Autonomía Local de Andalucía, Ley 5/2010, de 11 de junio, artículos 26 y siguientes y con el Estatuto de Autonomía de Andalucía, Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, artículo 92.2.d), estamos ante un servicio local de interés general que, según lo previsto en la Ley 5/2020, podría ordenarse en régimen de actividad reglamentada (prestación por particulares debidamente autorizados, sin que medie contrato público) o en régimen de servicio público (prestación por la corporación local, en forma directa o indirecta, en este último caso mediante un contrato público de gestión), en el bien entendido de que no se trata ni de un servicio público básico u obligatorio, ni mucho menos de un servicio esencial reservado, de modo que no procede optar por una modalidad de prestación en monopolio —esto es, excluyendo formalmente la concurrencia de la inciativa privada—

sin perjuicio de que podamos estar ante situaciones fácticas de monopolio natural. Tanto en régimen de actividad reglamentada como en régimen de servicio público, aparecen potestades de fijación de precios en mano del ente local.

En fin, esa caracterización de la regeneración como servicio público local comporta la potestad municipal de ordenación del servicio y de determinación de su forma de gestión, así como la potestad tributaria o tarifaria que permitirá al municipio hacer efectivo el principio de recuperación de costes al que nos venimos refiriendo, sin perjuicio de la competencia de la Comunidad Autónoma para regular los criterios básicos de tarificación del ciclo integral del agua de uso urbano, para permitir una facturación homogénea en el territorio de aquélla, pero sin llegar a mermar las facultades de las entidasdes locales par *fijar el precio de las tarifas*, todo ello según los artículos 13.f) y 8.1.m de la LAA.

Ahora bien, llegados a este punto, debemos preguntarnos, acto seguido, mediante qué mecanismos se repercutirán los costes del agua regenerada y, más adelante, si se agotan con los derivados de la potestad tributaria y tarifaria local.

4. LOS MECANISMOS AL ALCANCE DE LAS CORPORACIONES LOCALES PARA RECUPERAR COSTES

Como se acaba de indicar, la legislación de régimen local andaluza, dentro de los denominados servicios locales de interés general, distingue los que se prestan en régimen de actividad reglamentada y los que se prestan en régimen de servicio público.

En el primer supuesto (servicio local de interés general, en régimen de actividad reglamentada), el artículo 29 de la Ley 5/2010 prevé que se regulen a través de una Ordenanza que deberá contemplar, entre otros extremos, las *tarifas o precios* aplicables para toda o parte de la actividad. Estaremos, de ordinario, ante precios privados que percibirá el prestador del servicio, aunque no debería descartarse que se entrara en la categoría de prestación patrimonial pública no tributaria (PPPnt) a la que nos referimos acto seguido.

La figura financiera PPPnt ha sido ya objeto de numerosos estudios, siendo los más recientes (a la hora de escribir estas líneas) la monografía de GONZÁLEZ ORTIZ, Diego (2024), Prestaciones atrimoniales de carácter público no tributario:Análisis desde la perspectiva constitucional y legal, Editorial Aranzadi, y el artículo de Alejandro MENÉNDEZ (2024), Universidad de Valladolid, «*Sobre el régimen jurídico de las prestaciones patrimoniales de carácter publico no tributario*», Quincena Fiscal núm. 13/2024, julio 2024.

Las diferencias básicas entre tasas y PPPnt residen en que las tasas (artículos 31.1 CE y 12 Ley General Tributaria), se rigen por el principio de reserva de ley tributaria, por lo que se refiere a los elementos esenciales del tributo, se regulan por una Ordenanza Fiscal y cuentan, en su aplicación, por los privilegios que rodean a los ingresos de derecho públicos tribuarios; mientras que las PPPnt (artículos 31.3 CE y legisla-

ción de contratación pública, al regular las concesiones o mediante modificación de normas financieras nucleares) se rigen por un principio de reserva de ley no tributaria —más flexible, en especial en el ámbito local—, se regulan por Ordenanza *ad hoc* no fiscal o por la propia reglamentación del servicio y, aunque es debatido, no disponen de los privilegios de los ingresos de derecho público tributario, como es el caso del procedimiento de apremio. Por lo demás, las PPPnt son disponibles o pignorables y, en principio, se trata de una figura preferida por los operadores privados, en cuanto éstos pueden percibirlas directamente de los usuarios.

Según lo expuesto en el apartado anterior de este trabajo, el servicio de producción y suministro de agua regenerada recibe en la legislación hidráulica andaluza la calificación de servicio público. Por tanto, estaremos normalmente ante un servicio local de interés general, en régimen de servicio público y, en tal ámbito, estaremos, de ordinario, como inmediatamente aclararemos, ante la percepción de un tributo en forma de tasa o ante una PPPnt. Que estemos ante uno u otro tipo de percepción dependerá fundamentalmente de la forma del ente gestor y de si la actividad que éste desarrolla puede calificarse de coactiva. Se entiende, en ese contexto, por coactiva aquella contraprestación que paga el usuario por recibir un servicio esencial del que no se puede prescindir o sobre el que no hay una alternativa de mercado. En ese sentido, resulta discutible si la contraprestación por recibir agua regenerada puede calificarse o no de coactiva, pero lo cierto es que se observa un movimiento, diríamos que práctico, dando respuesta positiva a tal pregunta, de tal modo que, si media coactividad y una determinada forma de gestión, estaremos ante una PPPnt.

En suma, estaremos ante una tasa si el servicio se presta por un ente público no empresarial (p.ej. la propia corporación local o un organismo autónomo) y la prestación se considera coactiva (si no fuese coactiva estaríamos, en esas formas de gestión, ante un precio público) y ante una PPPnt si el servicio se presta por una empresa pública (ente público empresarial o sociedad mercantil pública), empresa de economía mixta, concesionaria o prestadora de servicios al público y la prestación se considera coactiva (si no fuese coactiva estaríamos, en esas formas de gestión,s ante un precio privado).

Podemos remitirnos al excelente trabajo de JIMÉNEZ COMPAIRED, antes citado, para tener constancia de un mapa muy completo de lo que se está haciendo, en el campo que nos ocupa, por parte de un número elevado de corporaciones locales en España. Todos los modelos analizados gravan a los usuarios del agua regenerada, cualquiera que sea el destino de la reutilización (ej. industria, riego agrícola, campos de golf), sin que, a nivel local, se nos dé cuenta de tasas o tarifas que persigan financiar el servicio de regeneración mediante la repercusión de costes en los usuarios generalistas. Normalment, las tarifas aplicadas a las aguas regeneradas son inferiores a las de otras fuentes hídricas y se observa predominantemente una «progresividad inversa», eso es, a mayor consumo menos gravamen.

Por lo demás, en el trabajo de JIMÉNEZ COMPAIRED, se observan muchos casos en los que las corporaciones locales no siguen estrictamente el esquema teórico al que se ha hecho referencia en las líneas anteriores, pues se observan, por poner

ejemplos de desvíos, sociedades publicas que perciben tasas —extremo que no es legalmente de recibo, como se ha ocupado de precisar el TS— o consorcios o sociedades de economía mixta con ordenanzas de precios privados.

En suma, lo que se observa, como el propio autor se encarga de subrayar, es que estamos ante un desorden normativo, como es el que se puede apreciar, en general, cuando se analiza el conjunto denominado «régimen económico finaciero de la utilización del agua».

Dentro de ese régimen económico encontramos, como es bien conocido, además de tarificación local, determinados tributos, en especial autonómicos, cuyo rendimiento se afecta a la ejecución y, en su caso, explotación de obras hidráulicas y conviene deternerse en ello para indagar si, a través de la aplicación de alguno de esos tributos, podría llegarse al resultado práctico de un reparto de costes entre usuarios generalistas y usuarios de agua regenerada, por lo que al servicio de regeneración se refiere, solución de reparto que, como hemos visto, no es la que se desprende *prima facie* del TRLA y del RER en tramitación. Dicho de otro modo, nos interesa indagar si, mediante aplicación de alguno de esos tributos afectados a la ejecución y explotación de obras hidráulicas, pudiera alcanzarse una solución de reparto de costes.

5. LA PERSPECTIVA DE LOS TRIBUTOS, EN ESPECIAL AUTONÓMICOS, AFECTADOS A LA EJECUCIÓN Y, EN SU CASO, EXPLOTACIÓN DE OBRAS HIDRÁULICAS

Tanto en el TRLA (artículo 114) como en la LAA (Capítulo III del Título VIII) se regula una Tarifa de utilización, calificada por el TRLA como tasa, que grava a los beneficiados por la ejecución y explotación de obras hidráulicas, entre las que se incluyen expresamente las de producción y suministro de aguas regeneradas, financiadas por el Estado o por las Comunidades Autónomas.

En el ámbito de la comunidad autónoma andaluza, la Tarifa de utilización podría operar siempre que no recayera sobre el mismo objeto el canon de mejora al que nos referiremos de inmediato. Ahora bien, en todo caso, no parece —salvo que se entrara en un debate sobre quién puede calificarse como beneficiado— que dicha Tarifa cambie la dinámica que se viene observando en este trabajo de recuperación de costes a cargo del usuario final.

En cambio, si reparamos en los Cánones de mejora andaluces (Capítulos I y II del Título VIII de la LAA), bien se trate de los derivados de la ejecución de obras de interés autonómico de cualquier tipo, bien se trate de los derivados de la ejecución de obras locales (aunque en este último caso se menciona la depuración, pero no expresamente la regeneración), observamos que se grava, con peculiaridades diversas, el uso de agua potable suministrada a través de redes de abastecimiento y que su producto se afecta a la ejecución de las obras mencionadas.

El importe de los Cánones de mejora puede cederse o darse en garantía en operaciones de financiación y, si se trata de obras de competencia local, se especifica que se trata de un tributo temporal dedicado a financiar la inversión y los costes financieros vinculados a la obra, con el límite de las tarifas de abastecimiento y saneamiento.

Lo más relevante, a efectos de este trabajo, es subrayar que los Cánones de mejora andaluces sí cambian radicalmente la visión de recuperación de costes a cargo del usuario final del agua regenerada, en la medida que el sujeto gravado sería el usuario generalista urbano a quien se le suministra agua potable a través de las redes de abastecimiento.

En definitiva, a través de dichos Cánones, con los ajustes correspondientes, podría hacerse efectiva la opción de financiar la regeneración mediante un sistema de reparto de costes entre el usuario generalista y el final de agua regenerada.

Por lo demás —sin detenernos en mecanismos de recuperación meramente convencionales o en los arbitrados para ser ingresados por las sociedades estatales o autonómicas de obras hidráulicas— en el caso de otros cánones autonómicos de agua o de saneamiento, analizados también por JIMÉNEZ COMPAIRED, cuyo trabajo, antes citado, seguimos en estas líneas, se suele gravar el consumo de agua de diversas procedencias, en la medida que se presume que dicho consumo acabará provocando vertidos sometidos a depuración. La imposición no gira sobre el vertido, sino sobre la producción de aguas residuales que, probablemente, se conducirán a una depuradora. Suelen afectarse a la ejecución de obras de saneamiento y depuración y en el caso de la Epsar de la Comunidad Valenciana, también expresamente a obras de regeneración.

Nótese, por tanto, que tales cánones autonómicos, de agua o de saneamiento, también serían susceptibles de excepcionar la regla de repercusión de costes de regeneración en el usuario final del agua regenerada, puesto que, al gravarse consumo de diversa procedencia, se está gravando también al usuario de agua potable o generalista urbano y el importe recaudado puede dedicarse a la inversión en obras de regeneración. No obstante, creemos que no están diseñados para internalizar y financiar, en sentido estricto, los costes asociados a la producción y suministro de agua regenerada. Para conseguir este último objetivo, probablemente habría que ajustar su regulación y funcionalidad.

Por otra parte, como también señala JIMÉNEZ COMPAIRED cuando, en el ámbito de los mencionados cánones se grava a usuarios finales de agua regenerada —no deja de ser un consumo de agua de determinada procedencia— no es con la finalidad de financiar el servicio de regeneración, sino partiendo de la convicción de que, con la reutilización, también se podrían producir vertidos susceptibles de ser depurados. Además, suele eximirse el uso para riego (el principal de las aguas regeneradas) y, en general, el uso de aguas regeneradas viene acompañado de beneficios fiscales, como es el caso de supuestos de no sujeción, en el Pais Vasco; exención para usos destinados a la prestación gratuita de servicios por parte de las Administraciones Públicas, como la limpieza de calles o la reutilización directa si las aguas no se vierten a redes de saneamiento, en Cataluña; o bonificaciones para consumos industriales de aguas regeneradas suministradas por Epsar, en la Comunidad Valenciana).

En definitiva, estos otros cánones autonómicos de agua y saneamiento a los que se acaba de hacer referencia no están diseñados, en su actual regulación, para hacer efectivo el principio de recuperación de costes de la producción y suministro de agua regenerada.

6. MEDIDAS DE FOMENTO ECONÓMICO DE LA REUTILIZACIÓN

Ya se ha indicado con anterioridad que el principio de recuperación de costes permite —cumpliendo determinadas condiciones— algunas excepciones y modulaciones, según prevé expresamente el artículo 111 bis del TRLA que, precisamente, es el que recoge normativamente el principio de que se trata.

Terminaremos este trabajo aludiendo a las medidas concretas que tanto el TRLA como el RER en tramitación consideran medidas de fomento de la reutilización, sin perjuicio de tener en cuenta que medidas del mismo tipo pueden venir contempladas en otras normas sectoriales, como es el caso de la regulación de los regadíos con agua regenerada.

El artículo 100.2 TRLA prevé que en la autorización de vertido se establezcan condiciones de vertido más rigurosas cuando el cumplimiento de los objetivos medioambientales así lo requiera.

El artículo 109.2 del TRLA prevé:

— En primer lugar, que las Administraciones Públicas, como un medio para promover la economía circular y reforzar la adaptación al cambio climático, deberán impulsar la reutilización de las aguas, previendo para ello los instrumentos económicos que se consideren adecuados.

— En segundo lugar, que podrán concederse ayudas al concesionario de las aguas regeneradas (usuario final), ayudas que podrán alcanzar la totalidad de los costes asociados a la reutilización en situaciones en las que se haya impuesto la sustitución de caudales por los procedentes de la regeneración, así como la exención establecida en el artículo 114 TRLA respecto de la denominada Tarifa de utilización en los mismos casos. Es pertinente subrayar que, como ya se adelantó, de conformidad con el artículo 109 quinquies, 1, 2º párrafo, estos costes adicionales podrán ser asumidos por las Administraciones Públicas u otras entidades que resulten beneficiadas por la sustitución, lo que identificábamos como un reconocimiento normativo de la existencia de beneficiados por la reutilización que no se identifican con el usuario final del servicio de regeneración (en igual sentido, se citó ya la previsión del artículo 55.2 del TRLA).

— En tercer y último lugar, se impone la elaboración de planes que fomenten la reutilización de aguas asociados a los usos urbanos a las Administraciones públicas competentes en materia de abastecimiento, saneamiento y depuración de aglomeraciones urbanas de más de 50.000 habitantes, planes que incluirán una estimación de costes.

Por supuesto, el artículo 110 TRLA, Ayudas del Estado para actividades que mejoren la calidad de las aguas, que extiende expresamente las ayudas a quienes procedan a la implantación de sistemas de reutilización o desarrollen actividades de investigación en la materia.

Así mismo, conviene subrayar que el artículo 109 *quinquies* del TRLA, a pesar de llevar la rúbrica «*Costes asociados a la reutilización de las aguas*», no constituye una regulación ni mucho menos completa de lo que cabría esperar a la vista de su enunciado. El mencionado precepto se ocupa solamente de las ayudas y repercusión de costes en los casos de sustitución de caudales y de recordar que, conforme al artículo 113.3 del TRLA, el volumen de agua que se reutilice estará exento del Canon de control de vertido (otro instrumento dentro del denominado «régimen económico financiero de la utilización del agua»). Por su parte, el RER establece, sobre este punto, que el descuento en el cálculo del canon del control de vertidos se reflejará en la autorización de vertido, una vez se haya otorgado la autorización de producción y suministro de agua regenerada.

7. CONCLUSIONES

A nuestro juicio, la deseable promoción de la reutilización de las aguas residuales regeneradas debe venir acompañada de un mayor esfuerzo normativo, estatal y autonómico, no precisamente reglamentario, que desarrolle con rigor y precisión el principio de recuperación de costes y sus distintas consecuencias, tanto por lo que se refiere a los servicios de producción y suministro de agua regenerada como por lo que concierne a la reutilización en sentido estricto.

Así mismo, deben desplegarse superiores exigencias administrativas para que las posibles situaciones de excepción frente al principio de recuperación de costes se ajusten, en el fondo y en el procedimiento y forma, a los requerimientos legales que pueden legitimarlas sin que tales situaciones se muevan en terrenos meramente fácticos y carentes de transparencia.

Los costes de inversión y operación inherentes a la producción y suministro de agua regenerada deberían poder repartirse equitativamente, mediante la fórmula legal que se establezca, entre los usuarios urbanos o generalistas del agua y los usuarios finales del agua regenerada, teniendo en cuenta que los conceptos de contaminación de las aguas y del ecosistema y de obtención de beneficio, directo o indirecto, que proporciona la reutilización, como, en fin, el objetivo de disminución de la presión sobre los recursos hídricos convencionales, no permiten inclinar la balanza para cargar todos los costes a una de dichas clases de usuario en exclusiva. Por otra parte, cargarlos solamente sobre los potenciales usuarios de aguas regeneradas, singularmente sobre los regantes, puede desincentivar drásticamente el recurso a la reutilización, lo que no supone aceptar que el uso agrícola de agua regenerada deba ser gratuito.

La regla general que se desprende, *prima facie*, del TRLA, y que parece querer subrayar el RER en tramitación, es la de recuperación de todos los costes a cargo del

usuario final del agua regenerada, remitiendo legalmente la efectividad del principio al establecimiento de *mecanismos adecuados* por parte de las *Administraciones competentes.*

Por lo que se refiere a la Comunidad Autónoma de Andalucía, la regla general, salvo ámbitos teóricamente excepcionales de obras de interés general estatal o de interés autonómico (en la práctica y en épocas de sequía, no tan excepcionales) el servicio de regeneración se califica como servicio de interés local en régimen de servicio público, lo que aboca a ordenanzas y reglamentos locales que deberían establecer instrumentos financieros de recuperación de costes acordes con la forma de gestión empleada y con la consideración o no del servicio de regeneración como de obtención coactiva (en el sentido jurídico de tal expresión). Ello conduce —aunque no siempre se respeta el esquema teórico— a la figura de la tasa, si el servicio se considera coactivo y la gestión es puramente pública, sin mediar empresa pública o privada, o a la figura de la prestación patrimonial de carácter público no tributaria, que se va imponiendo en la práctica, si el servicio se considera coactivo y la gestión se realiza a través de entidad pública empresarial, sociedad pública, empresa mixta o concesionaria o prestadora del servicio privada. No obstante, el dato de la coactividad resulta discutible y si se abogara por la no coactividad estaríamos ante precios públicos o privados. En cualquiera de tales casos, la recuperación de los costes de la regeneración se dirige hacia el usuario final del agua regenerada.

Sin embargo, creemos que, en la Comunidad Autónoma andaluza, previo ajuste legal puntual en su caso, se puede llegar a un escenario de reparto de costes a través de una adecuada aplicación de los denominados cánones de mejora, mediante los que se grava a los usuarios de agua potable que reciben suministro a través de las redes de abastecimiento y que tienen su producto afectado a la ejecución de obras hidráulicas de interés autonómico o local, entre las que se integran las obras de saneamiento, depuración y regeneración/reutilización.

En el resto de las Comunidades Autónomas, se podría llegar a resultados parecidos mediante la aplicación de los cánones de agua y de saneamieno, aunque con mayores esfuerzos legislativos de ajuste, puesto que, como demuestran estudios recientes a los que el cuerpo de este trabajo se refiere, su diseño y funcionalidad no parecen estar pensados, en el momento actual, para internalizar los costes incurridos al producir y suministrar aguas regeneradas.

Finalizar, pues, insistiendo en la necesidad de un mayor esfuerzo legislativo para ordenar la materia a la que nos hemos venido refiriendo, lo que, sin duda, redundaría en un escenario de mayor seguridad jurídica en la deseable potenciación de la reutilización.

Cuadernos de Derecho Regulatorio
Vol. 2 | 2024
Estudios I: El binomio agua y energía. pp. 149–161
Madrid, 2024
DOI: 10.37417/cudere/vol_2_2024_2695
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
© Maur Díaz Jover
ISSN: 3020-6162

NUEVAS FUENTES PARA ACTUALES PROBLEMAS. EL SUMINISTRO DE AGUA COMO PRODUCTOR DE ENERGÍA RENOVABLE*

Maur Díaz Jover
Profesor lector
Universitat Oberta de Catalunya**

RESUMEN: El presente trabajo aborda el estudio del artículo 7.3 de la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética. En él se establece una medida novedosa: la generación de energía hidroeléctrica aprovechando el agua fluyente por los sistemas de distribución y depuración de agua. Esta medida, que se mueve dentro de los objetivos propuestos por la legislación de cambio climático, se topa con obstáculos, alguno de los cuales son analizados.

PALABRAS CLAVE: energía hidroeléctrica; cambio climático; ciclo integral del agua; iniciativa pública local.

ABSTRACT: This paper studies article 7.3 of Law 7/2021, of 20 May, on climate change and energy transition. This establishes a new measure: the generation of hydroelectric energy using the water flowing through water distribution and purification systems. This measure, which falls within the objectives proposed by the climate change legislation, encounters obstacles, some of which are analysed.

KEYWORDS: hydropower; climate change; integrated water cycle: local public initiative.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. EL PAPEL DEL ABASTECIMIENTO DE AGUA POTABLE EN LA LEY DE CAMBIO CLIMÁTICO.— 3. LOS CONDICIONANTES JURÍDICOS AL USO DEL AGUA DE ABASTECIMIENTO PARA LA GENERACIÓN DE ENERGÍA HIDROELÉCTRICA: 3.1. La prevalencia del abastecimiento a poblaciones sobre otros usos; 3.2. La iniciativa económica municipal.— 4. EL CASO DE PORTLAND.— 5. CONSIDERACIONES FINALES.— 6. BIBLIOGRAFÍA.

---

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación PID2022-140060NB -I00, «La regulación de riesgos derivados del cambio climático y las nuevas fórmulas para su justa distribución social. La transición hídrica como sector de referencia», IP1: Dr. José Esteve Pardo, IP2: Dra. Mariola Rodríguez Font.

** *mdiazjov@uoc.edu*

1. INTRODUCCIÓN

Agua y energía conforman un binomio de difícil disociación. La fuerza del agua en movimiento ha sido aprovechada por su capacidad de generar energía hidráulica[1]. En un mundo donde la energía proveniente de fuentes renovables y sostenibles es cada vez más importante, la búsqueda de fuentes alternativas de generación eléctrica se ha convertido en una prioridad. Uno recurso clave para lograr este objetivo son los fluyentes de los sistemas de abastecimiento de agua potable, según de la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética. Estos flujos de agua que se generan en gran cantidad en plantas de tratamiento de agua y en estaciones de bombeo. Aprovechar este recurso no sólo puede ayudar a reducir la dependencia de fuentes de energía más contaminantes, sino que también puede proporcionar una solución innovadora para abordar los desafíos de energía y agua, simultáneamente.

En el camino hacia una transición energética sostenible son una referencia insalvable los Objetivos de Desarrollo Sostenible previstos en la Agenda 2030[2] y, entre ellos, una idea central: la economía circular[3]. Estos aspectos son abordados en el art. 1 de la Ley de cambio climático, estableciéndose como objetivo de ésta facilitar la descarbonización de la economía, así como la transición a un modelo circular, cuyo objetivo último es el uso racional de los recursos. Uso racional que, a su vez, viene impuesto por el art. 45 de la Constitución, el cual asigna a los poderes públicos una actitud proactiva en la protección, mantenimiento y restauración de aquellos recursos que forman parte del medio ambiente, entre ellos, el agua[4]. No obstante, debe destacarse que un recurso tan importante cuente, en el ámbito de la Ley de cambio climático, con una sola referencia[5], la que se procederá a comentar, y no se establezca ninguna medida concreta o precisa tendente a reducir la vulnerabilidad del sistema hídrico[6].

En un escenario como el actual de lucha contra el cambio climático, de descarbonización y fomento de las energías renovables, el potencial de la red de abastecimiento de agua no puede ser desperdiciado —o menospreciado—.

---

1 Saint, Andrew. *Cragside*, Tempus, 2006.

2 Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de septiembre de 2015.

3 Canals Ametller, Dolors, «La operatividad de la economía circular y su gestión local», en Esteve Pardo, José, *La Agenda 2030, Implicaciones y retos para las administraciones locales*, Ed. Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2021, pp. 241 - 272.

4 Arroyo, Miguel A. «Elementos de una política del medio ambiente», en *DA*, núm. 145, 1972, pp. 77 - 96.

5 Situación similar en el caso de la Ley 16/2017, de 1 de agosto, del canvi climátic de Cataluña.

6 Vid. Arana García, Estanislao y Miranzo Díaz, Javier, *La gestión de la escasez de agua y de las sequías por parte de las entidades locales: guía para una gestión eficiente*, Ed. Aranzadi, 2021, 160 pp.

2. EL PAPEL DEL ABASTECIMIENTO DE AGUA POTABLE EN LA LEY DE CAMBIO CLIMÁTICO

Un nuevo reto afronta la gestión de los servicios del ciclo integral del agua, a la vista del parco e impreciso apartado tercero del art. 7 de la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático, que se pronuncia en los siguientes términos:

> «Al objeto de avanzar en nuevos desarrollos tecnológicos en materia de energías renovables y contribuir al logro de los objetivos previstos en la ley se promoverá, para usos propios del ciclo urbano del agua, el aprovechamiento para la generación eléctrica de los fluyentes de los sistemas de abastecimiento y saneamiento urbanos, siempre condicionado al cumplimiento de los objetivos de dichos sistemas cuando sea técnica y económicamente viable»[7].

Un primer análisis de este precepto nos permite identificar una cuestión clave: no se establece ninguna medida o acción directa concreta —reiterando los verbos *promover* y *fomentar* que impregnan todo el texto— para la generación de energía eléctrica a través del aprovechamiento de las redes de abastecimiento y saneamiento de agua. Parece ser que la intención del legislador es dejar la decisión y las medidas a adoptar a consideraciones administrativas discrecionales posteriores, negociadas incluso[8].

Esta decisión legislativa, la libertad de medios para la consecución de los fines establecidos por la normativa de cambio climático, puede tener su razón de ser en la autonomía local constitucionalmente garantizada[9], así como la potestad de autoorganización que los entes locales tienen reconocida, también, para la gestión de los servicios de su competencia. Así lo afirma el texto constitucional y lo recoge la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que establece de manera clara la competencia local sobre las distintas fases del ciclo del agua. De la legislación local se deprende, de modo claro, que tanto el abastecimiento como el saneamiento de agua se configuran como un servicio de prestación obligatoria en y por todos los municipios (art. 26), independientemente de la población que habite en el término municipal, con la consecuente dotación de una cantidad mínima de agua para satisfacer sus necesidades[10].

---

[7] En el análisis de este artículo, no nos referiremos a la posible gestión indirecta que puede realizarse, a la luz del art. 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, de los servicios de abastecimiento y saneamiento de aguas. El supuesto que tomaremos de referencia es la gestión directa del mismo.

[8] Ver el trabajo recientemente publicado por Esteve Pardo, José, *El camino a la desigualdad. Del imperio de la ley a la expansión del contrato*, Madrid: Ed. Marcial Pons, 2024, 166 pp.

[9] Por todos, Fanlo Loras, Antonio, *Fundamentos constitucionales de la autonomía local*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

[10] En la Observación General 15 del Comité DESC se establece que la suficiencia de agua se corresponde con la establecida por la Organización Mundial de la Salud, institución que sitúa entre los 50 y los 100 litros diarios por persona el mínimo de agua necesaria para ver cumplidas todas las necesidades básicas y que no perturbe la salud y bienestar de las persones. Véase World Health Organization, *Domestic Water Quantity, Service Level and Health*, 2003

Prosiguiendo con el análisis de este precepto, lo que sí establece es un mandato de fomento dirigido a los poderes públicos, a fin de implementar aquellas medidas destinadas a aprovechar la fuerza motriz del agua para generar energía. Este mandato, no obstante, topa con serias limitaciones, pues la viabilidad de la medida queda subordinada «*al cumplimiento de los objetivos de dichos sistemas cuando sea técnica y económicamente viable*». Cuando alude al cumplimiento de los objetivos del sistema de abastecimiento se refiere a la propia garantía de suministro, establecida en gran medida en el Real Decreto 3/2023, de 10 de enero, por el que se establecen los criterios técnico-sanitarios de la calidad del agua de consumo, su control y suministro. Sobre la expresión «*cuando sea técnica y económicamente viable*» no es preciso ahondar mucho, en tanto que si la técnica no existe, no puede implementarse. Si no es viable económicamente, derivado de los mandatos de la sostenibilidad económica impuesta a los entes locales[11], no podrá llevarse a cabo —en caso de que la gestión la realice el propio municipio—. Cuestión similar se produciría en caso de un gestor privado. Si no es económicamente viable, no se producirá inversión del sector privado para promover esta actividad. Ahí radica, en todo caso, la virtualidad y efectividad de las medidas de fomento como instrumentos que permitan llevar a cabo la voluntad del legislador.

Esta voluntad de aprovechar el agua fluyente por las conducciones podría llegar a enmarcarse en uno de los objetivos descritos por la norma citada, como sería la transición a un modelo de economía circular[12]. Si reparamos en la aproximación conceptual de economía circular, ésta se funda sobre un necesario cambio de modelo, pasando de uno basado en la «secuencia "tomar-fabricar-consumir y eliminar", un modelo lineal basado en la hipótesis de la abundancia, disponibilidad, facilidad de obtención y eliminación barata de los recursos»[13] a otro donde prima compartir, reutilizar, reparar, renovar y reciclar, en un circuito —círculo— cerrado, evitando cualquier malbaratamiento[14].

Atendiendo a la citada definición y en conexión con lo dispuesto en el artículo 7.3 de la Ley de Cambio Climático, sin embargo, no nos hallaríamos ante un caso de economía circular *stricto sensu*. No se está realizando un *segundo uso* del agua destinada al consumo humano —o saneada—, sino que se aprovecha el propio torrente generado por las canalizaciones. No se reutiliza, renueva o recicla en ningún caso el

---

[11] Diaz Jover, Maur, «El garantismo municipal y la sostenibilidad de la hacienda local en la gestión del servicio de abastecimiento de agua», en Arana García, Estanislao (Dir.) y Burgos Garrido, Belén (Coord.), *El control de la colaboración privada en la gestión de los servicios urbanos del agua. Hacia un nuevo pacto social por la gestión del agua*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2020, pp. 265 - 282.

[12] En el caso de Cataluña, la Ley 16/2017, de 1 de agosto, del canvi climátic, en el art. 4 define la economía circular como aquella que «*promueve la eficiencia en el uso de los recursos para alcanzar un alto nivel de sostenibilidad, mediante el ecodiseño, la prevención y minimización de la generación de residuos, la reutilización, la reparación, la remanufacturación y el reciclaje de los materiales y productos, frente a la utilización de materias primas vírgenes*».

[13] European Parliamentary Research Service, *Closing the loop. New circular economy Package*, 2016.

[14] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Hacia una economía circular: un programa de cero residuos para Europa* /* COM/2014/0398 final */

producto principal, el agua. No se aparta de su destino final y, una vez consumido, no se procede a dar un uso sucesivo. Esta medida, así prevista en la ley, podría subsumirse en la voluntad de descarbonizar la economía española, si bien a la vista del redactado del precepto, los resultados esperados son reducidos.

A esta deducción podemos llegar analizando el redactado del precepto, de modo especial, cuando señala que «*se promoverá, para usos propios del ciclo urbano del agua, el aprovechamiento para la generación eléctrica de los fluyentes de los sistemas de abastecimiento y saneamiento urbanos*». Una interpretación literal nos lleva a señalar que se hace referencia, casi, a un sistema de autoconsumo, sólo para suministrar energía a las diferentes fases del ciclo del agua[15].

En este punto es preciso considerar dos aspectos clave en la generación de energía hidroeléctrica aprovechando los sistemas de suministro y saneamiento. Primero, la misión prioritaria de todo gestor del servicio público es abastecer a la población y no generar energía. Emprender esta actividad podría desviar de la función principal numerosos recursos económicos, materiales y personales. Segundo, para que esta medida fuese viable desde un punto de vista económico —teniendo en cuenta que, como veremos más adelante, no se trata de un autoconsumo con excedentes— debería generarse tanta energía como para realmente nutrir toda la red de abastecimiento. Esta cantidad de agua se encuentra disponible sólo en grandes municipios, con lo que esta medida quedará limitada a algunos núcleos urbanos que cuenten con los recursos necesarios para acometerla.

En resumen, el mandato que establece el precepto queda desvanecido por la no inclusión de ninguna medida directa, difuminándose en la adopción de medidas de fomento, sometidas a importantes condicionantes. La acción del municipio en este aspecto queda claramente limitada, en términos de eficiencia y eficacia económica, así como de viabilidad técnica.

3. LOS CONDICIONANTES JURÍDICOS AL USO DEL AGUA DE ABASTECIMIENTO PARA LA GENERACIÓN DE ENERGÍA HIDROELÉCTRICA

El impreciso redactado del art. 7.3 de la Ley de Cambio Climático y transición energética alberga, aun sin mencionarlos, condicionamientos importantes para su efectiva implementación. Se detallarán alguno de ellos, si bien la lista podría ser mayor, atendiendo a cómo sea gestionado el servicio de abastecimiento de agua.

---

[15] Según los datos del Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (IDAE), «En total, para el conjunto del país se estima un caudal de agua de abastecimiento urbano de 3.730 hm3 anuales y un volumen de agua residual tratada de 4.450 hm3, […] La energía asociada a estos tratamientos se estima para captación, abastecimiento y distribución de agua urbana un consumo de electricidad en bombeo de 447 GWh/a, y en depuración un consumo de electricidad de 2.225 GWh/a». Disponible en: *https://www.idae.es/tecnologias/eficiencia-energetica/servicios/abastecimiento-y-depuracion-de-agua*

En este trabajo destacamos dos condicionamientos: la atención prioritaria que el abastecimiento tiene en la legislación de aguas sobre cualquier otro uso y, situándonos en el supuesto de que la prestación la realiza el propio ente local, la iniciativa económica que el municipio podría estar desarrollando en caso de generar energía hidroeléctrica con el torrente de agua canalizada.

3.1. La prevalencia del abastecimiento a poblaciones sobre otros usos

Los sucesivos y múltiples usos del agua pueden originar serios conflictos jurídicos entre usuarios, Administraciones públicas y posibles tenedores privados de derechos de uso sobre las aguas. Para resolverlos nuestro ordenamiento tradicionalmente ha priorizado unos usos por encima de otros, basado en reglas de ordenación regidas por la premisa clara de satisfacción de los intereses generales. Esta previsión, el establecimiento de un orden de uso, ya se encontraba en las Leyes de Aguas de 1866 y de 1879[16]. En el primer caso, el art. 207 determinaba que la concesión de aprovechamiento de aguas sería concedida para satisfacer unas necesidades, enumeradas y ordenadas por preferencia: 1) abastecimiento de poblaciones; 2) abastecimiento de ferrocarriles; 3) riegos; 4) canales de navegación; 5) molinos y otras fábricas, barcas de paso y puentes flotantes; 6) estanques para viveros o criaderos de peces. El segundo párrafo del citado artículo exponía que, en el caso de solicitarse varios aprovechamientos sobre esas aguas públicas, «serán preferidas las empresas de mayor importancia y utilidad», asumiéndose un criterio de temporalidad a las que estuvieran en «igualdad de circunstancias». La Ley de Aguas de 1879 establecía la misma preferencia de uso en el art. 160, añadiendo que en todo caso se respetarán preferentemente les aprovechamientos comunes anteriormente expresados.

Recogiendo el testigo iniciado por las leyes de aguas del siglo XIX, la Ley de Aguas de 1985 y el posterior Texto Refundido recogieron también una prelación sobre la base de una dualidad de modalidades de aprovechamiento, el *común* y el *especial*[17].

En la actualidad el orden de prioridad de uso de aguas se concreta en el art. 60.1 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas, el cual determina que, en relación con la protección de los intereses generales, «en las concesiones se observará, a efectos de otorgamiento, el orden de preferencia que se establezca en el Plan Hidrológico de la cuenca correspondiente, teniendo en cuenta las exigencias para la protección y conservación del recurso y su entorno».

El apartado 3 del art. 60 TRLAg indica:

> «A falta de dicho orden de preferencia regirá con carácter general el siguiente:

---

[16] Álvarez Fernandez, Mónica, *El abastecimiento de agua en España*, Madrid: Ed. Civitas, p. 80-88.

[17] Pinto, Mauricio; Torchia, Noelia y Liber, Martín, *El Derecho Humano al Agua. Particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio*, Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrol, 2008, pp. 2-9.

1.º Abastecimiento de población, incluyendo en su dotación la necesaria para industrias de poco consumo de agua situadas en los núcleos de población y conectadas a la red municipal.
2.º Regadíos y usos agrarios.
3.º Usos industriales para producción de energía eléctrica.
4.º Otros usos industriales no incluidos en los apartados anteriores.
5.º Acuicultura.
6.º Usos recreativos.
7.º Navegación y transporte acuático.
8.º Otros aprovechamientos.
El orden de prioridades que pudiere establecerse específicamente en los Planes Hidrológicos de cuenca, deberá respetar en todo caso la supremacía del uso consignado en el apartado 1.º de la precedente enumeración».

Esta priorización del abastecimiento de agua a la población queda enfatizada en el apartado cuarto del mismo artículo, al indicar que: «en caso de incompatibilidad de usos, serán preferidas aquellas de mayor utilidad pública o general, o aquellas que introduzcan mejoras técnicas que redunden en un menor consumo de agua o en el mantenimiento o mejora de su calidad». Esta última referencia resulta de interés. Una lectura conjunta de los preceptos citados nos puede llevar a considerar que dentro del «mantenimiento» –junto con la promoción de energía hidroeléctrica para «usos propios del ciclo urbano del agua», art. 7.3 Ley de Cambio Climático–, el legislador ha previsto la configuración de un sistema de sistema de autoconsumo. Uno, que no menoscabe la dotación de agua para el suministro.

Cuestión aparte sería analizar, según lo que determina la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, si nos encontraríamos ante un autoconsumo sin excedentes o con excedentes. Una interpretación literal nos invita a pensar que, aun pudiendo existir energía sobrante, esta deberá ser desechada. Esta interpretación, no obstante, podría ir en contra del espíritu de la legislación de cambio climático.

Volviendo sobre el listado de preferencias, queda clara la primacía que el abastecimiento de agua potable tiene, como uso prioritario que reporta una mayor satisfacción del interés general. Así también lo entendió el Tribunal Supremo en la Sentencia 302/2019, de 8 de marzo de 2019, al considerar que la determinación de la prelación de los usos del agua es una opción del legislador, con lo que se presume la búsqueda de la protección del interés general[18].

De estas prioridades la que nos interesa destacar es la relativa al abastecimiento de poblaciones, al ser uno de los medios para generar energías renovables en atención a los objetivos previstos en la Ley de Cambio Climático. Y es precisamente aquí donde localizamos un primer condicionamiento. El reiterado art. 7.3 señala que el uso

[18] Blanquer, David, *La iniciativa privada y el ciclo integral del agua*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, p. 38. Como el autor indica, el establecimiento de preferencias de uso de un recurso escaso como las aguas responde, en todo caso, a una escala de valores sociales considerados como *buenos* o positivos para el desarrollo de la sociedad, una jerarquía fijada en base a los intereses públicos a promocionar. Podemos observar comparativamente cómo respecto las leyes del siglo xix y las actuales se han desplazado ciertos usos, o siendo relegados en posiciones más «bajas», la única que se ha mantenido inalterable en el primer puesto ha sido el abastecimiento a poblaciones.

de los fluyentes de los sistemas de abastecimiento y saneamiento para la generación de energía eléctrica se realizará «condicionado al cumplimiento de los objetivos de dichos sistemas».

Como hemos indicado con anterioridad, la configuración del abastecimiento de agua como un servicio de prestación obligatoria en y por todos los municipios (art. 26) implica la dotación de una cantidad mínima de agua. Esto es, precisamente, lo que no puede verse comprometido. No estaríamos, a nuestro entender, en un supuesto de usos alternativos a los que se refería la Exposición de Motivos de la Ley de Aguas de 1985, los cuales implican de forma conexa la necesidad de concretar una prelación de uso del recurso natural. Esta preferencia comportará, a su vez, la necesidad de adoptar políticas de gestión hídrica que permitan un uso equitativo y racional para el fomento de todas las actividades vinculadas al uso de las aguas. Esta voluntad se expresa de modo claro en el art. 40.1 del TRLAg:

> «La planificación hidrológica tendrá por objetivos generales conseguir el buen estado y la adecuada protección del dominio público hidráulico y de las aguas objeto de esta ley, la satisfacción de las demandas de agua, el equilibrio y armonización del desarrollo regional y sectorial, incrementando las disponibilidades del recurso, protegiendo su calidad, economizando su empleo y racionalizando sus usos en armonía con el medio ambiente y los demás recursos naturales».

3.2. La iniciativa económica municipal

la Constitución, a través de la previsión del art. 128.2 CE abrió la posibilidad de que las administraciones públicas pudieran ejercer la iniciativa pública en actividades económicas, así como reservar, mediante ley, aquellos servicios o recursos que, por sus características, así como por el contexto, pudieran considerarse esenciales. Esta disposición constitucional tiene su reflejo en la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, en el art. 86, en el cual, a imagen y semejanza del precepto constitucional, manifiesta que «las Entidades Locales podrán ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas».

El artículo, en su redacción original, se expresaba en los siguientes términos: «las entidades locales, mediante expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida, podrán ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas conforme al artículo 128.2 de la Constitución». Sin embargo, tras la modificación operada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local se introdujo que, para ser posible ese ejercicio de la iniciativa pública se deberá garantizar «el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera»[19]. Añadió dicha

[19] Arimany Lamoglia, Esteban y Magide, Mariano, «El necesario replanteamiento de los servicios públicos. Dos ejemplos paradigmáticos: el abastecimiento de agua a poblaciones y la atención sanitaria especializada», en *Especial reformas estructurales*, 2012, pp. 80 - 95. Como los autores indican, estas previsiones que se iniciaron de la mano de las reformas realizadas sobre la Ley de Bases de Régimen Local, si bien siempre es preciso tener en cuenta que el servicio público es el elemento central del sistema

reforma, asimismo, la necesidad de que en el expediente acreditativo se justificara «que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad del conjunto de la Hacienda municipal debiendo contener un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial» [20].

Vemos como, de modo substancial, se han incrementado los requisitos que los municipios deben justificar para poder ejercer una actividad económica, industrial o mercantil. Esta modificación ha alterado la posibilidad de los entes locales de intervenir en el ámbito económico afectando, por lo tanto, a nuestro entender, a la autonomía garantizada por la Constitución a las corporaciones locales, por la introducción de muchos elementos a justificar, sobre todo aquellos vinculados a la afectación al mercado, así como la necesidad de evaluar la sostenibilidad y estabilidad económica de la Hacienda local [21].

Siendo así, la cuestión que asoma es si la generación de energía hidroeléctrica aprovechando «los fluyentes de los sistemas de abastecimiento y saneamiento urbanos» (y asumiendo que es el municipio quien gestiona de modo directo el servicio) tendrá, o no, la consideración de *iniciativa económica municipal*. Es decir, si el ente local deberá tramitar el procedimiento al que hace referencia el art. 86 LBRL y desarrolla el art. 96 y 97 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local.

La principal limitación o condicionamiento que encuentra el ente local viene de la mano del Real Decreto Legislativo 781/1986, que en el art. 96 indica que en todo caso las actividades deberán ser «de utilidad pública y se preste dentro del término municipal y en beneficio de sus habitantes». Todo ello deberá ser objeto de acreditación por parte del Municipio, a través de la Memoria justificativa correspondiente, para la posterior aprobación por el Pleno de la Corporación.

Para poder dilucidar esa cuestión, es preciso determinar qué posición ocupa el municipio con relación a la producción de energía. Atendiendo a lo que dispone la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (en adelante, LSE), la producción de energía y, por lo tanto, la aplicabilidad de la norma sería clara (art. 1.2). Esta generación eléctrica, la cual quedaría circunscrita a los usos propios del ciclo urbano del agua, podría quedar enmarcada en lo que la LSE, en su art. 9, califica como autoconsumo de energía eléctrica. Cuestión diferente sería, a la vista del mismo artículo,

---

constitucional derivado de la previsión del art. 1 CE, que impone a los poderes públicos a realizar tantas actividades como sean necesarias para garantizar el bienestar de la población y cubrir las necesidades básicas, implicando, por lo tanto, la consecución de una igualdad material.

[20] Diaz Jover, Maur, «El garantismo municipal y la sostenibilidad de la Hacienda Local en la gestión del servicio de abastecimiento de agua» en Arana García, Estanislao (Dir.), El control de la colaboración privada en la gestión de los servicios urbanos del agua, Ed. Tirant lo Blanc: Valencia, 2020, pp. 265-282.

[21] Esteve Pardo, José, «Perspectivas y cauces procedimentales de la remunicipalización de servicios», en *Revista de Administración Pública*, núm. 202, 2017, pp. 305 - 336.

la modalidad del autoconsumo, es decir, si existen, o no, excedentes. La existencia o inexistencia de estos va a determinar si el municipio sólo tendría la consideración de consumidor o, también, la de productor.

De la lectura del art. 7.3 de la legislación de cambio climático, se desprende una única conclusión: aun pudiendo existir excedentes energéticos, estos deberán ser desechados, no podrá el municipio inyectar esta energía excedentaria para aprovecharla para otros usos, incluso, aquellos que podrían ser propios de las competencias municipales que tenga asumidas.

Aun subsumiendo la actividad del municipio en el autoconsumo no excedentario de energía, éste estaría generando energía eléctrica. Así, el art. 6 de la LSE es claro al manifestar que los productores de energía eléctrica «son aquellas personas físicas o jurídicas que tienen la función de generar energía eléctrica, así como las de construir, operar y mantener las instalaciones de producción». Todas estas funciones las estaría realizando el municipio. La producción de energía es, sin duda, una actividad económica que realizara el ente local, distinta a la prestación de un servicio público de su competencia.

En este punto resulta ilustrativa la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1997:

> «La actividad económica a cuyo ejercicio por las entidades locales, en régimen de libre concurrencia o de reserva, se refieren tanto el artículo 86 LRBRL como el artículo 96 TRLRL, como actividad industrial o comercial distinta de los servicios públicos locales, se enmarca dentro de la iniciativa pública económica que reconoce el artículo 128.2 de la Constitución. Y es para esta actividad para la que, además del título habilitante se exige, por la trascendencia de la medida, un reforzamiento de las formalidades del expediente administrativo en los términos del invocado artículo 97 TRLRL».

¿Estaría, a la vista de todo lo anterior, realizando el municipio una actividad con impacto económico y que, por lo tanto, debería contar que las garantías procedimentales de los arts. 86 LBRL y 97 TRRL contienen?

Respondemos afirmativamente a esta pregunta. El municipio estaría desarrollando una actividad industrial o comercial, aunque circunscrita a un ámbito muy concreto y limitado —sólo para el autoconsumo no excedentario—, como sería el de generar energía para el autoconsumo del ciclo integral del agua. La conjunción de la legislación local y de la LSE añade, a las dificultades interpretativas, un obstáculo más para la aplicación y realización de lo dispuesto en el art. 7.3 comentado. El municipio que pretenda implementar esta medida en la infraestructura de abastecimiento y saneamiento deberá tramitar un férreo y largo procedimiento administrativo para conseguir generar energía hidráulica aprovechando el agua fluyente.

4. LUCIDPIPE: TURBINAS EN LA CIUDAD DE PORTLAND

La colaboración público-privada se ha erigido en estos últimos tiempos como un pilar fundamental para hacer frente a los efectos del cambio climático. La com-

binación de recursos y capacidades del sector público con la innovación del sector privado es clave para hacer frente a los importantes retos que la transición ecológica presenta. El impulso de nuevas tecnologías y soluciones tendentes a la reducción de la emisión de gases de efecto invernadero y la promoción de modelos sostenibles de generación de energía limpia son imprescindibles para el cumplimiento de los objetivos marcados por la legislación de cambio climático.

Un modelo exitoso que aúna la colaboración entre sector público y privado para conseguir generar energía hidroeléctrica a partir del aprovechamiento del agua fluyente en las tuberías de abastecimiento es el de la ciudad de Portland, Oregón, junto con la empresa *Lucid Energy Inc*. El año 2011 la *Portland Water Bureau* y la empresa *Lucid Energy Inc.* firman un acuerdo de colaboración por veinte años, permitiendo a esta última la sustitución de secciones de tuberías ya instaladas por otras, que incluyen el sistema patentado de *LucidPipe*[22].

Esta tecnología genera energía renovable a partir del agua fluyente mediante el uso de pequeñas turbinas instaladas dentro de la propia tubería de agua, capturando la energía cinética del agua en movimiento, a fin de convertirla en electricidad[23]. No hay, así, un cambio significativo en la infraestructura, sino un remplazo de secciones de tuberías por otras, que integran las turbinas. Uno de los principales beneficios que reporta este sistema, a más de la propia generación de energía, es que no se produce una pérdida significativa de agua, aunque sí se constata alguna pérdida de presión del agua.

Por las características propias del sistema *LucidPipe*, éste puede integrarse tanto en las tuberías destinadas al abastecimiento como aquellas acopladas a los sistemas de depuración y saneamiento de agua, es decir, para todo el ciclo integral del agua. Se supera con este modelo de producción eléctrica los condicionantes que otras formas de generación de energía renovable tienen, al no depender del sol o del viento. En las tuberías de abastecimiento de agua potable y saneamiento siempre circula agua, con lo que la energía puede generarse durante todo el día. De este modo, nos encontramos ante una tecnología capaz de realizar el mandato del legislador: un «*aprovechamiento para la generación eléctrica de los fluyentes de los sistemas de abastecimiento y saneamiento urbanos, siempre condicionado al cumplimiento de los objetivos de dichos sistemas cuando sea técnica y económicamente viable*».

Esta tecnología permite una generación de energía limpia, sin que se produzcan pérdidas en el suministro de agua y sin deterioro del recurso ni tampoco ningún

---

[22] Team, Purdue ECT, «LucidPipe Power System», en *ECT Fact Sheets*, 2016.

[23] En el Plan de Depuración, Saneamiento, Eficiencia, Ahorro y Reutilización (DSEAR) de julio de 2021, ya se prevé este tipo de medidas, al indicar que «se propone que la AGE trabaje en el apoyo a la generación de energía renovable, sea ésta hidroeléctrica [...] Financiación de proyectos de generación eléctrica hidráulica en redes urbanas de saneamiento, incluso marginal o de pequeña potencia (aprovechamiento de energía hidráulica potencial, sustitución de válvulas reguladoras de presión por microturbinas o picoturbinas y otras soluciones)». p. 106.

impacto ambiental como el producido por las centrales de energía hidroeléctrica[24]. El sistema *LucidPipe* utiliza tuberías municipales ya existentes que gracias, bien al bombeo bien por la gravedad, genera energía mediante la rotación de las turbinas. Otra oportunidad que permite este sistema es el impulso a la digitalización del ciclo urbano del agua, dado que junto a la turbina se instalan sensores, que monitorizan —por ejemplo, los niveles de calidad y salubridad del agua— y permiten realizar una gestión eficiente del sistema de suministro y saneamiento del agua.

La implementación de este sistema, junto con las ventajas indicadas y que redundan en la generación de una energía limpia y sin impacto ambiental, se alinea con los objetivos planteados por la Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible que prevé, así como con los objetivos de descarbonización del sistema energético.

Este modelo de generación de energía hidroeléctrica no es único. Otros proyectos están en desarrollo en este momento. Ejemplo de ello es el reciente proyecto *Hidden Hydro Oscillating Power for Europe*[25], del cual forman parte el grupo de investigación Barcelona Fluids & Energy Lab (IFLUIDS) y el Centro de Innovación Tecnológica en Convertidores Estáticos y Accionamientos (CITCEA) de la Universitat Politécnica de Catalunya está desarrollando soluciones para captar la energía que puede generarse en tuberías de suministro, redes de saneamiento o en canales de riego.

Ambos proyectos comparten una misma idea, aprovechar el potencial de generación energética que los sistemas de abastecimiento tienen para aportar, en aras de la descarbonización, soluciones sostenibles y limpias para asegurar la consecución de los objetivos de la legislación de cambio climático.

5. CONSIDERACIONES FINALES

La generación de energía hidroeléctrica aprovechando el agua fluyente de los sistemas de abastecimiento y saneamiento constituye una importante medida para la consecución de los objetivos de descarbonización de la economía, a fin de llegar a la neutralidad climática. Sin embargo, se revelan varias limitaciones y condicionantes que dificultan su efectiva implementación.

Los municipios afrontan varias dificultades como actores principales en la aplicación de la voluntad del legislador. Algunas de ellas han sido comentadas, como la vaguedad del precepto, la inexistencia de medidas claras o lo limitado de su uso, sólo circunscribiendo el precepto la generación de energía a los servicios propios del ciclo del agua. Lo limitado de esta medida, sumado a la impuesta sostenibilidad económica y los criterios de eficacia y eficiencia, hacen prever que esta medida, al menos a corto plazo, no podrá ser adoptada.

---

[24] International Hydropower Association, *Hydropower environmental and social assessment and management*, 2021, p. 24

[25] *https://h-hope.eu/*

El régimen jurídico de las aguas establece la supremacía del abastecimiento sobre cualquier otro uso. Esto significa que cualquier generación de energía hidroeléctrica no puede comprometer el suministro de agua potable, añadiendo así una capa de complejidad y limitación en el alcance de la medida.

Por otro lado, la naturaleza de la actividad de generación de energía debe ser interpretada como una actividad de carácter económica por parte de los municipios. En tal caso, el ente local estará sujeto al marco regulatorio que impone restricciones y obligaciones de sostenibilidad financiera y estabilidad presupuestaria, a más de un procedimiento en que debe acreditarse la no afectación a la Hacienda Local.

Lo limitado de la medida deriva de una interpretación literal de la ley. De este modo podemos ver que, en caso de existencia de un excedente energético, los entes locales no podrán utilizar dicho excedente, ni tan siquiera para abastecer de energía los servicios de su competencia. Esta opción —que el municipio utilice esa energía excedentaria— sería deseable e iría en concordancia con los objetivos propuestos por la legislación de cambio climático, redundando en la sostenibilidad ambiental de la administración local y reduciendo los costes asociados a la contratación de energía eléctrica.

Superando la viabilidad técnica y económica que predica el artículo 7.3 de la Ley de Cambio Climático y Transición Energética, ya encontramos una posible solución, la aportada por *LucidPipe*. La sustitución de secciones de tuberías permite, así, cumplir con el objetivo propuesto: aprovechar la energía eléctrica generada por el propio ciclo del agua para sus usos propios.

6. BIBLIOGRAFÍA.

Álvarez Fernandez, Mónica, *El abastecimiento de agua en España*, Madrid: Ed. Civitas.

Arana García, Estanislao y Miranzo Díaz, Javier, *La gestión de la escasez de agua y de las sequías por parte de las entidades locales: guía para una gestión eficiente*, Navarra: Ed. Aranzadi, 2021.

Arimany Lamoglia, Esteban y Magide, Mariano, «El necesario replanteamiento de los servicios públicos. Dos ejemplos paradigmáticos: el abastecimiento de agua a poblaciones y la atención sanitaria especializada», en *Especial reformas estructurales*, 2012, pp. 80 - 95

Arroyo, Miguel A. «Elementos de una política del medio ambiente», en *DA*, núm. 145, 1972, pp. 77 - 96.

Blanquer, David, *La iniciativa privada y el ciclo integral del agua*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, p. 38.

Canals Ametller, Dolors, «La operatividad de la economía circular y su gestión local», en Esteve Pardo, José, *La Agenda 2030, Implicaciones y retos para las administraciones locales*, Madrid: Ed. Fundación Democracia y Gobierno Local, 2021, pp. 241 - 272.

Diaz Jover, Maur, «El garantismo municipal y la sostenibilidad de la hacienda local en la gestión del servicio de abastecimiento de agua», en Arana García, Estanislao (Dir.) y Burgos Garrido, Belén (Coord.), *El control de la colaboración privada en la gestión de los servicios urbanos del agua. Hacia un nuevo pacto social por la gestión del agua*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2020, pp. 265 - 282.

Esteve Pardo, José, «Perspectivas y cauces procedimentales de la remunicipalización de servicios», en *Revista de Administración Pública*, núm. 202, 2017, pp. 305 - 336.

Esteve Pardo, José, *El camino a la desigualdad. Del imperio de la ley a la expansión del contrato*, Madrid: Ed. Marcial Pons, 2024, 166 pp.

Fanlo Loras, Antonio, *Fundamentos constitucionales de la autonomía local*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.
International Hydropower Association, Hydropower environmental and social assessment and management, 2021.
Pinto, Mauricio; Torchia, Noelia y Liber, Martín, *El Derecho Humano al Agua. Particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio*, Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrol, 2008.
Saint, Andrew. *Cragside*, Tempus, 2006.
Team, Purdue ECT, «LucidPipe Power System», en *ECT Fact Sheets*, 2016.
World Health Organization, *Domestic Water Quantity, Service Level and Health*, 2003.

Cuadernos de Derecho Regulatorio
Vol. 2 | 2024
Estudios I: El binomio agua y energía. pp. 163–171
Madrid, 2024
DOI: 10.37417/cudere/vol_2_2024_2667
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
© José Esteve Pardo
ISSN: 3020-6162

SOSTENIBILIDAD Y RIESGO COMO PARADIGMAS REGULATORIOS EN LA CONEXIÓN AGUA Y ENERGÍA

José Esteve Pardo
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona

SUMARIO: 1. LA EXPANSIÓN Y APARENTE DOMINIO DE LA SOSTENIBILIDAD Y OTROS CONCEPTOS PROCEDENTES DE LA ECOLOGÍA.— 2. LA REFERENCIA CONSTITUCIONAL. UTILIZACIÓN RACIONAL DE LOS RECURSOS NATURALES Y SU TRASFONDO CIENTÍFICO.— 3. LAS LÍNEAS DE PROTECCIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES Y SUS COBERTURAS.— 4. EL RIESGO, LA SOCIEDAD DEL RIESGO, COMO CONCEPTO COETÁNEO A LA SOSTENIBILIDAD. SUS DIFERENCIAS DE MATRIZ CIENTÍFICA Y DE OPERATIVIDAD.— 5. LA CRECIENTE EXPANSIÓN DE LOS RECURSOS HÍDRICOS NO CONVENCIONALES. EL PANORAMA CARACTERÍSTICO DE LA SOCIEDAD DEL RIESGO.— 6. LA APLICACIÓN DEL SISTEMA PROPIO DE LA REGULACIÓN DE RIESGOS. SU INCORPORACIÓN A LA RECIENTE NORMATIVA EUROPEA Y NACIONAL.

1. LA EXPANSIÓN Y APARENTE DOMINIO DE LA SOSTENIBILIDAD Y OTROS CONCEPTOS PROCEDENTES DE LA ECOLOGIA

La sostenibilidad parece haberse erigido en el canon de la actuación de los poderes públicos, de las administraciones, de la programación legislativa, de las políticas públicas. Inicialmente adscrita a la actividad directamente proyectada sobre la naturaleza y los recursos naturales, se ha querido extender también el imperio de la sostenibilidad a muy diversos espacios de acción pública como el urbanismo, la economía, la sociedad misma y otros muchos. Desde luego los tres que aquí más directamente contemplamos —agua, energía y alimentación, sobre todo agricultura— se pretenden sujetar también, por la más reciente legislación, a ese canon de la sostenibilidad.

Tal como se ha apuntado, las primeras apariciones legislativas de la sostenibilidad se producen en la legislación medioambiental, lo que resulta perfectamente explicable pues la noción se sostenibilidad se forma y desarrolla en la ecología que es, hoy

por hoy, la ciencia con mayor potencial de generación de conceptos dominantes en los textos legislativos y, sobre todo, documentos y declaraciones generales de organismos internacionales, como pueda ser, por ejemplo, la Agenda 2030 de Naciones Unidas. En esos textos y declaraciones la sostenibilidad ocupa una posición central y a él se ha añadido otro concepto procedente también de la ecología, como es el concepto de resiliencia. Sigamos brevemente la pista de la formación de estos conceptos.

La raíz etimológica del término «resiliencia» hay que buscarla en el verbo latino «*resilio*», volver atrás, volver de un salto. En su significación más actual, se trata de un concepto que aparece primeramente en la física de materiales expresando su capacidad para asumir un impacto o una descarga de energía. De ahí pasó a la psicología como la capacidad de adaptación y de superación ante situaciones adversas. Un divulgado destacado del concepto de resiliencia fue el neurólogo y psiquiatra de origen judío Boris Cyrulnik, que sufrió la prematura perdida de sus padres en un campo de exterminio durante la segunda guerra mundial y que siendo niño tuvo que vivir escondido de la persecución nazi. De las ciencias de la mente el concepto de resiliencia pasa a la ecología donde hace fortuna, sobre todo tras la publicación, a medados de los setenta, del artículo seminal del profesor canadiense C. S. Holling «Resilience and Stability of Ecological Systems». La resilencia se define ahí como la capacidad de un ecosistema para recuperar el equilibrio, para regenerarse. Y de la ecología ha pasado a ocupar una posición de referencia en la acción de los poderes públicos y en la legislación donde su presencia se ha visto muy reforzada en la acción contra el cambio climático y la pandemia.

El otro concepto de matriz ecológica que contemplamos, más arraigado y con la pretensión de operar como paradigma, es el de la sostenibilidad. Su aparición y consolidación se produjo también en la órbita científica de la ecología en los años setenta y pasó igualmente a los programas de acción pública y legislativa, presentándose también primeramente en el plano internacional y en organizaciones internacionales, antes de incorporarse a las legislaciones nacionales. Al respecto se considera como su carta de presentación el informe de la ONU llamado «Nuestro Futuro Común» de 1987, llamado también Informe Brundland, al ser la directora del informe la política noruega Gro Harlem Brundland. La noción de sostenibilidad remite a un modelo desarrollo que no compromete la capacidad de recuperación de los recursos naturales y, por extensión, sin comprometer las disponibilidades de las futuras generaciones.

2. LA REFERENCIA CONSTITUCIONAL. UTILIZACIÓN RACIONAL DE LOS RECURSOS NATURALES Y SU TRANSFONDO CIENTÍFICO

A pesar de su extraordinaria difusión en el panorama normativo, el concepto de sostenibilidad no está presente en la Constitución. Ello no indica en absoluto una despreocupación de la norma fundamental por el medio ambiente y los recursos naturales; la Constitución de 1978 fue de las primeras en abrir esta perspectiva ambiental, otras Constituciones anteriores, como la italiana, han introducido recientemente

reformas para incorporarla. La Constitución española ofrece también un preciso criterio o paradigma que ha de presidir la actuación sobre los recursos naturales: el de utilización racional. Su artículo 45.2 establece así que «Los poderes públicos velarán por la *utilización racional de todos los recursos naturales*, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente».

El concepto de «utilización racional» tiene también una matriz científica, anterior al surgimiento y dominio de la ecología. La «utilización racional» procede de la ciencia forestal alemana que ejerció una gran influencia en el siglo XIX, sobre todo desde la mítica escuela forestal de Tharandt, en las proximidades de Dresde, en la que se formaron los primeros ingenieros de montes españoles. Este cuerpo de ingenieros de montes fueron durante la segunda mitad del XIX y la mayor parte del XX los grandes dominadores de la gestión pública de importantes recursos naturales, por supuesto los forestales, pero también los cursos de agua, de los recursos faunísticos, de los espacios naturales protegidos cuyo primer trazado normativo aparece significativamente en la legislación de montes. El criterio de explotación racional ha sido el criterio de referencia en la acción de los ingenieros de montes y de su órbita pasó a la Constitución que introdujo una dulcificación semántica más acorde con la sensibilidad del gran público y sustituyó el término de explotación por el de utilización, menos agresivo. El concepto de explotación racional que acuñara en su momento Heinrich Cotta, profesor en la escuela forestal de Tharandt, remite a una utilización de los recursos naturales regida por criterios científicos de manera que asegure su recuperación y regeneración. Se trata en definitiva de una utilización sostenible de los recursos. Con independencia de las precisiones que puedan establecerse por el núcleo experto de la comunidad científica, utilización racional y sostenibilidad son conceptos muy similares que en la práctica abocan a una misma operativa. Las diferencias las marca el entorno histórico y cultural, del estado de conocimiento si se quiere hablar así, de cada momento. Al respecto quiero destacar la existencia de tres momentos recientes, en la modernidad podríamos decir.

3. LAS LÍNEAS DE PROTECCIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES Y SUS COBERTURAS

El primero, más antiguo, es cuando los recursos naturales se encontraban bajo formas de titularidad comunitaria. La propia comunidad que trascendía todo horizonte personal, individual, velaba por la sostenibilidad de los recursos ordenando modalidades de uso y explotación poco agresivas que no alterasen la capacidad de regeneración. Con ese modelo de titularidad no es necesario pensar en las futuras generaciones pues el sujeto, la comunidad, es por naturaleza intergeneracional.

La segunda fase se abre cuando la revolución liberal acaba con estos modelos comunitarios y generaliza el régimen de propiedad privada con plenos poderes de disposición a los individuos titulares. Este tránsito tuvo, por la brusquedad con que se produjo, efectos muy negativos para los recursos naturales, como los que se produ-

jeron en España como consecuencia del proceso desamortizador. Es entonces cuando la función protectora, que antes desempeñaban las comunidades, es asumida por la emergente Administración pública y sus cuerpos técnicos creados al efecto, entre ellos el de ingenieros de montes cuyas primeras actuaciones, como la creación del catálogo de montes protegidos, tuvieron como objetivo reducir el negativo impacto de la desamortización. El canon que se impuso entonces fue el de la explotación racional que pretendía poner un límite a la explotación abusiva y destructiva que se produjo al filo del proceso de desamortización.

En el tercer momento es el actual y está marcado por la sucesión de nuevos conceptos referenciales que proceden a su vez del empuje de nuevas ciencias, titulaciones universitarias y su impronta en la formación de los gestores públicos de los recursos naturales. Así el dominio de las ingenierías de los recursos naturales —ingenieros de montes, de minas, ingenieros agrónomos— se ha visto superado por las concepciones de nuevas ciencias que irrumpen en el panorama formativo y universitario como son la ecología y las ciencias ambientales. Es bajo su actual dominio cuando se imponen nociones de matriz científica ecológica norteamericana (EEUU y también, muy influyente en este ámbito, Canadá) como sostenibilidad o resiliencia y otras como la vulnerabilidad (inicialmente también en el ámbito ecológico y luego trasladada al social) que desplazan conceptos procedentes de la silvicultura alemana, como el de utilización racional de los recursos que alcanzaron hasta la misma Constitución de 1978 y dos décadas más. Por las mismas es posible que los conceptos hoy dominantes, como el de la sostenibilidad, gestados en la ecología sean en el futuro desplazados por otros criterios y modos de actuación que cuenten con mayores coberturas y así como en otra fase fueron las ingenierías, ahora y en el futuro inmediato bien podría ser la inteligencia artificial.

4. EL RIESGO, LA SOCIEDAD DEL RIESGO, COMO CONCEPTO COETÁNEO A LA SOSTENIBILIDAD. SUS DIFERENCIAS DE MATRIZ CIENTÍFICA Y DE OPERATIVIDAD

Todos los términos y las concepciones que expresan tienen en común el estar volcados en la realidad que la naturaleza ofrece y que tratan de proteger, limitando, modulando y controlado la actividad humana sobre ella. De todos estos conceptos referenciales en el que sin dudad ocupa una posición central y está al mismo tiempo más extendido es el de la sostenibilidad.

Su aparición la hemos fijado convencionalmente en 1987, en el informe «Nuestro futuro común», o informe Brundland, de Naciones Unidas. Pues bien, justo por las mismas fechas hace también su aparición otro concepto que está llamado a convertirse en un relevante paradigma regulatorio con proyección también sobre los recursos naturales y la energía. Ese concepto es el de riesgo, insertado en una teoría, la de la sociedad de riego, elaborada fundamentalmente la sociología política alemana y que

tiene su más conocida expresión en el libro «La sociedad del riesgo» del profesor de sociología Ulrich Beck. Poco tiempo después de la publicación del libro se produjo el gravísimo accidente de la central nuclear de Chernobyl que confirmó dramáticamente las tesis del libro. Lo cierto es que el riesgo, la sociedad del riesgo, se ha convertido en un verdadero paradigma regulatorio y, según mantengo y trataré de evidenciar en las páginas que siguen, con mucho mayor potencial regulador, decisorio, que se irá incrementando en el futuro. que el de la sostenibilidad.

En primer lugar y como ya se ha destacado, estos dos paradigmas, sostenibilidad y riesgo, tienen una diferente matriz científica: la ecología es la de la sostenibilidad, la de la sociología la del riesgo, la sociedad del riesgo. Así, mientras la sostenibilidad nos sitúa ante la realidad externa que ofrece la naturaleza y sus sistemas, el riesgo está en nuestro lado: se inserta de lleno en la sociedad, en la nueva sociedad del riesgo, y por tanto incide, conformándola de algún modo, en nuestra capacidad de decisión y ordenación como comunidad. Como paradigma regulatorio, en cuento referencia en la adopción de decisiones, el riesgo parece tener así mayor significado y relevancia que la sostenibilidad que queda vinculada por los dictados de la naturaleza. Pero más determinante aun es que la propia dinámica del riesgo, con su marcado componente social, antrópico, se está imponiendo sobre la realidad supuestamente contemplada y dominada por la sostenibilidad. Nos enfrentamos a una realidad muy, o totalmente, intervenida por la acción humana.

5. LA CRECIENTE EXPANSIÓN DE LOS RECURSOS HÍDRICOS NO CONVENCIONALES. EL PANORAMA CARACTERÍSTICO DE LA SOCIEDAD DEL RIESGO.

Entrando ya en contacto con esa realidad, la primera edición del Foro en Almería puso de manifiesto que esa región tan activa y productiva del sureste de la península se abastecía mayormente, exclusivamente en el importante sector agrícola, de recursos hídricos llamados no convencionales: aguas procedentes de trasvases, aguas reutilizadas y aguas desaladas, procedentes de plantas desalinizadoras situadas en las costa. No se trata de una situación excepcional, transitoria, provisional. Todo apunta a que eso es el futuro, al menos en la mayor parte de los territorios de la cuenca mediterránea.

La dinámica y caracterización del riesgo se hace aquí muy evidente. El concepto de riesgo que caracteriza a la sociedad del riesgo lo obtenemos por contraposición al concepto de peligro. Convencionalmente el peligro lo adscribimos a la naturaleza, tiene por tanto causas naturales sobre las que no disponemos. Peligros son por supuesto los desastres naturales (inundaciones, terremotos, tsunamis) pero también la propia naturaleza que se muestra esquiva y no satisface de manera abundante y fluida nuestras necesidades, en materia de energía, de alimentación, de abastecimiento hídrico, por aludir a los frentes que contemplamos. La historia de la humanidad ha sido la de su empeño por dominar y sobreponerse —de manera resiliente diríamos

hoy— a los peligros naturales y el medio del que se ha valido para ello es uno solo: la técnica. Así en nuestro caso, el peligro derivado de escasos niveles pluviométricos y altos índices de evaporación se ha pretendido neutralizar a través de las tres soluciones técnicas que se han constatado: la técnica, más antigua y estable, de las obras hidráulicas y los trasvases, y las tecnologías más recientes, con sucesivas innovaciones, de la reutilización y desalación de aguas.

Los riesgos, a diferencia de los peligros, se deben a la acción humana. Lo primero que de ello se deriva es que sobre los riesgos se puede decidir, aceptándolos o rechazándolos. Esa decisión y regulación puede generar debate y controversia en el seno de la sociedad, de la sociedad del riesgo. Es muy significativo al respecto que estos recursos hídricos —los procedentes de trasvases, reutilización y desalación— se integran en la categoría de los llamados recursos hídricos no convencionales. Según el diccionario de la RAE, convencional quiere decir perteneciente al acuerdo o pacto. Así, muy significativamente, sobre los recursos hídricos convencionales, fundamentalmente las aguas superficiales. Son aguas procedentes de la lluvia, de la naturaleza podríamos decir, sobre las que existe unánime aceptación y su escasez, sobre todo en fases críticas, constituye un genuino peligro, natural, del todo diferente al riesgo, que tiene un origen antrópico.

Por el contrario, los recursos hídricos no convencionales —aguas trasvasadas, reutilizadas y desaladas— se encuentran extramuros del pacto, del acuerdo, del consenso generalizado. Su territorio es la controversia y por él deambula el riesgo, objeto de debate constante sobre su aceptación o rechazo y, caso de aceptarse, sobre su seguimiento y control. Así es como estos recursos hídricos no convencionales tienen sus partidarios y sus detractores. Las aguas trasvasadas los suyos, las reutilizadas los suyos y las desaladas los suyos. Por supuesto existen también los objetores y críticos generalistas que se oponen a todos los recursos hídricos no convencionales, intervenidos o manipulados técnicamente, con una intensidad que puede variar según el tipo de recurso. Se aprecia por lo demás aquí muy claramente una singular incidencia del riesgo en cada uno de estos recursos hídricos no convencionales. Las aguas reutilizadas se perciben como un riesgo para la salud tal como da cuenta la legislación más reciente. La desalación se percibe, por su impacto, como un riesgo para el medio ambiente. Los trasvases como un riesgo por los conflictos interterritoriales que puede generar.

6. LA APLICACIÓN DEL SISTEMA PROPIO DE LA REGULACIÓN DE RIESGOS. SU INCORPORACIÓN A LA RECIENTE NORMATIVA EUROPEA Y NACIONAL.

Pero lo más relevante del riesgo para nosotros es el característico sistema de regulación que incorpora y aplica, que se va haciendo visible a medida que las normas se encaran con la precisa realidad, alejándose de las grandes proclamas y declaraciones. La sostenibilidad, acabamos de verlo, se afirma en las declaraciones de la ONU, en las directivas de la Unión Europea y también en el rótulo de algunas leyes que

quieren marcar así su sintonía con las líneas de la Unión y, todo sea dicho, mantener abierta así la línea de financiación con fondos europeos. Pero las normas nacionales, leyes y reglamentos, a medida que se acercan a la compleja realidad y han de adoptar decisiones, o establecer procedimientos para adoptarlas, denotan el entorno propio del riesgo y su sistema de regulación. Lo encontramos así, por ejemplo, en la Ley de Cambio Climático y Transición Energética de 20 mayo de 2021, que contiene toda una tipología de riesgos sobre los recursos hídricos: a) los riesgos derivados sobre los regímenes de caudales ecológicos o los recursos disponibles de los acuíferos; b) riesgos derivados de fenómenos extremos del cambio climático; c) riesgos asociados al incremento de la temperatura del agua; d) riesgos derivados de los impactos posibles del ascenso del nivel del mar (art. 19.3). Debe notarse que, con toda la incertidumbre que rodea al cambio climático, el único y fundamental consenso de la comunidad científica es que la acción humana es ya un factor en la conformación y cambio del clima, por tanto, nos situamos también aquí en la órbita del riesgo.

El sistema de regulación de riesgos se ordena en tres fases. La primera es la de la decisión sobre el riesgo permitido. La segunda es la de la gestión o seguimiento de ese riesgo que ha sido aceptado. La tercerea es la de la determinación de las responsabilidades en el supuesto en que se produzcan daños. Por limitaciones de espacio, nos centraremos aquí sobre todo en la primera fase, la de la decisión sobre los riesgos que se aceptan y los que se rechazan.

En la decisión sobre el riesgo permitido podemos distinguir entre los aspectos formales y los materiales. Los formales remiten a las formas jurídicas que revisten estas decisiones. Son instrumentos jurídicos perfectamente conocidos y usuales. Para decisiones singulares, por ejemplo, sobre el riesgo ambiental de una planta desalinizadora se decide ordinariamente mediante la autorización administrativa. En cambio, una decisión con carácter general se realiza mediante normas, leyes ordinariamente. Así ciertos riesgos asociados a las aguas reutilizadas usos de aguas reutilizadas han sido declarados inaceptables, prohibidos, por las leyes. En tal sentido el artículo 109. 3 del Texto Refundido de la Ley de Aguas establece que «queda prohibida la reutilización de aguas para el consumo humano, salvo situaciones de declaración de catástrofe, en las que la autoridad sanitaria especificará los niveles de calidad exigidos a dichas aguas y usos». Como no podía ser de otro modo, las normas reglamentarias de rango por tanto inferior a la Ley de Aguas no levantan esa prohibición, sino que la reiteran. Así se pronuncia el Real Decreto 1620/2007 y, mucho más recientemente, en el proyecto de Reglamento de Reutilización de Aguas (en su versión de 22 de marzo de 2024).

Pero de mayor interés que los aspectos formales de la decisión sobre el riesgo permitido son los aspectos materiales de esa decisión. En la sociedad del riesgo —lo han afirmado todo tipo de tribunales— no existe el riesgo cero, que solo sería posible mediante la desactivación del denso y complejo tejido tecnológico del que nos hemos dotado. Las decisiones sobre riesgo permitido no son, pues, entre riesgo A y riesgo cero, sino entre diversos riesgos (riesgo A, B, C…). Así se nos plantea muy claramente ya, y lo será más y más agudamente en el futuro, la opción entre diversos recursos hídricos no convencionales cuando los recursos convencionales (aguas superficiales

y subterráneas) se muestren insuficientes. La decisión sobre riesgos será entonces la de optar entre los riesgos que presentan las aguas reutilizadas, o los que son propios de las desaladas o los que se asocian a los trasvases. O puede optarse por los tres en diferentes proporciones. Unas decisiones en las que no solo se pondera

Otro componente que incide en los aspectos materiales, o de contenido, de la decisión sobre riesgos es el componente psicológico que está presente en la percepción del riesgo. Es frecuente y está bien constatada empíricamente la divergencia en la valoración de riesgos que se abre entre expertos y el común de la población. Riesgos que objetivamente son de escasa entidad, y así los valoran los expertos, pueden ser percibidos con aversión y rechazo por el gran público. Y como quiera que las instancias políticas de decisión, sobre todo los legisladores, tienden a situarse del lado de la opinión pública dominante resulta que sus decisiones tienden a decantarse por este lado. Así sucede en buena medida con las aguas reutilizadas; su prohibición para el consumo humano se debe fundamentalmente a la aversión que le produce al gran público. Entre las autoridades está la idea de que si se permitiese el consumo humano y se produjese un accidente con víctimas, esto podría inhabilitar para siempre a este recurso ante la opinión pública. Esto es algo que no se quiere en absoluto por las autoridades pues impediría este uso en el futuro aun cuando la tecnología sanitaria y la tecnología de la regeneración pudieran garantizar el consumo de esta agua sin riesgo alguno para la salud humana.

Damos así con otro destacado, central, componente de los riesgos: el componente tecnológico. Un riesgo no se elimina a golpe de decreto o con instrumentos jurídicos. El riesgo lo genera la tecnología y es la tecnología la única capaz de reducirlo o eliminarlo. Es la tecnología la que produce las aguas reutilizadas, o desaladas, y es la tecnología la que puede desarrollar instrumentos y técnicas para evitar o aminorar sus riesgos. Esto nos pone en contacto con la siguiente fase de la regulación de riesgos, la fase de gestión de los riesgos que se han admitido.

La fase de gestión es la del seguimiento y control del riesgo. El objeto de esa fase es, en esencia, el conocimiento del riesgo. No solo se trata del conocimiento de los efectos, por ejemplo, de las aguas reutilizadas, que puedan producirse. Así la Directiva 2020/2184 sobre calidad de las aguas destinadas al consumo humano impone, entre otros, un seguimiento específico y riguroso de microplásticos. Un seguimiento que la propia Directiva encuadra en un sistema de gestión de riesgos en puntos críticos.

Entre los primeros, y todavía recientes, desarrollos de esta Directiva en España se encuentra el Real Decreto 3/2003. Una norma que confirma como a medida que la ordenación normativa se aproxima a esta realidad, el riesgo y su regulación se hacen más presentes. Se trata de una norma que, primero, concede un destacado protagonismo a un principio tan característico en la regulación de riesgos como es el principio de precaución o cautela y que opta claramente por este modelo de regulación, que se ha hecho prácticamente ineludible en estos sectores. Se impone así un sistema de gestión de riesgos que se centra puntos críticos, como son los puntos de extracción de aguas destinadas al consumo humano; la evaluación y gestión de

riesgos en los sistemas de suministro de agua y la evaluación de riesgos en los sistemas de distribución. Así es como, confirmando plenamente esta tendencia, el proyecto de Reglamento de Reutilización de Aguas, en su versión de 22 marzo de 2024, prevé e impone los Planes de Gestión del Riesgo del Agua Regenerada. Y con mayor alcance y relevancia, la citada Directiva 2020/2184 sobre calidad de las aguas para consumo humano opta explícita y resueltamente por un modelo regulatorio de evaluación y gestión de riesgos.

BIBLIOGRAFÍA

ARANA GARCÍA, Estanislao y MIRANZO DÍAZ, Javier, *La gestión de la escasez de agua y de las sequías por parte de las entidades locales,* Pamplona, Aranzadi, 2021.

BURGOS GARRIDO, Belén, *Régimen jurídico administrativo de la sequía y escasez hídrica,* Pamplona, Aranzadi, 2023.

ESTEVE PARDO, José, *Principios de Derecho regulatorio. Servicios económicos de interés general y regulación de riesgos.* 2ª ed. Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, Marcial Pons, 2023.

— *Realidad y perspectivas de la ordenación jurídica de los montes. Función ecológica y explotación racional.* Madrid, Civitas, 2003.

MELGAREJO MORENO, Joaquín; LÓPEZ ORTIZ, Mª Inmaculada y MOLINA GIMÉNEZ, Andrés, *La economía circular y el sector del agua en España. Análisis jurídico-económico*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.

HOLLING, C.S. «Resilience and Stability of Ecological Systems», *Annual Review of Ecology and Systematics,* 4, 1973.

MELLADO RUIZ, Lorenzo, *Desafíos regulatorios de la economía circular azul,* Pamplona, Aranzadi, 2023

RUBIO BRAVO, M. P., «El riesgo en la reutilización del agua: usos prohibidos y permitidos», Comunicación presentada al Foro Mediterráneo Agua, Energía y Alimentación, Roquetas de Mar, 20 y 21 de junio de 2024.

SANZ SÁNCHEZ, María José y GALÁN, Elena, *Impactos y riesgos derivados del cambio climático.* Madrid, Ministerio para la Transición Ecológica, 2020.

ESTUDIOS II:
TENDENCIAS Y MODELOS
EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Cuadernos de Derecho Regulatorio
Vol. 2 | 2024
Estudios II: Tendencias y modelos en la contratación administrativa. pp. 175–182
Madrid, 2024
DOI: 10.37417/cudere/vol_2_2024_2692
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
© María Luisa Araujo Chamorro
ISSN: 3020-6162

LA SUPERVISIÓN DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA: LA PERSPECTIVA DE LA OFICINA INDEPENDIENTE DE REGULACIÓN Y SUPERVISIÓN DE LA CONTRATACIÓN

María Luisa Araujo Chamorro
Presidenta de la Oficina Independiente
de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIReScon)

SUMARIO: 1. LA OFICINA NACIONAL DE EVALUACIÓN: REGULACIÓN Y ACTIVIDAD.— 2. EL INFORME ESPECIAL DE SUPERVISIÓN SOBRE LA CONTRATACIÓN DE CONCESIONES.— 3. RECOMENDACIONES PARA UN MEJOR FUTURO PARA LAS CONCESIONES.

RESUMEN: Buena parte de los instrumentos de contratación pública son, en sentido amplio, una manifestación de colaboración público-privada. No obstante, su principal figura de aplicación es la de los contratos de concesión.

Desde la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIReScon) realizamos una doble aproximación a la realidad de este tipo de contratos. La primera y por mandato de la propia Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), la abordamos a través de la Oficina Nacional de Evaluación (ONE), órgano colegiado integrado en OIReScon que se ocupa de evaluar la sostenibilidad financiera de los contratos de concesión cuando se realice algún tipo de aportación pública, conforme regula el artículo 333 de la propia LCSP. Por otra parte, como OIReScon, tenemos la obligación de velar por la correcta aplicación de la legislación de contratos, para lo que estamos facultados a realizar encuestas e investigaciones que den lugar a informes especiales de supervisión, pudiendo centrarse esta actividad de supervisión en los contratos de concesión.

En ambos casos, la actuación de las dos Oficinas se realiza en un marco de independencia, ya que los miembros de ambos órganos colegiados no podrán solicitar ni aceptar instrucciones de ninguna entidad pública o privada.

1. LA OFICINA NACIONAL DE EVALUACIÓN: REGULACIÓN Y ACTIVIDAD.

Comenzando con nuestra actuación como parte de la Oficina dedicada a la evaluación de contratos de concesión, debemos recordar que los antecedentes legislativos sobre ésta se encuentran en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que incorpora una nueva disposición adicional al entonces vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, dejándose para una futura Orden Ministerial la determinación de su composición, organización y funcionamiento. No obstante, dicho imprescindible desarrollo no llegó a producirse.

En la vigente LCSP se incluye de nuevo esta Oficina que, con carácter de órgano colegiado, pasa a estar integrada en OIReScon. Su regulación fundamental se encuentra en el artículo 333 de la citada LCSP y se concreta y desarrolla en la Orden HFP/1381/2021, de 9 de diciembre, por la que se regula la organización y funcionamiento de la ONE. El Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR) había asumido el compromiso de que esta Oficina estuviese efectivamente operativa antes de 31 de diciembre de 2021, compromiso cumplido mediante la Orden anteriormente citada y el efectivo inicio de actividades.

La finalidad de ONE, como ya se ha señalado, es analizar la sostenibilidad financiera de los contratos de concesión de obras y de servicios, así como de los acuerdos de su restablecimiento económico, para lo que emitirá un informe preceptivo, pero no vinculante. Con él se evaluará si la rentabilidad del proyecto obtenida en función del valor de la inversión, las ayudas otorgadas, los flujos de caja esperados y la tasa de descuento establecida, es razonable en atención al riesgo que asuma el concesionario.

La ONE deberá informar en los supuestos establecidos en el apartado 3 del artículo 333 de la LCSP, esto es, en las propuestas de contratos de concesión en las que se den las siguientes circunstancias:

a) Cuando el valor estimado del contrato (VEC) sea superior a un millón de euros y se realicen aportaciones públicas a la construcción o a la explotación de la concesión, así como cualquier medida de apoyo a la financiación del concesionario.

b) En el caso de las concesiones de obras y de servicios en las que la tarifa sea asumida total o parcialmente por el poder adjudicador concedente, cuando el importe de las obras o los gastos de primer establecimiento superen un millón de euros.

Asimismo, la ONE informará los acuerdos de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, respecto de las concesiones que hayan sido informadas previamente o que, sin haber sido informadas, supongan la incorporación en el contrato de alguno de los elementos previstos en estas, siempre y cuando el VEC sea superior a un millón de euros.

Desde un punto de vista subjetivo, la obligación de solicitar este informe a la ONE afecta a poderes y entidades adjudicadores dependientes de la Administración General del Estado, de las corporaciones locales y de las comunidades autónomas que hubiesen optado por adherirse. En este último caso, se recuerda que las comunidades autónomas podrán crear sus propios órganos de evaluación.

Como ya hemos señalado, la ONE no es sino un órgano colegiado que, bajo la presidencia de OIReScon y con la vocalía de ésta especializada en evaluación de concesiones, integrará a otros representantes de la AGE (en número de tres) y dos vocales más con voz, pero no voto (que serán uno en representación de las organizaciones empresariales y un experto por designación de la presidencia). Junto a ello contará con representación de las corporaciones locales, en el caso de informes sobre proyectos procedentes de este sector, o de la comunidad autónoma adherida si se va a evacuar un informe a petición suya. Todo ello se encuentra ampliamente regulado en el propio artículo 333.2 y en la Orden HFP/1381/2021, de 9 de diciembre.

Con carácter fundamental, las unidades de OIReScon responsables de la elaboración de la propuesta de informe que se eleva a Pleno analizarán la demanda, vinculando este análisis al examen del sistema de retribución del concesionario. Se comprobará si la duración de la concesión propuesta es conforme con la normativa contenida en el artículo 29 de la LCSP y normas concordantes. Del mismo modo se evaluará si se produce o no transferencia de riesgo operacional que permita calificar a la propuesta como contrato de concesión. Finalmente se concluirá informando acerca de la sostenibilidad del contrato, como resultado de balancear la rentabilidad prevista con el riesgo transferido.

Durante los casi dos años de funcionamiento de la ONE se han recibido 60 solicitudes de informe[1], siendo más del 78,3 por 100 de las mismas relativas a proyectos de concesión de servicios. El principal solicitante es el sector público local, con un 86,7 por 100 del total de solicitudes recibidas.

De estas 60 solicitudes, un 60 por 100 plantean un VEC inferior a 12 millones de euros, por lo que el Informe a emitir por ONE será de carácter básico. Por otro lado, se evidencia la dificultad de los gestores para conformar expedientes de calidad, ya que en el 86,49 por 100 de los casos es preciso solicitar aclaraciones e información adicional.

En 13 de los expedientes, el solicitante ha desistido, retirando su petición. En 9 supuestos las solicitudes no se han admitido por no cumplir con los requisitos de carácter objetivo o subjetivo para formularse, por ser extemporáneas, etc.

A mediados de diciembre de 2023, se habían emitido 37 informes, quedando un proyecto en estudio. Dentro de los informes encontramos dos solicitudes de restablecimiento del reequilibrio del contrato, habiéndose informado una favorablemente y

[1] Los datos sobre actividad de la ONE son el resultado de la actualización a 1 de diciembre de los recogidos en el *Informe Especial de Supervisión relativo a los contratos de concesión en 2022* elaborado por OIReScon y aprobado por su Pleno con fecha 17 de noviembre de 2023.

siendo negativo el informe emitido en el otro supuesto. En los restantes 35 informes, en 18 de ellos no se consideró acreditada la transferencia de riesgo operacional al concesionario.

2. EL INFORME ESPECIAL DE SUPERVISIÓN SOBRE LA CONTRATACIÓN DE CONCESIONES

Por otro lado, y como ya se ha expresado, desde la OIReScon y en ejercicio de las facultades que nos confiere la LCSP, hemos decidido abordar, mediante la realización de un informe de supervisión, el estudio de los contratos de concesión en España durante 2022[2]. Con este Informe hemos querido analizar la situación de las concesiones en España desde diferentes perspectivas. Así estudiamos las cifras que nos ofrecen las plataformas de contratación sobre esta tipología de contratos en relación con el conjunto, abordamos un trabajo de supervisión sobre una muestra relevante de este tipo de expedientes, incluimos un balance de la actividad desarrollada por la ONE y de la de otras oficinas similares de ámbito autonómico, realizamos un estudio de derecho comparado en el ámbito europeo e incorporamos los resultados de un grupo de trabajo en el que contamos con participación académica, del sector privado y de diferentes niveles de administración.

Comenzando por el análisis de las cifras, debe indicarse que se trata de un estudio cuantitativo de las cifras principales de los contratos de concesión registrados en 2022, siendo una exploración externa de las características generales de los procedimientos de contratación concesional y su comparación con los de la contratación pública en su conjunto. Los datos de partida son los datos abiertos de la Plataforma de Contratación del Sector Público (PLACSP) ya agregados con los correspondientes a las plataformas de contratación autonómicas.

La primera conclusión a destacar es la reducida importancia que tienen los contratos de concesión en el conjunto de la contratación pública, ya no sólo en 2022 sino también en la serie desde 2018. El peso de las concesiones sobre el total de la contratación pública en 2022 en importe económico (PBL sin impuestos), supone el 3,88 por 100 del total de licitaciones (3.904,52 millones de euros). En número de expedientes, toda la serie fluctúa entre el 1,11 por 100 en 2018 y el 1,37 por 100 en 2022.

Por otro lado, del total de las concesiones licitadas en 2022, en términos de volumen económico, el 90,17 por 100 fueron concesiones de servicios (incluyendo aquí la extinta categoría de contratos de gestión de servicios públicos), mientras que el 9,83 por 100 fueron concesiones de obras. El sector público local es el que más contratos de concesión licita, con un 82 por 100 del total del volumen económico de concesiones en 2022.

---

[2] Se trata del *Informe Especial de Supervisión relativo a los contratos de concesión en 2022*, elaborado por OIReScon y aprobado por su Pleno con fecha 17 de noviembre de 2023, del que proceden todos los datos que se recogen a continuación.

Finalmente es reseñable el escaso interés que parecen despertar estas licitaciones entre el sector privado. La concurrencia media es de 1,97 licitadores por contrato, lo que arroja una cifra sensiblemente inferior a los datos equivalentes para los contratos de servicios, suministros y obras, con 3,21, 2,90 y 4,50 licitadores de media, respectivamente. Este bajo interés se confirma al analizar el elevado porcentaje de lotes adjudicados en los que concurre un único licitador (35,5 por 100 del importe adjudicado y 55 por 100 del nº de expedientes). A ello habría que añadir la preocupante evolución al alza de las licitaciones que quedan desiertas, que pasan del 18,45 por 100 en 2019 al 29 por 100 en 2022, eliminando para este análisis las licitaciones en tramitación.

En cuanto a la actuación de supervisión directa que se ha incorporado en este Informe, contiene los resultados del examen directo y detallado de la información y documentación correspondiente a una muestra representativa de contratos de concesión, procediéndose a analizar los aspectos individualizados de cada uno de los procedimientos. Esta muestra asciende a 241 contratos de concesión que figuran en PLACSP, cuyo VEC es superior a un millón de euros y en los que concurre la doble circunstancia de haber sido licitados y adjudicados en 2022.

De esta actuación cabe destacar una primera conclusión, coherente con los resultados del análisis de cifras que se ha resumido en los párrafos anteriores, y que nos habla, de nuevo, de un escaso interés por este tipo de contratos. En esta muestra se comprueba que 1 de cada 3 licitaciones finaliza sin adjudicarse, o bien porque no hay licitadores o estos no resultan aptos, o bien porque desisten o es objeto de renuncia por parte del órgano de contratación.

El examen de la documentación de esta muestra de expedientes nos permite comprobar que sólo el 4,98 por 100 de los contratos efectúa una verdadera valoración analítica de la transferencia de riesgo operacional, dejando constancia de la misma.

Por otra parte, en el 48,5 por 100 de los expedientes de la muestra se plantea una duración superior a 5 años. En estos, en un 27,5 por 100 de los casos no hay inversiones que lo justifiquen, de acuerdo con el artículo 29.6 de la LCSP. Dentro de los expedientes que sí contemplan inversiones, en el 69 por 100 no consta utilización de tasa de descuento para calcular el periodo de recuperación de la misma. Sólo en el 19 por 100 sí se ha utilizado la tasa prevista en el artículo 10 del 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. Realmente en la mayoría de contratos con plazo superior a 5 años, se proponen duraciones múltiplo de 5 sin ninguna justificación aparente.

En la muestra examinada se detectan errores y omisiones de justificación en el cálculo del VEC y del PBL. También se aprecian carencias relevantes en la documentación, como es la falta del estudio de viabilidad (en un 13,7 por 100 de los casos), de análisis de costes (en el 31 por 100) o de análisis de ingresos (25 por 100). Pero la carencia principal guarda relación, precisamente, con el informe de sostenibilidad del proyecto a emitir por ONE o por los organismos autonómicos equivalentes. Así en el 97,5 por 100 de los expedientes no consta publicación o mención a este informe, tratándose de un documento preceptivo, tal y como ya se ha comentado con anterioridad.

También en este Informe Especial de Supervisión se han querido recoger las principales conclusiones alcanzadas por un grupo de trabajo cuya creación se impulsó desde OIReScon, ya que en el mes de enero de 2023 y a la vista de la experiencia acumulada en el primer año de funcionamiento de la ONE, se pusieron de manifiesto diferentes problemas con marcada transversalidad en la actividad desarrollada para la elaboración y aprobación de sus informes.

El grupo nació con la finalidad de analizar la problemática de los contratos de concesión en España, a la vista de la ausencia de proyectos concesionales de gran calado y de la falta de concurrencia y el alto nivel de licitaciones desiertas registradas en los pocos proyectos tramitados. De todo ello parecía deducirse una infrautilización de este tipo de contratos, lo que se entendió merecía una reflexión a fin de intentar detectar las causas. Integraron el grupo de trabajo algunos de los miembros del pleno de la ONE, representando diferentes sensibilidades y perspectivas.

Un problema relevante en el ámbito de las concesiones parece ser la dificultad para cuantificar la transferencia de riesgo operacional al contratista. En el ámbito comunitario se ha traspuesto de forma literal el concepto del artículo 5.1) de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión. Sin embargo, las diferentes interpretaciones del riesgo operacional podrían conducir a un trato diferente en los distintos estados miembros. En el grupo de trabajo se identificaron criterios que pueden servir para la evaluación de la transferencia de riesgo operacional de los proyectos concesionales que, de cualquier forma, deberán aplicarse singularmente a cada contrato. En todo caso, se recuerda que la regulación establecida en el artículo 312 de la LCSP puede ser una alternativa a los proyectos que no conlleven esa transferencia de riesgo operacional.

En segundo lugar y como se ha venido señalando, para los contratos de concesión de más de 5 años el artículo 29.6 de la LCSP vincula la duración máxima de las concesiones de obras y de servicios con el periodo de recuperación de las inversiones que tenga que llevar a cabo el concesionario para la correcta ejecución de las obligaciones previstas en el contrato. Este periodo de recuperación de la inversión se estima en función de una tasa de descuento que limita la rentabilidad del proyecto y que se calcula en los términos descritos en el artículo 10 del Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, ya mencionado. Es importante señalar que esta tasa será igual, independientemente del tipo de proyecto de que se trate, de la duración que se prevea y del nivel de riesgo que asuma el concesionario en cada caso, con la única excepción de aquellos contratos de concesión financiados con cargo a fondos del PRTR. Para estos últimos, el artículo 56 del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, establece una tasa de descuento mayor.

Equiparar el período de duración del contrato al período de recuperación de la inversión, calculado a través de una tasa de descuento dada, define una rentabilidad en términos de tasa interna de rentabilidad (TIR) con un valor que se aproxima a esa misma tasa descuento. A la vista de todo ello, en el grupo de trabajo se analizaron diversas soluciones que, en todo caso, parecían requerir la modificación de este régimen

jurídico proponiéndose diversas alternativas que pasaban desde modificar el propio artículo 29 de la LCSP hasta introducir reformas en el artículo 10 del Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero antes citado, cambiando los parámetros de referencia.

3. RECOMENDACIONES PARA UN MEJOR FUTURO PARA LAS CONCESIONES.

En definitiva, del conjunto de estos análisis que se han presentado se desprenden algunas conclusiones muy claras. En primer lugar, hemos encontrado unos proyectos de contratos de concesión de tamaño bastante limitado, que no parecen tener un calado inversor como para referirse a proyectos de obras o servicios públicos de carácter estratégico. Adicionalmente, los expedientes presentan una calidad que es, cuanto menos, mejorable, ya que adolecen de defectos y carencias relevantes, entre las que destacaría el incumplimiento de la obligación de someterse a la evaluación regulada en el artículo 333 de la LCSP.

Junto a ello y desde los diferentes análisis efectuados, se constata el poco atractivo de estas licitaciones, con unos niveles de concurrencia muy bajos y un alto porcentaje de proyectos que no llegan a adjudicarse, tanto por resultar desiertos como por finalizar con el desistimiento o renuncia.

Todo ello provoca que la importancia de los contratos de concesión en el conjunto de la contratación pública sea muy reducida, situándose en niveles muy inferiores a los obtenidos como media en el conjunto de la Unión Europea.

A la vista de estas conclusiones, se deducen algunas recomendaciones que procedemos a sintetizar.

Un primer bloque apostaría por la necesidad de mejorar los propios proyectos, comenzando con un mejor diseño de los mismos, lo que necesariamente requiere abordar con más rigor y detalle el correspondiente estudio de viabilidad. También parece exigirse una mejor planificación, preparación y seguimiento posterior de los expedientes. En este sentido se recomienda el empleo de instrumentos de formación especializada que contribuyan a la consecución de este objetivo de mejora.

En segundo lugar, se requiere un mayor control y transparencia en estos proyectos, lo que comienza con la mejora de la calidad de los datos, a fin de poder contar con la información adecuada. También se recomienda dar adecuada publicidad al estudio de viabilidad para que, de forma transparente, los potenciales licitadores puedan conocer el proyecto que aspiran a desarrollar. En este epígrafe se hace de nuevo necesario recordar la necesidad de solicitar el informe de la ONE o de los órganos autonómicos similares, a fin de dar cumplimiento al artículo 333 de la LCSP, pero también para contar con una visión externa y especializada de evaluación del proyecto, que permita detectar y corregir las debilidades del mismo.

En la preparación de los proyectos debe realizarse un análisis adecuado de la transferencia del riesgo operacional, así como establecer la duración del contrato

conforme al cálculo del período de recuperación de las inversiones. Sin embargo y con el objetivo de despejar estos dos puntos críticos, quizá procedería una revisión normativa que aleje las ambigüedades, en el caso del análisis de la transferencia de riesgos, y que permita licitar proyectos sostenibles a partir de una definición de rentabilidad más adecuada.

Siendo la concesión una fórmula de contratación reconocida por la LCSP debemos considerarla claramente infrautilizada en España, a la vista del análisis expuesto. La finalidad de trabajar en la detección y solución de los problemas enunciados no debe ser potenciar sin más el uso del contrato de concesión, sino proponer su utilización cuando se justifique que resulta un instrumento más eficiente que los contratos convencionales.

En este sentido se recuerda que la propia Directiva 2014/23/UE los califica como *instrumentos importantes* para el desarrollo de infraestructuras y servicios estratégicos, *contribuyendo al desarrollo de la competencia* a partir del aprovechamiento de las propias del sector privado y *contribuyendo a lograr eficiencia y aportar innovación.*

Cuadernos de Derecho Regulatorio
Vol. 2 | 2024
Estudios II: Tendencias y modelos en la contratación administrativa. pp. 183–196
Madrid, 2024
DOI: 10.37417/cudere/vol_2_2024_2693
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
© Isabel Fernández Torres
ISSN: 3020-6162

LA FISCALIZACIÓN DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN EL ÁMBITO DEL TRANSPORTE TERRESTRE

Isabel Fernández Torres
Consejera del Tribunal de Cuentas

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.– 2. LA UNIÓN EUROPEA Y LA FISCALIZACIÓN DE LA CPP.– 3. LA ACTIVIDAD FISCALIZADORA DEL TRIBUNAL DE CUENTAS EN RELACIÓN CON LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA.– 4. LA FISCALIZACIÓN DE LA CPP EN ESPAÑA TRAS LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO DE 2017.– 5. FISCALIZACIÓN POR LOS ÓRGANOS DE CONTROL EXTERNO: 5.1. Criterios de selección de las concesionarias y reequilibrio; 5.2. Precio de la construcción; 5.3. Sobre el mantenimiento de las autopistas y la calidad de los servicios.– 6. CONCLUSIÓN

1. INTRODUCCIÓN

Es evidente que, en el seno de la Unión Europea ha existido siempre un interés por el desarrollo de una red transeuropea de transporte. En los años 90 y a la vista de que el ritmo en la implantación de esa red no alcanzaba los umbrales previstos, se creó un Grupo de Alto Nivel sobre financiación de proyectos en dicha red mediante la colaboración entre los sectores público y privado. El Grupo concluyó que la fórmula colaboración público-privada (CPP, PPP en inglés) podía desempeñar un papel fundamental en el desarrollo e impulso de proyectos en la red transeuropea de transporte.

Lo cierto es que la idea de la colaboración público-privada, en su más amplia acepción, no es nada novedosa y bien podría decirse que ha aparecido y aparece, de una u otra forma, con mayor o menor intensidad, en muchos proyectos de construcción de las grandes infraestructuras, en su conclusión o en su mantenimiento. Así, no son pocos los casos en los que los particulares han contribuido de alguna manera en su consecución: por ejemplo, la construcción de la red para la distribución de agua en Madrid se hizo a cargo del erario público pero el Canal de Isabel II emitió bonos para que los particulares contribuyeran a la financiación lo que no deja de ser una vía para la colaboración público-privada.

Por otro lado, se constata que en muchos casos, la fórmula empleada ha sido la de la concesión, lo que tampoco es nuevo. Con independencia de que algunos autores sitúen sus orígenes en el Derecho Romano[1] lo cierto es que la concesión ha sido la fórmula por la que tradicionalmente se ha optado para la construcción y mantenimiento de las infraestructuras[2]. A su vez, los problemas que se suscitan hoy (en particular, en torno a la financiación) tampoco son nuevos. La construcción de los ferrocarriles del Norte en la segunda mitad del siglo XIX abocó a muchas sociedades concesionarias a su declaración en concurso. Surgen entonces las primeras regulaciones concursales en las que se incorpora como parte de la solución al procedimiento, la conversión de los acreedores en accionistas[3]. Estos supuestos, en los que ahora no vamos a detenernos, constituyen un ejemplo, siquiera particular, de colaboración público-privada.

Una de las cuestiones que se plantea en un primer momento es definir qué entendemos, desde un punto de vista jurídico, por colaboración público-privada. De hecho, es algo que intenta hacer el Tribunal de Cuentas Europeo en su Informe "Asociaciones público-privadas en la UE: deficiencias generalizadas y beneficios limitados" de 2018[4], al constatar que uno de los problemas a los que nos enfrentamos es que no hay una interpretación homogénea entre los Estados[5].

De hecho, y éste es el primer problema para un jurista y quizás más para un iusprivatista, la colaboración público-privada no es un concepto estrictamente jurídico sino un tipo de política pública o un modelo de gestión. No obstante, la estructura concesional que subyace en la mayoría de las modalidades de colaboración público-privada ha permitido su aplicación fácilmente en países como España y de hecho, la Ley de Contratos del sector público de 2017, suprime esta modalidad contractual por su escasa utilidad en favor de figuras como la concesión[6].

---

[1] Castán Pérez-Gómez, S., *Régimen Jurídico de las concesiones administrativas en el Derecho Romano,* Madrid, Dykinson, 1996.

[2] González García, J.V., *Colaboración público-privada e infraestructuras de transporte. Entre el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y la atipicidad de la gestión patrimonial*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

[3] Fernández Torres, I., *El concurso de las entidades del sector público y sus contratistas*, Navarra, Civitas, 2015.

[4] *https://www.eca.europa.eu/es/publications?did=45153*.

[5] En un sentido amplio abarcaría muy diversas fórmulas de gestión (tales como la concesión, el concierto, la gestión interesada, las sociedades de economía mixta e incluso figuras como los convenios con particulares, los consorcios y las fundaciones mixtas) mientras que en el caso del Reino Unido, la CPP puede responder a un concepto más estricto que engloba la totalidad de las fases de un proyecto: diseño, financiación, construcción, explotación, mantenimiento (tiene su origen en la denominada *Private Finance Initiative* del Reino Unido de 1992).

[6] La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, tipificó en España el "contrato de colaboración público-privado" como figura contractual pero la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, suprimió esta modalidad contractual al entender que había tenido muy escasa virtualidad práctica siendo la fórmula prevalente en el tráfico la de la concesión. Así desde la entrada en vigor de la nueva ley, el 3 de marzo de 2018, no hay en España una figura o contrato específico de colaboración público-privada.

Trataremos a continuación de abordar la fiscalización de los proyectos de colaboración públicoprivada en sentido amplio a nivel europeo, nacional y de comunidad autónoma.

2. LA UNIÓN EUROPEA Y LA FISCALIZACIÓN DE LA CPP

La CPP ha sido objeto de constante atención en el marco de la Unión Europea tal y como se puede comprobar del número nada desdeñable de Comunicaciones, Directrices, Libro Verde, Decisiones, Resoluciones, etc[7]. Quizás unos datos nos permitan hacernos mejor una idea de la magnitud de la CPP en el ámbito de la Unión Europea. El Informe del Tribunal de Cuentas Europeo de 2018 al que con anterioridad hemos hecho referencia, señala que entre 1990 y 2016 alcanzaron la fase de cierre financiero en el mercado de las colaboraciones público-privadas, un total de 1.749 proyectos por valor de 336.000 millones de euros.

La distribución territorial revelaba la falta de homogeneidad ya que el 90 por 100 del mercado se concentró en 5 países:

Reino Unido, Francia, España, Portugal y Alemania

— Reino Unido: 1.000 proyectos/160.000 millones de euros

— Francia: 175 proyectos/40.000 millones de euros

— España: similar a Francia

La mayor parte de los proyectos pertenecían al sector del transporte, seguidos de la asistencia sanitaria y de la educación (el transporte representaba 1/3).

Uno de los factores que puede explicar la relevancia, desde el punto de vista económico, de la colaboración público-privada es la ventaja que presenta esta fórmula en el ámbito contable de la Unión Europea. Es por todos conocido que la participación pública en una CPP, en determinadas condiciones, puede no ser registrada como partida del balance. Es decir, la CPP quedaría fuera del balance siempre y cuando la parte privada asuma el riesgo de construcción, el de disponibilidad o el riesgo de demanda[8]. La finalidad perseguida es clara: no afectar al objetivo de estabilidad presupuestaria[9], algo que pone claramente de manifiesto el Tribunal de Cuentas Europeo en su Informe de 2018 al que ya nos hemos referido con anterioridad.

De ese Informe y como resultados más relevantes, podemos destacar los siguientes, no sin antes advertir que el Tribunal analiza 12 CPP cofinanciadas por la UE en

---

[7] Una relación exhaustiva puede verse en: Aznar López, M., "La colaboración público-privada y su fiscalización", en *REDEX* 60, sept. 2018, págs. 62-67.

[8] Valcárcel Fernández, P., "Del peligro que pueden suponer algunos contratos basados en fórmulas de colaboración público-privada en orden a respetar el objetivo de la estabilidad presupuestaria", 2011, *Observatorio de la Contratación Pública, https://www.obcp.es/opiniones/del-peligro-que-pueden-suponer-algunos-contratos-basados-en-formulas-de-colaboracion.*

[9] Sobre el particular, vid. González García, J.V., "Contrato de colaboración público-privada", en *RAP* 170, 2006.

Francia, Grecia, Irlanda y España[10] en los ámbitos del transporte por carretera, las tecnologías de la información y la comunicación.

En primer lugar, las CPP no solucionaron las insuficiencias de los proyectos tradicionales en cuanto a retrasos e incrementos de costes[11]. En estrecha conexión con lo anterior, es una constante la realización de unas previsiones o prospecciones excesivamente optimistas tanto en relación con la futura demanda como con la utilización prevista de la infraestructura alcanzando —en el ámbito de las autopistas— una diferencia de hasta un 35 por 100[12] sin mencionar el riesgo de infrautilización posterior. También constata el Tribunal que se opta por una fórmula de CPP sin llevar a cabo un análisis comparativo con opciones alternativas; en definitiva, sin demostrar que ésa era la solución que optimizaba la relación precio-calidad y mejor protegía el interés público. Asimismo, la distribución de riesgos entre los socios públicos y privados fue, en general, inadecuada, incoherente e ineficaz.

En todo caso y como aspecto positivo, merece mencionarse que, en general, se constatan unos buenos niveles de mantenimiento y servicio, así como capacidad para su mantenimiento durante el resto del proyecto.

3. LA ACTIVIDAD FISCALIZADORA DEL TRIBUNAL DE CUENTAS EN RELACIÓN CON LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

Teniendo en cuenta que la figura CPP desaparece de la ley a partir de la entrada en vigor de la Ley de Contratos 2017 (es decir, el 1 de enero de 2018), las fiscalizaciones de la "colaboración público-privada" *strictu sensu,* se refieren a períodos anteriores. El Tribunal de Cuentas ha realizado diversas actuaciones fiscalizadoras en relación con distintas fórmulas de CPP.

Entre ellas y a modo de ejemplo, puede citarse el Informe de fiscalización de los contratos de obras adjudicados por el Ministerio de Fomento bajo la modalidad de abono total del precio desde su instauración hasta 31 de diciembre de 2002[13], aprobado por el Pleno el 20 de julio de 2006. Se trataba de una infraestructura construida por el método alemán y se llegó a la conclusión de que la forma de financiación propia de esta modalidad había producido un coste financiero adicional con respecto al que hubiera supuesto el recurso al mercado de deuda (coste que ascendió, en términos relativos, al 13 por 100).

---

[10] De hecho, los Estados señalados representaban el 70 por 100 del gasto total (29.200 millones de euros).

[11] Un tercio de los doce proyectos auditados sufrieron retrasos considerables. Siete de los nueve proyectos completados (con costes de proyectos agregados de 7.800 millones de euros) sufrieron demoras que oscilaron entre dos y 52 meses. Además, fue necesaria una inyección adicional de recursos por importe de 1.500 millones de euros para completar cinco autopistas de los cuales la Unión Europea proporcionó un 30 por 100, unos 442 millones de euros. Todo lo cual refleja una cierta ineficiencia.

[12] Fernández Torres, I., *El concurso de las entidades del sector público y sus contratistas*, Navarra, Civitas, 2015.

[13] *https://www.tcu.es/repositorio/162d72c5-0ada-48a8-bd5c-ec3bf2e99188/718%20Fomento.pdf.*

Por su parte, el Informe de fiscalización de la contratación de las Entidades Locales de las CCAA sin órgano de control externo propio, periodo 2013-2014, aprobado por el Pleno el 27 de octubre de 2016[14], analiza la fiscalización de un contrato de colaboración público-privada cuyo objeto era la actuación global integrada de suministro y gestión energética del alumbrado público exterior de un determinado ayuntamiento. Se concluye que el documento de evaluación previa no había sido suficientemente concreto al realizar la comparación con otras fórmulas de contratación alternativas, ya que se pronunciaba en términos genéricos.

Sí que ha merecido una atención preferente la modalidad institucional de la CPP. En particular, los encargos a medios propios han sido objeto de diversas actuaciones fiscalizadoras (8 informes entre 2013 y 2016). Las dificultades observadas en dichas actuaciones y, más concretamente, la constatación de que dicho ámbito se caracterizaba por la dispersión y la ausencia de sistemática en su regulación, llevó al Tribunal de Cuentas a presentar una Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de desarrollar un adecuado marco legal para el empleo de las encomiendas de gestión por las Administraciones Públicas[15]. Algunas de aquellas sugerencias fueron posteriormente recogidas en la Ley de Contratos 9/2017.

Pero quizás merezcan destacarse ahora tanto las actuaciones llevadas a cabo respecto de la Sociedad Estatal de Infraestructuras de Transporte Terrestre (SEITTSA) como respecto de la Entidad Pública Empresarial "Administrador de Infraestructuras Ferroviarias" (ADIF)[16]. Conviene advertir que SEITTSA (incluida por el Banco Mundial entre las unidades CPP) se constituye como una empresa especializada en CPP vinculada al Ministerio de Fomento para el desarrollo de diversos trabajos; asimismo, lleva a cabo actuaciones para ADIF. Con ambas instituciones suscribe convenios de gestión directa, así como convenios financieros.

En la fiscalización de SEITTSA y ADIF llevada a cabo por el Tribunal de Cuentas en 2010, el Tribunal de Cuentas puso de manifiesto que la creación de SEITTSA se justificó por un lado en la necesidad de incrementar la inversión en infraestructuras de transporte terrestre[17] y, por otro, la posibilidad de recurrir a fórmulas CPP para financiar aquella parte de las infraestructuras de las que no podía hacerse cargo el Estado para lo cual se contemplaba tanto la posibilidad de participar en sociedades

---

[14] *https://www.tcu.es/repositorio/a055682a-0fc9-40fe-9e0f-f9b56ad8133e/I1178.pdf*.

[15] *https://www.tcu.es/repositorio/146f701e-4038-47f2-a179-fcc5c032625d/I1198.pdf*.

[16] Informe de fiscalización de la actividad realizada por la Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte Terrestre, S.A., en el periodo 2012-2014, aprobado el 30 de junio de 2016, *https://www.tcu.es/repositorio/23f0b493-9540-4c9d-82f1-ed5cbce87707/I1158.pdf*, e Informe de fiscalización de la financiación de las inversiones en infraestructuras ferroviarias realizadas por la Entidad Pública Empresarial "Administrador de Infraestructuras Ferroviarias" (ADIF) y por la "Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte Terrestre, S.A." (SEITTSA), desde 1 de enero de 2005 hasta 31 de diciembre de 2008, aprobado el 30 de septiembre de 2010, *https://www.tcu.es/repositorio/28bf2224-3140-43bf-8a96-74a6bd1e7527/I870.pdf*.

[17] De acuerdo con lo previsto en el Plan Estratégico de Infraestructuras y Transporte 2005-2020: *https://www.mitma.es/plan-estrategico-de-infraestructuras-y-transporte-peit.*

de capital mixto, como otras fórmulas. Con ello se conseguía, adicionalmente, que las inversiones en sociedades de capital privado no computaran a efectos de déficit.

Sin embargo, a 31 de diciembre de 2008, SEITTSA no había participado en la constitución de ninguna sociedad para realizar inversiones en infraestructuras y su inversión directa había sido mínima.

En el Informe de fiscalización integral de SEITTSA correspondiente al período 2012-2014, al cierre de 2014 la entidad no había participado en la creación de ninguna sociedad de capital mixto ni había suscrito ningún acuerdo de CPP. Todo ello significaba que no había atendido a ninguno de los fines para los que había sido creada.

Por todo ello, el Tribunal de Cuentas recomendó en el primer Informe la fusión de ADIF y SEITTSA y, en el segundo, sugería —a la vista de la limitada actividad llevada a cabo por la entidad—la adopción de medidas tendentes a la racionalización y optimización de los recursos o, alternativamente, su disolución.

En todo caso, es también de interés resaltar que desde 2013 SEITTSA ha realizado diversas actuaciones en el marco de los procedimientos concursales que afectaban a las radiales de Madrid, habiendo asumido por convenio suscrito con el Ministerio de Fomento, el 16 de agosto de 2017, la gestión directa de la explotación de las cuatro radiales de Madrid más otras cuatro autopistas, cuyas sociedades concesionarias se encontraban desde el año 2012 en situación de concurso de acreedores. Nos referimos más concretamente a un total de 7 concesiones de peaje que engloban 8 autopistas: la R3/R5; la R4 entre Madrid y Ocaña (Toledo); la R2 entre Madrid y Guadalajara; la AP-36 entre Ocaña y la Roda; la AP-7 en el tramo entre Cartagena y Vera (Almería); la AP-7 circunvalación de Alicante y la M-12 (eje Aeropuerto)[18].

A día de hoy, ninguna de sus recomendaciones ha sido atendida, pero es de prever que el Tribunal haga un seguimiento de las mismas en un futuro cercano.

4. LA FISCALIZACIÓN DE LA CPP EN ESPAÑA TRAS LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO DE 2017

Aun cuando pueda sorprender la desaparición del contrato de CPP en la nueva Ley de Contratos cuando otros países de carácter latino lo han regulado, lo cierto es que la medida se justifica (tal y como hemos venido señalando) en la escasa utilización de la misma en la práctica. No vamos a entrar ahora en los debates doctrinales que en torno a esta cuestión se suscitaron pero sí que puede resultar de interés señalar que dicho contrato obligaba a realizar una evaluación previa para motivar el recurso a la figura amén de la necesidad de contar con un informe favorable, previo a la auto-

[18] Fernández Torres, I., "Liquidación concursal y sector público; en particular, la liquidación de las sociedades concesionarias de autopistas", en *Derecho de sociedades y de los mercados financieros: libro homenaje a Carmen Alonso Ledesma*, coord. por Isabel Fernández Torres, Francisco Javier Arias Varona, Javier Martínez Rosado, 2018, ISBN 9788498903447, págs. 1419-1441.

rización, cuando el importe superara los 12 millones de euros[19]. Ese elemento unido a las dificultades de acceso al crédito como consecuencia de la crisis financiera, la preeminencia del modelo concesional, la falta de flexibilidad del derecho continental frente al modelo anglosajón, llevaron a su supresión y, en consecuencia, a la utilización, una vez más, del concepto de CPP en su sentido más amplio y genérico en el que, en definitiva, encajan figuras muy diversas.

Sea como fuere, desde la perspectiva del control externo la colaboración público-privada, presenta diversos problemas.

Centrándonos en el control de la planificación y evaluación, desde una perspectiva formal, la experiencia fiscalizadora de la CPP revela que la opción escogida no queda con frecuencia acreditada mediante los correspondientes estudios o informes (que deben tener su reflejo en el expediente administrativo). La normativa reguladora de cada uno de los contratos o de las fórmulas que tienen cabida en el paraguas de la CPP ponen especial atención en el documento de evaluación previa, sin embargo, no es menos cierto que el examen del mismo no se realiza con la profundidad que sería deseable sobre todo con vistas a proteger el interés general.

Desde un punto de vista material, el control externo debe comprender la ponderación de las ventajas y de los inconvenientes de la participación privada en el proyecto. Una valoración que ha de ir más allá de las características financieras de la operación y tener en cuenta otros elementos como, por ejemplo, el plazo de puesta a disposición de la infraestructura o la mayor eficiencia en la prestación de un servicio u otros condicionantes que pudieran justificar optar por esa fórmula.

Las actuaciones fiscalizadoras, sin embargo, han llevado a constatar que en muchas ocasiones no se ha realizado el "comparador del sector público", ni se ha analizado la sostenibilidad financiera de los proyectos por lo que el recurso a fórmulas de colaboración público-privada no queda, con frecuencia, suficientemente acreditado. Desde esta perspectiva, el análisis de la eficiencia resulta complejo ya que no se suele contar con suficientes elementos que permitan comparar los gastos de gestión pública con los de gestión privada. A ello se une que, en muchos casos, ha podido tener un peso relevante en la adopción de una decisión condicionamientos presupuestarios y contables que pueden haber coadyuvado a elegir una fórmula menos eficiente.

De todo lo anterior se infiere, sin duda, la importancia o conveniencia de realizar una fiscalización de la planificación algo que, en un modelo como el español, no tiene cabida. En efecto, la actuación del Tribunal de Cuentas se produce *ex-post,* es decir, una vez que el gasto ya se ha producido (carácter consuntivo). Por ello, en tanto no se produzca la oportuna reforma legislativa, la evaluación y fiscalización de la fase de planificación queda fuera del objeto de las actuaciones del Tribunal. Más aún, el Tribunal cuando fiscaliza los contratos no entra en la planificación sino en el cum-

[19] Ridao, J., "La colaboración público-privada en la provisión de infraestructuras de servicio público. Revisión crítica y alternativas al actual marco regulador", en *Rev. Catalana de Dret Públic* 45, 2012, págs. 196-197, 200 y 208.

plimiento. Una intervención *ex ante* contribuiría sin duda a una mayor eficiencia y, quizás, podría coadyuvar a evitar el sobredimensionamiento de las infraestructuras y los equipamientos[20]. Ello no solo sería acorde con la Norma ISSAI 5220[21] cuya Directriz 3 señala "puede ser necesario o deseable que la EFS examine el acuerdo antes de que el contrato sea otorgado" sino que, además, podría resultar de utilidad, por ejemplo, en la gestión de los fondos europeos.

Otro de los aspectos a abordar en el ejercicio del control externo es la transparencia, algo especialmente difícil en un contrato de colaboración público-privada por lo sofisticado y lo complejo de las prestaciones cruzadas, etc.

La transparencia está vinculada al procedimiento de adjudicación del contrato y en el supuesto del desaparecido contrato de CPP que debía llevarse a cabo a través de un procedimiento de dialogo competitivo, los principios de transparencia y publicidad quedaban, necesariamente, difuminados. De hecho, el Tribunal de Cuentas en su Informe sobre el cumplimiento del principio de transparencia establecido en la legislación sobre la estabilidad presupuestaria, en relación con los Presupuestos Generales del Estado para los ejercicios 2007 y 2008, aprobado en 2011, señalaba en relación con el contrato de colaboración público-privado, que se estaba reduciendo la información que se suministraba[22]. Para el Tribunal de Cuentas, como quiera que la CPP implica un proyecto a largo plazo que puede tener impacto en un largo período de tiempo y, por tanto, en presupuestos futuros, sería necesario informar sobre todo ello, así como sobre las cargas invisibles con el fin de conocer los riesgos y efectos de la consecución de un contrato de estas características. En definitiva, debería darse a conocer un análisis completo de la propuesta. Algunas de las recomendaciones formuladas por el Tribunal en aquel informe fueron atendidas por la Ley de Presupuestos de 2017.

El impulso definitivo en materia de transparencia ha venido de la mano de tres normas. Por un lado, de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno cuyo artículo 8 se refiere a la obligación de hacer públicos los contratos con la indicación de una serie de extremos. Por otro lado, la Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, por la que se modifican varias normas, entre las que se encuentra la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, dio la siguiente redacción a su artículo 9.1: "La función fiscalizadora del

---

[20] Tiene enorme importancia para evitar situaciones de sobrecapacidad de la red de infraestructuras y del parque de instalaciones evitando duplicidades (por ejemplo: Madrid Toledo).

Una evaluación económica correcta es imprescindible para evitar errores en el cálculo de las variables que han de tenerse en cuenta para decidir la realización de la inversión y la modalidad a través de la cual se llevará a cabo. Ejemplo: Radiales de Madrid para las que el cálculo de la frecuencia fue muy superior al finalmente producido lo cual era lógico porque, además, los usuarios podían optar por usar la de peaje o la autovía paralela de libre circulación o el vial M-11.

[21] "Lineamientos para la mejor práctica en la auditoría de financiamiento público-privado y concesiones" que pone el acento en la fase preparatoria alcance y características y riesgos.

[22] Informe de fiscalización sobre el cumplimiento del Principio de Transparencia Establecido en la legislación sobre Estabilidad Presupuestaria, en relación con los Presupuestos Generales del Estado para los ejercicios 2007 y 2008, *https://www.tcu.es/repositorio/0cd91cea-21db-4215-aaed-42289ddc9e33/I896.pdf*

Tribunal de Cuentas se referirá al sometimiento de la actividad económicofinanciera del sector público a los principios de legalidad, eficiencia, economía, transparencia, así como a la sostenibilidad ambiental y la igualdad de género". Es decir, la transparencia se erige desde entonces como un principio transversal que habrá de ser objeto de análisis en todas las fiscalizaciones llevadas a cabo por el Tribunal. Finalmente, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, presta especial atención a la transparencia que se incorpora casi como un principio general de la contratación pública e incorpora diversas medidas tendentes a asegurarla.

Un estudio del Tribunal de Cuentas sobre un total de 213 informes realizados entre 2016 y 2022 revela que en 59 de ellos las entidades analizadas cumplieron con la Ley de transparencia pero 82 informes reflejaron un incumplimiento de la Ley por parte de las entidades analizadas y 72 informes consideraron un cumplimiento parcial. Respecto a los informes donde se detectaron incumplimientos, el estudio muestra que en un 97 por 100 de los casos se fundamentaron en comprobaciones relacionadas con la publicidad activa.

Para facilitar el análisis de transparencia el Tribunal de Cuentas ha aprobado recientemente una Guía para la Fiscalización del Principio de Transparencia. El objetivo es proporcionar herramientas para determinar qué aspectos de la Ley 19/2013 de transparencia, acceso a la información y buen gobierno deben ser analizados, así como las comprobaciones y pruebas a realizar durante la fiscalización[23].

5. FISCALIZACIÓN POR LOS ÓRGANOS DE CONTROL EXTERNO

Merecen destacarse tres Informes:

1. Informe (Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid) de Fiscalización de la conservación, gestión y explotación del servicio público de las carreteras financiadas mediante el sistema de peaje en la sombra y de las concesiones de obra pública para la redacción de proyecto y construcción de la M-404 y M-407, en la Comunidad de Madrid[24].

2. Informe (Consello de Contas) sobre la eficiencia de la colaboración público-privada en las autovías gallegas, de 26 de octubre de 2023[25].

3. Informe (Cámara de Comptos de Navarra) de Fiscalización sobre concesiones realizadas mediante peaje en la sombra, 2014-2021[26].

---

[23] Aprobada por el Pleno del Tribunal de Cuentas de 30 de noviembre de 2023: *https://www.tcu.es/export/sites/default/.galleries/pdf/NormasManuales/TCu_guia-Objetivo-Transparencia.pdf*.

[24] Aprobado por el Pleno de la Cámara de Cuentas de 23 de marzo de 2022: *https://www.camaradecuentasmadrid.org/admin/uploads/if-sellado-peajes-en-sombra-aprobado-cjo-23032022.pdf*.

[25] *https://www.ccontasgalicia.es/sites/consello_de_contas/files/contents/documents/2023/20231026_Informe_Informe_de_fiscalizacion_1902022-04_D_Informe_eficiencia_colaboracion_publico_privadas_autovias_gallegas_C.pdf*.

[26] Informe de Febrero de 2023: *https://camaradecomptos.navarra.es/sites/default/files/assets/files/informes/InformeComptos2303.pdf_firmado.pdf*.

En todos los supuestos se advierte que la fiscalización se justifica en el análisis de la eficiencia de la colaboración público-privada en relación con la construcción y explotación de una serie de autovías y autopistas. Del análisis de los Informes y, en particular, de sus Recomendaciones y Conclusiones, se infieren una serie de resultados comunes a todos ellos y que permiten, en consecuencia, la formulación de unas consideraciones de carácter global.

En primer lugar, y como "valoración global", se advierte que dadas las implicaciones que las construcciones de unas redes de transporte tienen desde el punto de vista presupuestario, sería conveniente una más precisa justificación y un análisis más sólido acerca la idoneidad de la fórmula por la que se opta en cada caso de acuerdo con los criterios de eficiencia, eficacia y economía. Así, el Informe de la Cámara de Cuentas de Madrid señala que la justificación de la contratación en los supuestos analizados resulta insuficiente ya que sólo se afirma la necesidad de la obra pública y el trazado viario pero la selección del tipo de contrato y, en concreto, en un único contrato de concesión de obra pública se motiva de manera muy general. En definitiva, una escasa justificación de la propuesta realizada.

Por ello, se aconseja realizar siempre un estudio comparativo de lo que le costaría a la Administración asumir el coste de la construcción directamente frente a otras fórmulas públicoprivadas. De hecho, el Informe del Consello, por ejemplo, señala que se podrían haber alcanzado los mismos resultados a menor coste. En general, se advierte en los Informes analizados que la opción de la colaboración público-privada se ha basado más en razones contables (evitar el impacto en el déficit y en la deuda de las Comunidades Autónomas) que otra cosa. Siendo, pues, el motivo principal que determinó la opción por la colaboración público-privada intentar diferir y fraccionar el impacto directo de la inversión en el déficit y en la deuda, en el caso de Galicia, 4 no consiguieron ese efecto y consolidaron en las cuentas públicas; se confirma, conforme lo dicho con anterioridad, que hacen descansar las decisiones públicas en razones contables y no de eficiencia, lo que no puede considerarse sino una distorsión.

Partiendo de esta valoración de carácter general y descendiendo a los detalles, es también posible formular algunas consideraciones acerca de la selección de los contratantes, el desarrollo y modificación de los contratos durante la ejecución de la obra, así como sobre el final de los trabajos de construcción que, de manera sintética, pasamos a recoger.

5.1. Criterios de selección de las concesionarias y reequilibrio

En Galicia todas las empresas que resultaron adjudicatarias de los concursos presentaron ofertas con importantes bajas económicas. Obtuvieron una puntuación baja en el criterio que valoraba su viabilidad económico-financiera lo que significa que se primaron ofertas agresivas consistentes en presentar una tarifa baja (peaje que pagará la Administración por vehículo) en detrimento de planes económicos consistentes y previsiones de tráfico prudentes. Es preciso aclarar que si el licitador oferta una tarifa muy baja, no queda otra que sobreestimar el tráfico para que los ingresos

sean suficientes y los planes financieros resulten o, mejor dicho, parezcan, viables. Se trata de un presupuesto generalizado.

Es una constante en el sector la presentación de proyectos con unas previsiones de tráfico estimado excesivamente optimistas lo que puede esconder una estrategia por parte de las sociedades concesionarias consistente en resultar adjudicatarias para luego proceder a una modificación de los términos del contrato incrementando las tarifas pagadas por la administración. A este respecto, conviene que realicemos algunas precisiones. En general, el modelo elegido ha sido el de "peaje en la sombra" lo que implica que la empresa privada construye, financia y explota la infraestructura y el sector público abona una retribución ligada al número de usuarios que, como hemos dicho, siempre es más optimista que realista pues el uso es menor del previsto.

En la práctica, el menor uso de las infraestructuras, más allá de las renegociaciones a las que han dado lugar, ha sido considerado por el Tribunal Supremo como una variación comprendida dentro del riesgo y ventura propio del contrato y, por tanto, como una cuestión que no constituye riesgo imprevisible (STS 4/02/2014, en el caso de la R-4, la disminución del tráfico alcanzó el 78 por 100 flujo)[27]. Y es que los contratos transferían a las concesionarias el riesgo de demanda ya que los ingresos de éstos son el resultado de multiplicar la tarifa ofertada (peaje en la sombra) por el número de vehículos que circulan por cada autovía (algo que claramente se recogía en los pliegos de los contratos) y en todas ellas, el tráfico ha sido inferior. Sin embargo, en el caso de las autovías gallegas, los reequilibrios aprobados por la Xunta no están en línea con la jurisprudencia anteriormente señalada.

En algunos supuestos, caso de la M-501, M-407 y Tramo I de la M-45 de las autovías gallegas y de las navarras, las sociedades concesionarias solicitaron el reequilibrio concesional de los perjuicios ocasionados por la crisis sanitaria causada por la Pandemia de Covid-19 al amparo de lo dispuesto en el RD-ley 8/2020, de 17 de marzo, que en su artículo 34 establece el derecho de las concesionarias al restablecimiento del equilibrio económico cuando se aprecie la imposibilidad de ejecución del contrato. Esta reclamación fue desestimada al entender que no hubo imposibilidad de ejecución del contrato ya que no se afectó la oferta del servicio que se desarrolla en la obra con independencia de que la demanda se viese disminuida. Se trata de una interpretación distinta a la establecida en el RD-ley 26/2020, de 7 de julio, aplicable solamente a las autopistas y autovías adjudicadas por el Estado. Esta norma estatal considera que solamente existe imposibilidad de ejecución del contrato cuando el margen bruto de explotación durante el período de vigencia del estado de alarma sea negativo, lo que ha sucedido en muy pocos casos.

El Tribunal Supremo en su STS 1038/2022 de 19 de julio, sala de lo contencioso-administrativo, se ha pronunciado en contra del reequilibrio: se entiende que existe

---

[27] Sobre esta cuestión, vid. Fernandez Torres, I., *El concurso de las entidades del sector público y sus contratistas*, Navarra, Civitas, 2015.

En la jurisprudencia, además, vid: SSTS de 17 de noviembre de 2015 y de 12 de mayo de 2016, entre otras.

imposibilidad de ejecución del contrato (y, por tanto, puede haber lugar al reequilibrio) cuando el margen bruto de explotación durante el periodo de vigencia del estado de alarma sea negativo.

En el caso de las sociedades concesionarias de obras de autovías y autopistas de Madrid, también solicitaron el reequilibrio concesional, pero en tanto no se resuelvan no podremos conocer el sobre coste total de estas concesiones en la Comunidad de Madrid. Por lo que se refiere a las navarras, el recurso de la Autovía del Pirineo S.A.U., fue desestimado por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra[28] y el de la Autovía Camino S.A.U., está pendiente de sentencia.

5.2. Precio de la construcción

En general, es frecuente que haya lugar a expedientes de restablecimiento del equilibrio económico: modificación condiciones de la concesión mediante incremento plazo, incremento tarifas y bandas y anualidades máximas. También se han producido reequilibrios por el mayor coste de las expropiaciones (especialmente pero no sólo, en el caso de las radiales de Madrid) y por el incremento de los préstamos necesario para la financiación de los pagos a realizar por las concesionarias a los expropiados. Todo ello a pesar de que las construcciones se realizan a riesgo y ventura de la concesionaria. En el caso de las autopistas y autovías gallegas, "en términos porcentuales las modificaciones producidas en esos contratos son menores que los que experimenta por término medio la obra pública" (los modificados de obra fueron abonados mediante pago directo, aunque ésta no sea la forma propia de compensación) mientras que en el caso de las de Madrid, fue necesario tramitar modificaciones presupuestarias de hasta 111 por 100.

En relación con el sobreprecio de las expropiaciones de terrenos[29], en virtud de una doctrina conforme a la cual se trataba de infraestructuras que crean ciudad, la

---

[28] Es de interés advertir, aunque ello no es objeto de análisis en los Informes de Fiscalización de los distintos órganos de control externo, que en algunos supuestos se ha solicitado el reequilibrio como consecuencia de haber tenido que afrontar el abono del Impuesto de Bienes Inmuebles (IBI), no vigente para este tipo de infraestructuras al inicio de la relación contractual. El Tribunal Supremo en su Sentencia de 4 de julio de 2023, considera que el pago de la contribución territorial "no comporta la ruptura del equilibrio económico financiero" del contrato establecido con el Gobierno de Navarra en 2009.

El origen de este proceso judicial se remonta a 2018, cuando la Autovía del Pirineo S.A., sociedad concesionaria del contrato de la A-21, interpuso un recurso contencioso-administrativo ante Tribunal Superior de Justicia de Navarra (TSJN) al entender que el equilibrio económico-financiero de la concesión que obtuvo en 2009 había quedado roto desde 2015, cuando el Gobierno de Navarra estableció el cobro del IBI a las autovías sujetas al llamado peaje en la sombra, tras la modificación de la Ley Foral 2/1995 de Haciendas Locales de Navarra por la Ley Foral 10/2013, que culminó con la aprobación de la Ley Foral 29/2016. El TSJN desestimó este recurso que el TS ratifica al estimar que "ya en la época de la firma del contrato a que se refiere este recurso había razones y pronunciamientos judiciales que defendían la sujeción al IBI de las autovías de peaje en la sombra, por lo que no puede calificarse como un riesgo imprevisible que el Parlamento de Navarra optara por tal solución en sus leyes forales 10/2013 y 29/2016".

[29] El Real Decreto-Ley 1/2014 modificó el Artículo 17 de la Ley de Autopistas (Ley 8/1972, de 10 de mayo) y el Artículo 271 TRLCSP en lo que se refiere al régimen de responsabilidad patrimonial

valoración de los terrenos no podía hacerse a valor de suelo no urbanizable, sino que debía valorarse, al menos, a precio de suelo urbanizable si no urbano (existen numerosas sentencias de los años 90 que venían defendiendo la idea de que hay autopistas que deben considerarse sistemas viarios destinados a crear ciudad) [30].

El resultado es que las sociedades concesionarias hubieron de afrontar indemnizaciones muy superiores a las previstas: las concesionarias debían abonar a los expropiados las indemnizaciones derivadas de los procesos y, al mismo tiempo, aquéllas tendrían derecho al restablecimiento del equilibrio por las cantidades superiores al límite fijado. Este ascendía a casi 17,5 millones frente a los casi 280 millones a los que ascendió el sobrecoste abonado a 31 de diciembre de 2018 más los 101 pendientes de abonar a dicha fecha (abonados en 2020 en ejecución de sentencia y 589.419 pendientes de reclamar por la concesionaria). A pesar de la limitación del sobrecoste por contrato, la Comunidad de Madrid no atendió a las reclamaciones de las concesionarias debiendo éstas acudir a la vía judicial, todo lo cual supuso un incremento de costes del 21 por 100, además de un sobrecoste para la Administración en el caso de algunas de autopistas y autovías de Madrid.

5.3. Sobre el mantenimiento de las autopistas y la calidad de los servicios

En términos generales, el resultado de las auditorías técnicas realizadas revela la existencia de un buen o elevado nivel de calidad en el servicio y un buen estado de conservación de las autopistas y/o autovías de tal manera que el riesgo de disponibilidad está bien transferido a las concesionarias. Más aún, las distintas fiscalizaciones

---

de la Administración en las concesionarias. La norma contempla el supuesto del concesionario que incumple la obligación de abonar los precios por las expropiaciones como sucede cuando la concesionaria está en concurso y la Administración se vea condenada a pagar en su lugar (siguiendo el camino abierto por los Tribunales Superiores de Justicia y confirmado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2013). Por efecto del pago, la Administración se subroga en la posición de acreedor del concurso. La Administración compensará esos derechos de crédito en la liquidación administrativa de la concesión, de manera que el saldo final de la responsabilidad de la Administración (que tiene que ir a la masa activa del concurso) se verá minorado en ese importe. Sobre esta problemática, vid. Huergo Lora, A.J., "El concurso de los beneficiarios de la expropiación forzosa y sus efectos sobre el derecho al cobro del justiprecio", en *Anuario de Derecho Concursal*, Civitas, Madrid, 30/2013, septiembre-diciembre, págs. 373 y sigs.

[30] SSTS 21 de julio de 2008 y de 5 de julio de 2011 (esta última comentada por Serrano Alberca, J.M., "La aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo sobre valoración de los sistemas generales después de la entrada en vigor de la Ley del Suelo 8/2007, de 28 de mayo, y su texto refundido de 2008 (RDLeg 2/2008, de 20 de junio). Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2011 (RJ 2011, 5662)", en *Revista de Urbanismo y Edificación*, Civitas, Madrid, 24/2011-2, págs. 189 y sigs.); Fernández Torres, J.R., *Estudio integral de las expropiaciones urbanísticas*, 2ª ed., Madrid, Aranzadi, 2007, págs., 395 y sigs., con amplia referencia jurisprudencial. En concreto, señala que las SSTS de 29 de enero y 9 de mayo de 1994 emplean la expresión "dotaciones vocadas a servir al conjunto urbano", en cuyo caso el suelo debe valorarse a precio de suelo urbanizable. Para ello han de darse ciertas circunstancias: entre otras, deben revestir trascendencia urbana, es decir, crear ciudad (págs. 402 y sigs.).

ponen de relieve que la actuación de la Administración ha sido eficaz puesto que el órgano ha cumplido con la obligación de construir las infraestructuras y han entrado en funcionamiento prestando el servicio previsto. De hecho, los retrasos en la construcción, cuando se han producido, no han sido excesivos si se comparan con las demoras medias en la obra pública.

6. CONCLUSIÓN

Son muchas las cuestiones que el análisis de los Informes de fiscalización tanto a nivel europeo como nacional, sugieren.

En primer lugar y aunque ello no ha sido analizado, se plantea, en mi opinión, un posible conflicto: si la Red Transeuropea de Transporte, proyecto digamos europeo, se ha vinculado a la colaboración público-privada y, por tanto, a infraestructuras financiadas mediante CPP a nivel nacional, eso significa que, en última instancia, el control corresponde a las Entidades Fiscalizadoras nacionales. Estas, en sus análisis y auditorías, analizan sólo los tramos nacionales lo que puede plantear un problema si llega a producirse un conflicto entre el interés nacional y el comunitario.

Adicionalmente, la heterogénea distribución territorial de infraestructuras financiadas de modo diverso puede plantear también un problema de equidad. El hecho de que unas partes del territorio dispongan de más o de menos autopistas libres (algo que debería ponderarse con un análisis de la disponibilidad más o menos temprana, de la mejor o peor calidad de la red de carreteras) puede ser un problema. La equidad puede tener alcance transfronterizo: España tiene menos autopistas de peaje que nuestros países vecinos ¿Por qué no se ha generalizado el sistema de peaje?

Más allá de esta primera cuestión, lo cierto es que las CPP suponen o pueden suponer un desplazamiento del coste a generaciones futuras, lo que *per se* puede sugerir un problema de equidad desde una perspectiva temporal.

Lo cierto es que, volviendo por donde empezamos, se constata que, en general, la planificación no es adecuada y este proceso inicial de planificación no es objeto de fiscalización por los órganos de control puesto que, por Ley, ésta es consuntiva y, por tanto, sólo puede producirse *ex -post*. Sería conveniente realizar de manera previa estudios de viabilidad completos dejando constancia de las diferentes alternativas de financiación. Asimismo, algunos informes recomiendan planificar (a efectos de contratos futuros) la elaboración de planes económico-financieros fácilmente verificables que eviten externalizar la validación de los mismos. También debería solicitarse del órgano competente, antes de cada adjudicación, el tratamiento que recibirá la infraestructura a efectos de déficit y deuda.

En algunos casos hubiera sido más razonable una gestión directa de la infraestructura, incluso podría haberse optado por la resolución del contrato y posterior gestión directa. En muchos casos, la continuidad de la concesión mediante el incremento de tarifas y el consiguiente pago de la administración no ha sido la solución más eficiente.

Cuadernos de Derecho Regulatorio
Vol. 2 | 2024
Estudios II: Tendencias y modelos en la contratación administrativa. pp. 197–200
Madrid, 2024
DOI: 10.37417/cudere/vol_2_2024_2695
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
© José María Gimeno Feliu
ISSN: 3020-6162

POR UNA MEJOR COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA AL SERVICIO DE LA CIUDADANÍA

José María Gimeno Feliu
Catedrático de derecho administrativo
Universidad de Zaragoza

En el siglo xxi la gestión pública del interés general debe incorporar a la iniciativa privada y a la sociedad civil para poder asegurar el nivel más óptimo de las prestaciones que demanda la ciudadanía. Más allá de posicionamientos ideológicos que contraponen lo público frente a lo privado, debe promoverse una cultura de cooperación leal y trasparente, que permita un progreso económico y social que salvaguarde los principios de equidad y de solidaridad. La iniciativa privada (así como los grandes proyectos de inversión privada) no es ni puede ser una némesis de lo público. Sin duda, por las actuales incertidumbres a nivel global y nacional estamos en una encrucijada histórica que nos obliga a redirigir la brújula de nuestro norte en la gestión pública. Como se intervenga en el mercado no es en absoluto trivial. Mejorar la regulación, la gestión pública y simplificar los trámites procedimentales es y deberá ser un rasgo de toda administración pública moderna que, insistimos, debe ser proactiva y no meramente reactiva, procurando siempre la mejor satisfacción del interés general, lo que obliga a articular mecanismos de gobernanza pública de la actividad económica que promuevan un "crecimiento inteligente y socialmente responsable".

La nueva realidad jurídico-económica exige de los poderes públicos una visión estratégica en un contexto económico globalizado donde las decisiones públicas deben, por lo demás, adecuarse a las reglas europeas y alinearse con exigencias del derecho a una buena administración. Así, la estricta visión "administrativa" de la actuación pública debe dejar paso a una visión moderna que pivota en el resultado y que diseña las decisiones públicas económicas en clave de inversión y no como gasto. Y donde la participación de la sociedad civil y empresarial es imprescindible para cumplir los fines constitucionales. No puede haber un Estado Social óptimo sin un correcto y sincrónico funcionamiento de la actividad económica, lo que requiere una posición de liderazgo institucional público. En consecuencia, las diferentes medidas de regulación o de actuación sobre la economía deben ser analizadas con el fin de evitar que sean un freno indebido (algo que, sin duda, sucede por interpretaciones

rigoristas o excesivamente formales, alejadas de una correcta interpretación de las necesidades de interés general) lo que se alejaría de las exigencias del derecho a una buena administración que, como bien ha señalado J. TORNOS MAS "es el alma de la nueva administración.

El interés público, su satisfacción concreta, se encuentra en el qué y no en quién. Lo importante es saber sumar esfuerzos, conocimientos y capacidades para conseguir el mejor resultado. Este es el verdadero fin de la Política. Así, como ha explicado el profesor S. MUÑOZ MACHADO, frente a la óptica prestacional directa prevalece la función ordenadora y reguladora de las instituciones públicas. Por ello necesitamos más y mejor colaboración público-privada. El carácter complementario de la colaboración público-privada y de las fórmulas contractuales públicas ha sido lo que permitido con mucha frecuencia preservar los estándares de calidad y equidad social en numerosos servicios de interés público relevante. Por ello, es conveniente analizar las oportunidades que esta colaboración público-privada ofrece para prestar servicios públicos de calidad. Lo que exige repensar la arquitectura de la ejecución de estas fórmulas, que deben preservar el nuevo paradigma de la gobernanza pública con el fin de favorecer el nivel óptimo de gestión desde la perspectiva de lo público como garante.

El actual contexto supone una ventana de oportunidad para promover un nuevo liderazgo institucional público a través de una adecuada articulación de la política de colaboración público-privada (preservando las notas de la sostenibilidad social y ambiental como nuevos paradigmas de estas fórmulas) que, además, puede ayudar en la estrategia de mejorar la productividad de nuestro modelo económico y, principalmente, servir de "política palanca" para proteger con eficacia los derechos sociales (como la salud o la vivienda). Y para ello debe existir una estrategia que promueva esta técnica, ajustando de forma proporcional los riesgos en las fórmulas de colaboración público-privada en sentido estricto.

Es posible que el marco regulatorio de la colaboración público-privada aconseje, además, una simplificación para resolver el problema de riesgo regulatorio y burocracia defensiva, pero lo trascendental es impulsar la "innovación" en la práctica de su diseño concreto (superando innecesarios apriorismos ideológicos), que lo dote de seguridad jurídica y facilite la movilización de inversión privada para un crecimiento inteligente e integrador (en palabras de la Unión Europea).

La nueva gobernanza económica tiene un pilar fundamental en la colaboración público-privada. Pero el éxito de la misma aconseja a corregir las disfunciones detectadas con anterioridad. En primer lugar, se debe abandonar la idea del precio como único elemento de valoración para la sostenibilidad del modelo de gestión pública en las fórmulas de colaboración público-privada (en especial de prestaciones dirigidas a personas o servicios públicos esenciales). En una colaboración público-privada, en cualquiera de las modalidades, no puede ser un fin el ahorro presupuestario, sino la mejor calidad de la prestación. Una inadecuada política de "ahorros desproporcionados" puede perjudicar la eficiencia del sistema produciendo ineficiencias o "fuego amigo", como la deslocalización empresarial con pérdida de esfuerzo inversión (lo que afecta directamente a una política esencial como es la de empleo). Asimismo, transparencia, rendición de

cuentas y justicia social son propios de la nueva arquitectura de la gobernanza pública económica en el contexto de desarrollo de los ODS, a modo de brújula ética.

Por supuesto, en los supuestos de una arquitectura de modalidad de colaboración a largo plazo y con importante inversión de capital privado hay que preservar una rentabilidad "razonable", lo que exige una visión desde las diferentes perspectivas de los intereses en juego y no solo de la "sesgada" de las diferentes partes de la colaboración. La rentabilidad razonable se caracteriza por tres notas:

a) tiene necesariamente un carácter dinámico y flexible para adaptarse a las exigencias de un mercado y contexto económico claramente fluctuante y en el que existen inherentes incertidumbres que impiden una "ilógica" visión estática de las medidas jurídicas. Por ello, es importante diseñar bien las reglas del equilibrio económico-financiero;

b) está diseñada para dotar de garantías adecuadas a los inversores diligentes. La previsión legal habilita que las empresas, en relación a los costes de inversión y operación puedan obtener todo caso, una rentabilidad que pueda entenderse "razonable". Razonabilidad que implica "proporcionalidad, para no superar los límites de un enriquecimiento injusto".

c) la retribución razonable es, en todo caso, una cuestión de resultado en cada contexto concreto, que se debe articular mediante un pliego (lex contractus) que anticipe las soluciones a los problemas derivados de incertidumbre imprevisibles para que el inversor tenga confianza.

Tensar de forma indebida los riesgos o la rentabilidad (que es la retribución de inversiones que aportan valor) solo conducen o una ineficiencia del modelo (la TIR siempre será mas elevada encareciendo la operación) o, peor, o un fracaso del mismo lo que, en modo alguno, será un ejemplo de buena administración. Las inercias y resistencias al cambio, cierta "indolencia" administrativa y empresarial, la falta de cultura de cooperación, la "confusión" conceptual, la excesiva politización en las decisiones prácticas, la inseguridad jurídica derivada de interpretaciones diversas y contradictorias ponen en evidencia claras debilidades en los resultados pretendidos con la regulación, de especial gravedad en cuanto se afrontan situaciones excepcionales (como también está observando la *OIRESCON*) [1]

Una última reflexión. Los diferentes sistemas de colaboración público-privada son un instrumento jurídico-económico más entre las diferentes opciones de la administración económica, pero con gran capacidad de transformación, ideológicamente neutro (como destacaba G. Marcou), con capacidad de desarrollar de la forma más óptima determinadas políticas públicas. De ahí la necesidad de diseñar un adecuado modelo de gobernanza integral en toda fórmula de colaboración público-privada que ponga especial atención en el adecuado cumplimiento de la prestación pública. Desde esta perspectiva, para preservar cumplimiento de plazos y de minimización de riesgos en la ejecución y/o explotación de infraestructuras complejas puede resultar

[1] El informe anual de supervisión de 2021 analiza y señala los ámbitos de mejora.

conveniente la utilización de modelos colaborativos de coste objetivo (*target costing*, inspirados en el modelo NEC 4). Con estos modelos colaborativos se pretende alinear el fin público de la mejor construcción de las infraestructuras (o de los modelos concesionales de explotación) con la necesidad de preservar una adecuada tensión competitiva alejada de prácticas que imponen arriesgar en la bajada de precios, lo que puede implicar cumplimientos defectuosos e, incluso (como se constata con la actual gestión de los fondos NGEU), un desinterés de las empresas en las licitaciones.

Es momento para más y mejor colaboración público-privada, para lo que hay que "cambiar el rumbo" tanto de la regulación y de su interpretación (excesivamente formalista), como de la gestión de estas fórmulas para superar la inercia del procedimiento y avanzar en la idea de proyectos. En ello va el futuro del liderazgo de gestión de las instituciones públicas, de una moderna gobernanza pública económica, que piensa en las personas (y en la transformación social) y no en los privilegios ni en el inmovilismo ideológico.

Sin duda estamos en una encrucijada histórica que nos obliga a repensar la brújula de nuestra dirección en la gestión pública. Pero para ello debemos, como he recordado en otros trabajos, saber qué camino elegir tal y como Alicia, la del país de las maravillas del famoso cuento de Lewis Carroll, al preguntar al gato de Cheshire en un cierto punto qué camino debía tomar la respuesta que se le da es que "*Eso depende mucho del lugar adonde quieras ir. Si no sabes adónde quieres ir, no importa qué camino sigas*".

El camino a donde debemos ir en el diseño de una moderna estrategia de colaboración público-privada no es la burocracia (procedimiento), sino la estrategia (proyectos). Y no es el precio y el ahorro, sino el valor y la inversión. De las decisiones reactivas (y en ocasiones improvisadas) a las decisiones proactivas y bien planificadas. No es tampoco el falso debate de gestión pública frente a la desconfianza en la gestión privada, sino la colaboración conjunta para la mejor satisfacción del interés general.

Cuadernos de Derecho Regulatorio
Vol. 2 | 2024
Estudios II: Tendencias y modelos en la contratación administrativa. pp. 201–218
Madrid, 2024
DOI: 10.37417/cudere/vol_2_2024_2696
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
© Christian Rojas Calderón
ISSN: 3020-6162

LOS CONTRATOS ESPECIALES DE OPERACIÓN DE LITIO (CEOL) EN EL MARCO DE LA NUEVA ESTRATEGIA NACIONAL DEL LITIO EN CHILE*

Christian Rojas Calderón**
Profesor Asociado de Derecho Administrativo
Universidad Andrés Bello (Chile)

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. LA ESTRATEGIA NACIONAL DEL LITIO (ENL); 2.1. Los fundamentos; 2.2. El detalle: A) Involucramiento del Estado en todo el ciclo industrial; B) Creación de capacidades; C) Asociación Público-Privada (PPP); D) Marco institucional; E) Sostenibilidad social y territorial: involucramiento de comunidades;3. LA MINERÍA Y EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS SUSTANCIAS MINERALES EN CHILE: 3.1. Antecedentes; 3.2. Fundamento normativo del dominio público minero (DPM) a nivel constitucional; 3.3. Fundamento a nivel legal; 3.4. El régimen jurídico de las sustancias minerales no concesibles; 3.5. Las consecuencias evidentes: A) Un procedimiento concesional general (judicializado); B) Un conjunto de sustancias concesibles como regla general; 3.6. Lo no tan evidente: A) Hay un régimen concesional especial (administrativo);B) Tienen un régimen jurídico "delegado".— 4. EN ESPECIAL RÉGIMEN JURÍDICO DEL LITIO: 4.1. Antecedentes; 4.2. Régimen jurídico: A) Regulación básica disponible; B) Modalidades: a) Contratos Especiales de Operación; b) Convenios de Servicios; C) Término.— 5. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

En 2023 fue anunciada la Estrategia Nacional del Litio en Chile, que se funda en algunas ideas matrices que se explicarán, en base a lo cual se pretende y apuesta por una estrategia de desarrollo en base a un recurso natural que posee Chile en magnitudes sólo similares a las reservas que en el mundo tienen Bolivia y Argentina.

* Este trabajo forma parte del Proyecto PID2021-128816OB-I00 "El binomio agua y energía: régimen jurídico de las concesiones hidroeléctricas y su necesaria revisión en un contexto de crisis energética y cambio climático necesaria revisión en un contexto de crisis energética y cambio climático (HYDROENERGY)" de la Universidad de Granada, apoyada por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (España).
** Correo electrónico: christian.rojas@unab.cl.

Ante esto, y más allá de algunas cuestiones de detalle que se indicarán, se ha puesto y propuesto en debate en torno al conjunto de instrumentos jurídicos que existen sobre una sustancia declarada inconcesible.

A partir de ello, se analizará su régimen jurídico en el Derecho chileno, su naturaleza, los mecanismos de adjudicación, y sus posibilidades de frente, además, a la declarada necesidad de participación público-privada (PPP) en este nuevo proceso. Finalizará este trabajo con las conclusiones de rigor.

2. LA ESTRATEGIA NACIONAL DEL LITIO (ENL)[1]

2.1. Los fundamentos

Sin duda alguna, el litio ha pasado a constituir un mineral de alto valor estratégico. El consenso a nivel técnico y el de líderes mundiales es que los objetivos globales de descarbonización no podrán ser alcanzados si no se logra asegurar en forma sostenible el suministro de este mineral en el mediano y largo plazo.

El litio tiene un papel cada vez más importante en nuestra sociedad al permitir la construcción de baterías recargables con una alta capacidad de almacenamiento, pues la batería de iones de litio es actualmente una tecnología madura; esperando que los vehículos eléctricos se conviertan en el nuevo estándar en movilidad para la próxima década, lo cual encadena razonablemente un incremento en la demanda de litio. Varios estudios, basados principalmente en su importancia para las tecnologías verdes consideran el litio como uno de los elementos críticos para el desarrollo industrial. En este escenario, Chile es el principal productor de litio a partir de depósitos de salmuera.

En 2020, produjo 18.000 toneladas lo que representa alrededor del 22 por 100 del total de la producción mundial de 82.000 toneladas de litio (t Li), y lo ubica como el segundo productor en el mundo después de Australia. La producción acumulada total de Chile en los últimos 36 años es de 266.156 t Li. Las salmueras enriquecidas en litio están presentes en los salares preandinos y andinos chilenos que cubren una extensa área del norte, y en esta se han reportado unas 59 ocurrencias de este elemento hasta el momento[2].

Así, el litio se constituye como un elemento estratégico para Chile en múltiples dimensiones, tanto por su importancia en la transición energética a nivel mundial, complementaria con el hidrógeno verde, como también por su importancia geopolítica a nivel regional y mundial[3]. Por ello, el desarrollo de su industria es de primer

---

[1] El detalle puede verse en Gobierno de Chile (en línea) *Estrategia Nacional del Litio. Por Chile y su gente*. Disponible en https://www.gob.cl/litioporchile/

[2] Cabello, José (2022) "Reservas, recursos y exploración de litio en salares del norte de Chile". *Andean Geology* Nº 49 (2), p. 298.

[3] Se apalancan, además, a la Ley Nº 21.455 Marco de Cambio Climático de 13 de junio de 2022, que declara como su objeto: "(...) hacer frente a los desafíos que presenta el cambio climático, transitar

orden y su potencial se ha transformado en una instancia de creación de riqueza para el país.

2.2. El detalle

A partir de dichas consideraciones, se ha propuesto una Estrategia Nacional del Litio (ENL) con unas claras definiciones estratégicas. A saber:

A) Involucramiento del Estado en todo el ciclo industrial[4]

Los objetivos planteados en la ENL buscan dar dinamismo a la industria, involucrando al Estado a lo largo de todo el ciclo productivo (exploración, explotación y manufactura), actuando a través de alianzas público-privadas y desarrollando las cadenas de valor asociadas. Ello precisa involucrarse en el corto plazo en las labores productivas en el Salar de Atacama, así como impulsar la explotación de otros salares, con criterios de diversificación en la participación de actores y sostenibilidad ambiental.

Las razones que justifican la participación del Estado en el ciclo productivo son las siguientes:

— En la etapa de *exploración*; un rol activo del Estado permite generar conocimiento experto acerca de la cantidad y calidad las reservas del yacimiento y las condiciones medioambientales, así como las diferentes dificultades asociadas a la operación, lo cual contribuye a: diseñar mejores contratos para asegurar la mayor rentabilidad posible de la explotación de estos recursos para el Estado y estrategias de participación pública en la cadena productiva, y también la definición de políticas científico-tecnológicas, de innovación y productivas, regulaciones y exigencias socioambientales concretas, y otras.

— En la etapa de *explotación*; permite abordar de mejor manera el conjunto de decisiones estratégicas, de modo de mitigar los riesgos de afectación ambiental, social y de formación de enclaves, y aumentar la probabilidad de éxito en términos de encadenamientos y aprovechamiento de oportunidades de desarrollo productivo. Además, en principio, favorece la acumulación de conocimiento, la maximización de rentas del Estado, el acceso a información precisa y confiable sobre las utilidades y las rentas de la operación, el conocimiento de los costos asociados, los insumos y las ventas, así como todo el proceso asociado a la refinación. Adicionalmente, le permite

---

hacia un desarrollo bajo en emisiones de gases de efecto invernadero y otros forzantes climáticos, hasta alcanzar y mantener la neutralidad de emisiones de gases de efecto invernadero al año 2050, adaptarse al cambio climático, reduciendo la vulnerabilidad y aumentando la resiliencia a los efectos adversos del cambio climático, y dar cumplimiento a los compromisos internacionales asumidos por el Estado de Chile en la materia".

[4] Gobierno de Chile (en línea) 18-19.

al Estado una buena posición para buscar asociaciones público- privadas con compañías que estén en la etapa de agregación de valor.

Se propone que el vehículo preferente por el cual el Estado participará de la actividad industrial en torno al litio será a través de una próxima Empresa Nacional de Litio[5]. Mientras esta no esté creada, se deberá iniciar la participación decisiva del Estado en la exploración y explotación de los salares a través las empresas estatales con giro minero, es decir, Codelco y Enami. En ambos casos, deberán crearse filiales dedicadas al litio de forma exclusiva, con todos los resguardos administrativos, operativos y financieros para cumplir esta tarea y facilitar la asociación público-privada.

Adicionalmente, la discusión, elaboración e implementación de medidas relacionadas con los aspectos productivos de la Estrategia, será articulado por un Comité CORFO[6]. Este Comité será el encargado de impulsar y proponer políticas de desarrollo científico-tecnológico e industrial que permitan impulsar nuevas actividades productivas aguas arriba y aguas abajo en el ciclo del litio, así como de identificar y aprovechar oportunidades.

B) Creación de capacidades[7]

Se sostiene razonablemente que el desarrollo armónico y sustentable de la industria en lo económico, social y ambiental, requiere fortalecer un conjunto de capacidades. Algunas de estas pueden ser consideradas como bienes públicos, en la medida que su desarrollo representa una ganancia para todos los actores de la industria y, como tales, han de ser llevados a cabo por una entidad separada del ciclo productivo con la intención de proveer dichos descubrimientos de manera pública a todos los competidores y a los organismos del Estado, tanto para la evaluación y toma de decisiones, como para aquellos encargados de la regulación y fiscalización.

Actualmente, el conocimiento existente sobre litio y salares en el país es escaso y disperso en diferentes organismos especializados, tales como sector privado, universidades, institutos tecnológicos y de investigación y otras instituciones públicas, tales como la Comisión Chilena de Energía Nuclear (CCHEN), el Servicio Nacional de Geología y Minería (Sernageomin), y la Dirección General de Aguas (DGA), además de CORFO, sin que exista una articulación estratégica en torno a sus objetivos y tareas. El conocimiento generado sobre litio y salares obedece en gran medida a esfuerzos individuales, con financiamientos escasos y temporales.

---

[5] Sin embargo, la creación de una empresa estatal se ha relativizado durante el 2024, optándose más bien por privilegiar las capacidades instaladas en CODELCO y la asociación público-privada.

[6] La Corporación de Fomento a la Producción (CORFO) es un servicio público descentralizado, con patrimonio propio y personalidad jurídica; representada legal, judicial y extrajudicialmente, por su Vicepresidente Ejecutivo. Fue creada en 1939 ha tenido un rol preponderante en el desarrollo de Chile, primero creando empresas estratégicas, y ahora apoyando la innovación, el emprendimiento, la tecnologización y digitalización de las empresas.

[7] Gobierno de Chile (en línea) 19.

En este contexto, se plantea la creación de un instituto tecnológico y de investigación público, para la generación e internalización de conocimientos en torno al litio y los salares, incluyendo la cadena de valor asociada al mineral; tendrá como objetivo central la generación de conocimiento y tecnologías que permitan, por ejemplo, mejorar los procesos de extracción, producción, agregación de valor, aplicaciones y reciclaje, además de mejorar la comprensión de los salares, mediante la generación de modelos que permitan conocer su hidrogeología, biodiversidad, y minimizar el impacto asociado a las operaciones de extracción y procesamiento de litio.

C) Asociación Público-Privada (PPP)[8]

Conforme su escasa regulación, desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras (LOCCM) y del Código de Minería, el litio es una sustancia no concesible (exceptuando las pertenencias de Corfo en Salar de Atacama y Codelco en Salar de Pedernales, otorgadas con anterioridad al año 1979). Por lo tanto, la exploración y/o explotación de litio sólo podrán aprovecharse y/o ejecutarse por el Estado en forma directa, por las empresas del Estado, mediante concesiones administrativas y mediante contratos especiales de operación de litio (CEOL) con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije, para cada caso, por decreto supremo.

Si bien el Estado es titular del mineral —en tanto titular pleno del dominio público minero—, el sector privado tiene el potencial de aportar en la explotación y agregación de valor, contribuyendo con mayor conocimiento productivo, tecnológico y comercial, y con inversiones de capital.

La alta rentabilidad de la explotación de litio y la condición de no ser concesible directamente (por vía judicial que es la regla general en Chile), permite trazar una relación negocial y de beneficio mutuo entre los intereses privados y públicos, incluso para la etapa de exploración.

---

[8] Gobierno de Chile (en línea) 20-22.

Se señala expresamente que el modo de asociación público-privada y el mecanismo de selección de socios privados pueden ser diversos dependiendo de las características de cada salar, la actividad (exploración versus explotación) y la presencia de incumbentes. Lo transversal a todos estos diseños debe ser que permitan promover los objetivos descritos en esta Estrategia y donde el interés público tenga un rol determinante en las decisiones fundamentales. Para asegurar el involucramiento del Estado en toda la fase industrial del litio, el modo utilizado en esta Estrategia será el de asociación público-privada mediante joint-ventures.

Así se explica en Rojas Calderón, Christian (1997) *Los derechos mineros de exploración y explotación. El caso de los llamados "Contratos Especiales de Operación"*. Valparaíso: Tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas por la Universidad de Valparaíso (inédita), pp. 94-97.

D) Marco institucional[9]

Un aspecto clave de la Estrategia consiste en avanzar en el ordenamiento del marco institucional y jurídico en torno al litio y los salares, que permita el desarrollo y crecimiento de la industria con un mínimo de impacto en los salares y pleno respeto a las comunidades y pueblos indígenas. Esta tarea ya fue iniciada entre mayo y octubre del 2022, con la Mesa Interministerial que recogió las principales brechas en esta materia. Entre sus conclusiones destaca que se requiere revisar aspectos normativos, el funcionamiento de organismos fiscalizadores, como también la relación entre las decisiones centrales y los gobiernos regionales y comunales.

Chile tiene una larga y sólida experiencia en minería "de roca", que se expresa institucionalmente en el Código de Minería y las normas asociadas, así como los organismos y procedimientos para su regulación. Sin embargo, en el caso del *litio*, que se obtiene de las salmueras presente en los salares, gran parte de las normas útiles en caso de roca no se ajustan al caso de salmueras. Esta es una tarea que requiere ser abordada con urgencia.

E) Sostenibilidad social y territorial: involucramiento de comunidades[10]

Se propone que, para la explotación sostenible del litio, el Estado debe promover y establecer los más altos estándares socio ambientales, lo que requiere definir instancias de diálogo y participación con todos aquellos actores interesados en presentar sus puntos a la discusión de esta Estrategia, especialmente las comunidades de pueblos indígenas vinculados a los salares[11]. Para ello se debe realizar un proceso de diálogo y participación que recoja las preocupaciones y expectativas de diversos actores en torno al desarrollo de la industria del litio, que aporte a las definiciones para la modernización institucional que asegure el desarrollo sostenible del sector.

Este proceso participativo deberá ser conducido por el Ministerio de Minería con el apoyo de los ministerios de Medio Ambiente y de Desarrollo Social para su diseño e implementación.

---

[9] Gobierno de Chile (en línea) 22.

[10] Gobierno de Chile (en línea) 22-23.

[11] En virtud, además, al Convenio OIT Nº 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. El Congreso Nacional en Chile, lo aprobó y desde el 15 de septiembre de 2009 y forma parte de la legislación chilena.

3. LA MINERÍA Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS SUSTANCIAS MINERALES EN CHILE

3.1. Antecedentes

La minería ha estado en la historia de Chile desde siempre y forma parte de su identidad como nación.

Mucho antes de que los españoles llegaran a América, los indígenas que habitaban estas tierras sacaban el mineral de cobre de la cordillera de Los Andes y lo utilizaban para fabricar herramientas y adornos. Luego, durante los primeros 200 años de la Conquista, el cobre fue una industria pequeña que se realizaba básicamente en la zona norte del país. Recién en 1820 comenzó la expansión de la producción, que abarcó desde la actual Región de Atacama hasta la Región del Aconcagua.

Durante los siglos XIX y XX, Chile se posicionó como un importante productor de cobre a nivel mundial y recibió ingenieros y especialistas en minas y metalurgia desde el extranjero. Asimismo, creció la inversión extranjera en el rubro minero, especialmente norteamericana, inglesa, francesa, alemana e italiana. Adelantos como el uso de carbón mineral, la construcción de ferrocarriles y nuevas fundiciones dieron un gran impulso a la minería nacional. Luego de una baja en la producción de cobre a fines de 1800, el país vivió otro boom del cobre a inicio del siglo XX, cuando varias compañías estadounidenses realizaron grandes inversiones para explotar los yacimientos de Chuquicamata, Potrerillos y El Teniente. Así, Chile consolidó su posición como segundo país productor de cobre en el mundo a mediados del siglo XX, después de Estados Unidos, y posteriormente, en la década de los ochenta, pasó a ser primer productor mundial.

Luego de los procesos de "chilenización" iniciada en 1966 con la formación de sociedades mixtas entre el Estado de Chile y las empresas privadas extranjeras, y la posterior "nacionalización" que culminó en julio de 1971[12], estos yacimientos pasaron a propiedad de Chile. Esto tuvo su expresión no sólo en los importantísimos cambios normativos —que se referirán más adelante—, sino que también a través de la dictación de una normativa con rango de ley que creó la Corporación Nacional del Cobre de Chile, entidad encargada de su explotación y de la comercialización del cobre que producen[13]. El verdadero boom de la industria cuprífera estuvo determinado

[12] Esto se realizó cuando el Congreso aprobó por unanimidad el proyecto sobre Nacionalización de la Gran Minería del Cobre, promulgado por Ley Nº 17.450 de 1971. Para concretar este proceso de nacionalización fue necesario modificar el artículo 10 de la Constitución Política (de 1925, vigente en esa época), al cual se le agregó una disposición transitoria en la cual se planteaba que "por exigirlo el interés nacional y en ejercicio del derecho soberano e inalienable del Estado de disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, se nacionalizan y declaran por tanto incorporadas al pleno y exclusivo dominio de la Nación las empresas extranjeras que constituyen la gran minería del cobre…".

[13] En efecto, la Ley Nº 17.450 mandató al Gobierno chileno para que dispusiera sobre la organización, explotación y administración de las empresas nacionalizadas. También determinó que sólo

por un brusco aumento de la demanda mundial, debido a la aparición de la industria eléctrica, la expansión del sector de la construcción y una importante innovación tecnológica en Estados Unidos, que hizo rentable la explotación en gran escala de minerales con bajo contenido de cobre.

Durante la década entre 1990 y 2010, el sector minero mostró un dinamismo sin precedentes, resultado de una abundante inversión extranjera. El flujo de capitales mineros llegó a nuestro país gracias a la riqueza de su subsuelo y a su estabilidad política, social y económica. La minería en general, pero particularmente la del cobre, ha llegado a ser el sector más activo en el desarrollo de la economía de Chile debido al monto de sus inversionistas y la magnitud alcanzada en la producción de cobre[14].

En este contexto, la afectación al dominio público de *todos* los recursos minerales es relevantísima pues constituye un cierre correspondiente y coherente con la regulación minera desde la primera codificación civil del año 1855[15]; y constituye una parte significativa de los ingresos estatales, sea por producción directa del Estado a través de sus empresas, sea por recaudación de impuestos[16]. Por lo mismo, tiene una trayectoria normativa continua que pasaremos a desglosar en el siguiente apartado.

La regulación minera, en fin, cumple a cabalidad con las prescripciones que sirven de fundamento para señalar sin lugar a dudas que el Litio, forma parte del dominio público minero. Aunque claro, tiene un régimen especial, separado del de los minerales en general.

---

podrían enajenarse o constituirse derechos de explotación sobre concesiones mineras para yacimientos que no estuvieran en explotación para ese momento, previa autorización por ley.

Como resultado de estas atribuciones —y ya en plena dictadura—, fueron dictados los decretos ley 1.349 y 1.350 publicados el 1º de abril de 1976, que formalizaron la creación de una empresa minera, la Corporación Nacional del Cobre de Chile, CODELCO.

[14] Ministerio de Minería (en línea) "Historia de la minería en Chile". Disponible en https://www.minmineria.cl/?casas=historia-de-la-mineria-en-chile

[15] Dispone el artículo 591 del Código Civil (texto original):

"El Estado es dueño de todas las minas de oro, plata, cobre, azogue, estaño, piedras preciosas, y demás substancias fósiles, no obstante el dominio de las corporaciones o de los particulares sobre la superficie de la tierra en cuyas entrañas estuvieren situadas.

Pero se concede a los particulares la facultad de catar y cavar en tierras de cualquier dominio para buscar las minas a que se refiere el precedente inciso, la de labrar y beneficiar dichas minas, y la de disponer de ellas como dueño, con los requisitos y bajo las reglas que prescribe el Código de Minería".

[16] La minería es actualmente la actividad económica más importante de Chile. Es responsable de la generación directa de 14,6 por 100 del PIB aunque su potente efecto multiplicador contribuye a su vez al consumo de bienes y servicios en otras industrias como construcción, manufactura, transporte, comunicaciones y servicios de información, y servicios empresariales, entre muchos otros. Las investigaciones disponibles señalan que por cada US$100 que aporta la minería a la economía, se generan indirectamente al menos otros US$368. En esta línea, si se suma la totalidad de la actividad económica generada, el aporte de la industria a nivel nacional estaría por sobre el 20 por 100 del PIB.

Cardemil Winkler, Magdalena (2023) "Impactos socio-económicos de la minería en Chile". *Serie Informes 04/23, Biblioteca del Congreso Nacional*, p. 4. Disponible en https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/34140/1/Informe_N_04_23_Impactos_socioeconomicos_de_la_mineria_en_Chile.pdf

Por último, antes de seguir, cabe señalar que todo esto tiene una base significativa sobre la cual avanzar[17].

Conforme se ha estudiado y probado, el litio está presente en concentraciones económicas en varios salares de la región de los Andes Centrales, en el norte de Chile; ubicándose uno de los centros productivos más importantes del mundo gracias al desarrollo del yacimiento de salmuera ubicado en el salar de Atacama. En efecto, el 2020 Chile produjo 18.000 toneladas, alrededor del 22 por 100 del total mundial, que asciende a 82.000 toneladas, y los nuevos acuerdos de inversión sugieren que la futura producción del salar de Atacama podría alcanzar las 48.800 toneladas anuales en los próximos años. Adicionalmente, la información relacionada con las dos operaciones de explotación en el salar de Atacama más una evaluación reciente en el salar de Maricunga permite calcular una reserva estimada de 10.879.000 toneladas de litio. Esta cantidad corresponde aproximadamente al 64 por 100 de las reservas mundiales (17.000.000 toneladas), según los datos más recientes disponibles. En fin, ya están estudiados 9 salares con altísimas reservas, y para los 13 salares restantes se dispone de muestreo parcial, lo que los sitúa como potenciales objetos de exploración futura; y a ellos se unen otros 36 que aún no han sido objeto de estudios, de acuerdo a lo cual las reservas de litio, los recursos y el potencial de exploración identificados e informados en esta revisión confirman la presencia futura de Chile como un actor clave en el desarrollo de la industria del litio en el mundo.

3.2. Fundamento normativo del dominio público minero (DPM) a nivel constitucional

La naturaleza jurídica de la riqueza mineral en Chile no tiene controversia. Si bien durante mucho tiempo se explicaba en base a categorías históricas (dominio eminente era la fórmula explicativa más típica[18]) y durante mucho tiempo se explicó en base a la propiedad administrativa (o también denominada doctrina regalista[19]), hoy no hay duda y es doctrina inmensamente mayoritaria que la riqueza mineral sin excepción es un bien público o nacional de uso público, como titularidad administrativa funcionalizada a fines públicos. Como se sabe, no es una propiedad sino que constituye un título de imputación causal para la aplicación de potestades administrativas específicas que van desde el otorgamiento de títulos concesionales sobre ese bien hasta las posibilidades de intervención administrativa compulsiva[20], evolucionando

---

[17] Cabello (2022) 304-305.

[18] Ossa Bulnes, Juan Luis (1989) *Derecho de minería.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 14.

[19] Ruiz Burgeois, Julio (1949) *Instituciones de Derecho minero chileno*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 31.

[20] Vergara Blanco, Alejandro (1992) *Principios y sistema del Derecho minero*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 174-255; Vergara Blanco, Alejandro (2010) *Instituciones de Derecho minero*. Santiago: Abeledo Perrot, pp. 145-231; y Vergara Blanco, Alejandro (2018) *Derecho minero: Identidad y transformaciones.* Santiago: Ediciones UC, pp. 62-75. Sobre la explicación general acerca de la categoría de dominio público, bienes públicos o bienes nacionales de uso público, ver a Rojas Calderón,

de la noción patrimonialista clásica, hacia concepciones que ponen mayor énfasis en la dimensión objetiva del dominio público, en su destino a una función pública, y en su configuración como un título que permite imponer restricciones y establecer normas para la utilización de estos bienes[21].

De suma relevancia, para confirmar lo dicho, es la trayectoria y declaración constitucional —sin solución de continuidad desde 1971—, de la riqueza mineral expresando una afectación general de toda esa riqueza sin duda alguna, como ya se explicó. Esto se repite, sin solución de continuidad en el actual texto constitucional -pese a que ya no estaba Chile en democracia sino que en plena dictadura, y pese a las "oleadas" de neoliberalismo que la recorrían-, norma que se encuentra todavía vigente.

En efecto, el artículo 19 Nº 24 inciso 6 y siguientes de la *Constitución Política de la República* disponen lo mismo hasta hoy.

3.3. Fundamento a nivel legal[22]

A este nivel jerárquico también se producen declaraciones en igual sentido. Como las que siguen:

En el artículo 3 de la *Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras* se establece: "(…) Son concesibles, y respecto de ellas cualquier interesado podrá constituir concesión minera, todas las sustancias minerales metálicas y no metálicas y, en general, toda sustancia fósil, en cualquier forma en que naturalmente se presenten, incluyéndose las existentes en el subsuelo de las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional que tengan acceso por túneles desde tierra. Las sustancias minerales concesibles contenidas en desmontes, escorias o relaves, abandonadas por su dueño, son susceptibles de concesión minera junto con las demás sustancias minerales concesibles que pudieren existir en la extensión territorial respectiva.

Y añade "*No* son susceptibles de concesión minera los hidrocarburos líquidos o gaseosos, el litio, los yacimientos de cualquier especie existentes en las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional ni los yacimientos de cualquier especie situados, en todo o en parte, en zonas que conforme a la ley, se determinen como de importancia para la seguridad nacional con efectos mineros, sin perjuicio de las concesiones mineras válidamente constituidas con anterioridad a la correspondiente declaración de no concesibilidad o de importancia para la seguridad nacional".

Christian (2016) *La distribución de las aguas. Ordenación y servicio público en la administración hídrica y en las juntas de vigilancia de ríos.* Santiago: Thomson Reuters, pp. 72-96.

[21] Esteve Pardo, José (2018) *Lecciones de Derecho administrativo*. Madrid. Marcial Pons, pp. 495-501; González García, Julio (2015) "Cuestiones del régimen general del dominio público". González García, J. y otros (Coords.) *Derecho de los bienes públicos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 90-161; y últimamente el muy buen trabajo de García García, Javier (2021) *La adjudicación de derechos limitados en número en el dominio público radioeléctrico: telecomunicaciones y comunicación audiovisual.* Ciudad Real: Tesis doctoral. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Castilla-La Mancha, p. 27.

[22] Puede verse el desarrollo en Rojas Calderón (1997) 14-37.

A su turno el artículo 1º del *Código de Minería* establece lo que sigue: "El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, comprendiéndose en éstas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles con excepción de las arcillas superficiales, no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas".

Luego el artículo 5° dispone: "Son concesibles, o denunciables, las sustancias minerales metálicas y no metálicas y, en general, toda sustancia fósil, en cualquier forma en que naturalmente se presente, incluyéndose las existentes en el subsuelo de las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional a las que se tenga acceso por túneles desde tierra".

Enseguida el artículo 7° establece: "No son susceptibles de concesión minera los hidrocarburos líquidos o gaseosos, *el litio*, los yacimientos de cualquier especie existentes en las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional ni los yacimientos de cualquier especie situados, en todo o en parte, en zonas que, conforme a la ley, se determinen como de importancia para la seguridad nacional con efectos mineros, sin perjuicio de las concesiones mineras válidamente constituidas con anterioridad a la correspondiente declaración de no concesibilidad o de importancia para la seguridad nacional".

Y finaliza el artículo 8° señalando: "La exploración o la explotación de las sustancias que, conforme al artículo anterior, no son susceptibles de concesión minera, podrán ejecutarse directamente por el Estado o por sus empresas, o por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije, para cada caso, por decreto supremo".

3.4. El régimen jurídico de las sustancias minerales no concesibles

Las sustancias minerales no concesibles, entre ellas el petróleo —del que Chile tiene en muy poca cantidad, y el litio que lo tiene en abundancia—, solo pueden ser exploradas o explotadas por algunos de los mecanismos que establece la Constitución Política en su artículo 19 N° 24 inciso 10°, esto es: "La exploración, la explotación o el beneficio de los yacimientos que contengan sustancias no susceptibles de concesión, podrán ejecutarse directamente por el Estado o por sus empresas, o por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije, para cada caso, por decreto supremo. Esta norma se aplicará también a los yacimientos de cualquier especie existentes en las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional y a los situados, en todo o en parte, en zonas que, conforme a la ley, se determinen como de importancia para la seguridad nacional".

Es interesante que respecto de estas sustancias no se usa el término *reservada* (como sí se usa en los códigos de minería de 1888, 1930 y 1932), sino que no conce-

sibles a partir del texto constitucional vigente. Ello implica que el Estado puede permitir el acceso de los particulares para la exploración y explotación de esas sustancias a los particulares por una vía distinta que la concesión general[23].

3.5. Las consecuencias evidentes

A) Un procedimiento concesional general (judicializado)

Establecido en los artículos 34 a 90 del Código de Minería, siendo competente para tramitar y constituir una concesión minera el juzgado de letras correspondiente al territorio donde se ubique la pertenencia minera.

Se trata en definitiva de un procedimiento administrativo (o voluntario o no contencioso en la terminología procesal clásica) para la obtención de un permiso que es registrado ante la autoridad registradora de propiedad minera (Conservador de Minas) y ante el Sernageomin, quien tiene a su cargo la elaboración y mantención actualizada de las concesiones mineras[24].

B) Un conjunto de sustancias concesibles como regla general

Todas las sustancias mineras son concesibles, y ya no constituyen ni siquiera en casos de excepción "reserva estatal"; existiendo casos calificados de sustancias no concesibles.

Destaca entre las concesible el Cobre, siendo Chile el primer productor mundial del "metal rojo".

3.6. Lo no tan evidente

A) Hay un régimen concesional especial (administrativo)

Si bien efectivamente se trata de sustancias no concesibles, aquello puede decirse del régimen general de concesibilidad. Entonces, pueden constituirse derechos mineros —de exploración y explotación fundamentalmente— por otras vías ya no la concesional.

---

[23] Ruiz Burgeois, Carlos (1983) *Nueva legislación minera*. La Serena: Colegio de Abogados, p. 8. En este mismo sentido Rojas Calderón (1997) 43-44.

[24] La Unidad de Rol Minero del Departamento de Propiedad Minera es la unidad a cargo de mantener y administrar el Rol Nacional de Concesiones Mineras, el cual es elaborado, entre otros objetivos, para dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 159 del Código de Minería. Las principales tareas de esta unidad son mantener el listado actualizado de las concesiones mineras vigentes del país, asignar el Rol Nacional y mantener la información administrativa de las concesiones mineras. Esto se consigue mediante un trabajo en conjunto entre SERNAGEOMIN, la Tesorería General de la República, los diferentes Conservadores de Minas, Los juzgados de letras y los titulares de concesiones mineras.

Esto es consecuencia dialéctica y lógica del sistema de reglas generales y especiales, que permite identificar la mayoría de las concesiones mineras con un procedimiento en vía judicial, y otras sustancias igualmente mineras que no tiene ese procedimiento sino que otro de adjudicación de derechos mineros.

Obviamente, esto se produce dentro del gran paraguas que constituye la *adjudicación administrativa de recursos escasos.* Esta consiste en la atribución de derechos subjetivos limitados en número, y que opera en escenarios tremendamente heterogéneos dentro de las regulaciones sectoriales como ha puesto de relevancia Utrilla, a saber: asignación de ayudas económicas limitadas en número, adjudicación de plazas de empleo público, permisos para la emisión de gases, prestaciones públicas o —por supuesto— derechos de uso de bienes del dominio público[25].

Este es un acercamiento a la materia más general si se quiere, de acercarse a la revisión de fórmulas diferentes a las concesional —en vía judicial o no— de la riqueza mineral, y que en nuestro caso es posible reconocerla también en el Petróleo —dice hidrocarburos líquidos o gaseosos la norma—, y en el Litio los que usan más bien la fórmula contractual en régimen de Derecho público como se verá.

Como se ha dicho, pese a no tratarse ni habilitarse un procedimiento concesional directo, como sí es el referido a la riqueza minera tradicional; sí estamos ante un mecanismo distinto de concesión, o más general, de adjudicación de un bien escaso. En efecto, si bien en Chile la regla generalísima consiste en que tratándose de bienes públicos concesibles, el reconocimiento de una titularidad se realice a través de un procedimiento concesional, en sede administrativa además —por lo cual esta adjudicación concesional en sede judicial para la riqueza minera pasa a ser una anomalía—; existen otras vías para generar títulos administrativos de uso y aprovechamiento o, más precisamente, adjudicación de títulos habilitantes.

B) Tienen un régimen jurídico "delgado"

Se trata de un régimen casi tópico, y esto porque las condiciones se establecerán en un decreto supremo, dictado por el Presidente de la República.

Al respecto en general la doctrina, al tener un escaso tratamiento jurídico, los ha estudiado poco.

Se destaca a Gómez que los define un poco más como "aquellos en virtud de los cuales una persona natural o jurídica, chilena o extranjera, llamada contratista, se obliga a realizar para el estado o para una empresa u organismo del estado, todo o parte de las actividades correspondientes a la fase de exploración, a la fase de explotación y. la fase de beneficio de alguna o algunas de las sustancias minerales

[25] Utrilla Fernández-Bermejo, Dolores (2018) "La adjudicación administrativa de recursos escasos". Arroyo, L. y Utrilla, D. *La adjudicación administrativa de recursos escasos. Ordenación sectorial y reconstrucción sistemática.* Valencia: Tirant lo Blanch, p. 25.

inconcesibles o que se tengan por tales, en el área o lugar que se convenga, en la forma, mediante el pago y condiciones que se establezcan y en el plazo o plazos que se estipulen" [26].

En cuanto a su naturaleza jurídica, este es claramente contractual, con altas dosis de discrecionalidad (que no es arbitrariedad), dado que se decide individualmente de acuerdo a cada proyecto y negociación. Sin embargo, es posible como procedimientos y criterios de adjudicación validados los procedimientos concurrenciales o competitivos a través de licitaciones públicas, el sorteo, el reparto proporcional y la adjudicación directa [27].

4 EN ESPECIAL, EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL LITIO

4.1. Antecedentes

Como se dijo más arriba, la Estrategia Nacional del Litio (ENL) comprende un conjunto de medidas que buscan incorporar capital, tecnología, sostenibilidad y agregación de valor al sector productivo en armonía con las comunidades.

En este sentido, se propusieron una serie de acciones que componen la ENL —a las cuales nos hemos referido en el primer apartado— [28], entre los cuales se destacan a nivel operativo las siguientes:

a) Se propone otorgar contratos especiales de operación de litio (CEOL) de exploración y explotación a filiales de empresas del Estado —Codelco y Enami— en aquellos salares donde ya tienen proyectos en distintas etapas de desarrollo.

b) Para los otros salares que sean considerados susceptibles de explotación (dadas las restricciones de preservación) se iniciará un proceso público, transparente e informado de licitación a privados de CEOL de exploración. En caso de que los resultados de la exploración muestren potencial, el privado tendrá opción preferente para asociarse con una empresa del Estado para la etapa de explotación. De tratarse de proyectos de valor estratégico para el país, esta asociación deberá tener una participación mayoritaria del Estado.

Este proceso permitirá acelerar la exploración de los salares, y entregará un espacio para que los distintos actores nacionales e internacionales interesados puedan ingresar a la industria. Las ofertas presentadas en las licitaciones de CEOL de exploración deberán incluir también una propuesta de plan de generación de valor local y encadenamientos productivos que tendría el eventual proyecto de explotación, de

---

[26] Gómez Núñez, Sergio (1991) *Manual de Derecho de minería*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 46-47.

[27] Utrilla Fernández-Bermejo, Dolores (2018) "La adjudicación de derechos de uso de bienes demaniales". Arroyo, L. y Utrilla, D. *La adjudicación administrativa de recursos escasos. Ordenación sectorial y reconstrucción sistemática.* Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 179-185.

[28] Gobierno de Chile (en línea) 28.

forma de privilegiar iniciativas que involucren mayores encadenamientos productivos locales, desarrollo tecnológico y agregación de valor.

4.2. Régimen jurídico

A) Regulación básica disponible

Nuestra legislación, mediante el DL Nº 2.886 de 1979, reservó al Litio para el Estado, dejándolo fuera de las sustancias mineras susceptibles de concesión, en cuanto régimen general de adjudicación.

En efecto, el artículo 5º dispone expresamente que: "Por exigirlo el interés nacional, desde la fecha de vigencia de este decreto ley, el litio queda reservado al Estado.

Se exceptúa de lo dispuesto en el inciso anterior solamente:

a) El litio existente en pertenencias constituidas, sobre litio o sobre cualquiera de las sustancias del inciso primero del artículo 3° del Código de Minería, que, a la fecha de publicación de este decreto ley en el Diario Oficial, tuvieren su acta de mensura inscrita, se hallaren vigentes, y cuya manifestación, a su vez, haya quedado inscrita antes del 1° de Enero de 1979.

b) El litio existente en pertenencias que, a la fecha de publicación de este decreto ley en el Diario Oficial, estuvieren en trámite y que lleguen a constituirse sobre litio o sobre cualquiera de las sustancias del inciso primero del artículo 3° del Código de Minería, siempre que el proceso de constitución de tales pertenencias se hubiere originado en una manifestación que haya quedado inscrita antes del 1° de Enero de 1979.

Una ley regulará la forma en que el Estado ejercerá los derechos que le corresponden sobre el litio que se le reserva en virtud de este artículo".

En el mismo sentido también está consagrado en la Ley N° 18.097 Orgánica Constitucional de concesiones mineras de 1982, y en el Código de Minería de 1983.

Aunque, como es evidente, esa "reserva" hoy se concreta en un régimen de inconcesibilidad por medio del mecanismo general de constitución de concesiones en materia minera, por medio de los Tribunales de Justicia; pero ello no obsta al régimen especial de asignación de derechos de uso y aprovechamiento por vía administrativa.

La razón original de este carácter singular que se concede al litio en nuestra legislación es su calidad de material de interés nuclear (Ley N° 16.319), por sus aptitudes para intervenir en la generación de energía nuclear o atómica. A ello se agrega —como fue enfatizado en el Informe de la Comisión Nacional del Litio de 20151—, la relevancia crucial que toma en la actualidad en el proceso global de transición energética, basada en la generación de energías renovables no convencionales, que requieren soluciones de almacenamiento de energía eléctrica, como, asimismo, en la electrificación del transporte.

B) Modalidades

Las fórmulas que pueden usarse para explorar y explotar el Litio —apalancando de paso la Asociación Público—Privada referida profúsamente en la ENL[29]-, conforme ha destacado especialmente Mardones[30], son:

a) Contratos Especiales de Operación

En diversos apartados de la ENL se alude a la suscripción de contratos de exploración o explotación de litio.

Los Contratos Especiales de Operación (CEO), se encuentran regulados sólo en el artículo 19 Nº 24 inciso10 de la Constitución Política, sin que exista un régimen adicional especial, como sí ocurre en materia petrolera, en la que se cuenta con el régimen del D.F.L. 2/1986, de Minería, Texto Refundido del D.L. 1.089/1975, sobre contratos especiales de operación petrolera. Allí en su artículo 2º se los define como: "Aquel que el Estado celebre con un contratista para la exploración, explotación o beneficio de yacimientos de hidrocarburos, con los requisitos y bajo las condiciones que, de conformidad a lo dispuesto en el inciso décimo del número 24° del artículo 19 de la Constitución Política, fije por decreto supremo el Presidente de la República."

Por tanto no tienen régimen propio, sino que por extensión de acuerdo a la naturaleza jurídica del mismo bien —sustancia minera inconcesible—, se hace aplicación de sus prescripciones generales. Y al efecto, los CEO —tanto los CEO Petróleo como los CEO Litio—, son verdaderos *contratos administrativos* de prestación de servicios al Estado, con o sin riesgos para el contratista, que, en tanto tales, no otorgan derechos reales administrativos (como sí lo hacen las concesiones mineras), sino que sólo derechos personales; ello —sostiene Mardones—, implica que el derecho del contratista no es oponible *erga omnes*, sino que sólo a su contraparte directa, esto es, el Estado[31].

Opinión contraria es la que se sostiene acá.

Se afirma que se trata de un acto concesional, por el cual la Administración otorga al contratista derechos mineros exclusivos para explorar y explotar yacimientos que contengan sustancias no concesibles.

Y esto porque una cosa es el instrumento: el CEOL en este caso específico, y otra son los derechos que se generan: los que sin duda son una concesión minera[32]. Esto

---

[29] Gobierno de Chile (en línea) 20.

[30] Mardones Osorio, Marcelo (2023) "Algunas consideraciones jurídicas sobre la 'Estrategia Nacional del Litio'". Newsletter IMAD Abogados, pp. 8-9. Disponible en https://www.linkedin.com/feed/update/urn:li:activity:7059863897427570688/

[31] Mardones Osorio (2023) 8.

[32] Rojas Calderón (1997) 87; 112-113.

porque: i) Se trata de un derecho de aprovechamiento, pues en su virtud, se derivan las facultades de explorar y explotar las sustancias no concesibles existentes en el área asignada, facultades que son expresamente otorgadas; ii) Se trata de un derecho real, pues recae sobre una determinada "parcela del dominio público", es decir, un área específica de recursos minerales —cosas ante el Derecho—, de lo que deriva que se trata genuinamente de un derecho real; y iii) Tiene indudablemente una naturaleza jurídico-administrativa.

b) Convenios de Servicios

Luego, es posible adicionar a los "convenios de servicios" a los que se refiere el art.5, letra i), in fine, del D.F.L. Nº302, de 1960, Ley Orgánica del Ministerio de Minería.

Según dicha disposición, el Ministro de Minería puede "(…) celebrar, en representación del Estado, previo informe favorable del Consejo de la Comisión Chilena del Cobre, contratos de servicio que tengan por objeto la ejecución de determinados trabajos relacionados con la exploración de yacimientos que contengan sustancias no susceptibles de concesión…"; y siguiendo a Gómez nuevamente "es el derecho que otorga directamente el Estado a los particulares para que exploren, exploten o beneficien las sustancias minerales inconcesibles o aquellas que, en razón de su ubicación, se tengan por tales, con los requisitos y bajo las condiciones que por decreto supremo fije el Presidente de la República en cada caso "[33].

C) Término

La regla será la de terminación del plazo de dichos CEOL —o de las concesiones administrativas en su caso—, o por el cumplimiento cabal del fin que justificó su existencia (por ejemplo, explorar una determinada área).

Sin embargo, puede terminar anticipadamente por revocación del Decreto Supremo que le ha dado origen en razón de oportunidad, mérito o conveniencia, debidamente calificado y fundamentado en el acto revocatorio.

Así se establece por lo demás, como un caso de revocación cualificada la norma del inciso 10 del numeral 24 del artículo 19 de la CPR, cuando dispone: "El Presidente de la República podrá poner término, en cualquier tiempo, sin expresión de causa y con la indemnización que corresponda, a las concesiones administrativas o a los contratos de operación relativos a explotaciones ubicadas en zonas declaradas de importancia para la seguridad nacional".

[33] Gómez Núñez (1991) 46.

5. CONCLUSIONES

Al finalizar este trabajo es posible arribar a las siguientes afirmaciones conclusivas:

1) La Estrategia Nacional del Litio (ENL) es continuación de una política que se ha desarrollado en torno a este recurso mineral, que se pretende concretar esta vez en base a unos objetivos que se vienen discutiendo hace varios lustros, y que permitiría profundizar y asentar actividades que hoy se encuentran jurídicamente poco desarrolladas.

2) El instrumento jurídico más asentado para hacer esto son los Contratos Especiales de Operación sobre Litio (CEOL) que tiene sin embargo un régimen jurídico precario, prácticamente de reenvío a partir de lo que hay en materia de explotación petrolífera, y con prescripciones de carácter constitucional que derivan todo a un decreto supremo del Presidente de la República.

Existen otros que son los convenios de servicio y las concesiones administrativas directas, más precarias en su régimen jurídico que el anterior.

3) Los desafíos son muchos: económicos, institucionales, comunitarios, y también jurídicos.

En este punto, lo clave será fortalecer el precario régimen jurídico de los CEO aplicados al litio, dotándoles de un genuino régimen jurídico más cuando parte importante de la ENL se asienta sobre alianzas público-privadas que requieren tener certeza para poder hacer sus inversiones, y nada mejor para hacer aquello que dotarles de un robusto régimen a nivel legal a lo menos.

Cuadernos de Derecho Regulatorio
Vol. 2 | 2024
Estudios I: El binomio agua y energía. pp. 219–229
Madrid, 2024
DOI: 10.37417/cudere/vol_2_2024_2698
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
© Alberto Dorrego
ISSN: 3020-6162

EL COLAPSO DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN ESPAÑA

Alberto Dorrego
Secretario General de CCIES. Socio de Eversheds Sutherland

SUMARIO: 1. EL CONCEPTO DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA: CPP Y CONCESIONES.— 2. ¿EXISTE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN ESPAÑA?.— 3. ¿POR QUÉ HA COLAPSADO LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA?

1. EL CONCEPTO DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA: CPP Y CONCESIONES

La Colaboración Público-Privada («CPP») es uno de aquellos conceptos vaporosos e inconcretos que con frecuencia salpican el derecho público en los que —gracias precisamente a su elasticidad— cabe encajar múltiples figuras jurídicas y formas de actuación administrativa.

Debido a su inconcreción, el concepto tiene —en general— pocos enemigos y detractores. De hecho, desde todo tipo de sectores sociales y ámbitos ideológicos se clama con insistencia por *intensificar* o *reforzar* la Colaboración Púbico-Privada para atajar las supuestas deficiencias en el funcionamiento de nuestras Administraciones y en la prestación de los grandes servicios públicos, sin que —en principio— nadie sensato se oponga a la idea. Todo el mundo reclama *más* Colaboración Público-Privada.

Aquí surge una primera acepción del concepto de Colaboración Público-Privada. Muchos entienden la CPP simplemente como la *política* o la actitud de fomentar el *diálogo* y la *cooperación continuada* con la sociedad civil (con las organizaciones sociales y las empresas) a la hora de afrontar la gestión de los asuntos públicos. Este entendimiento (algo *woke*) del concepto, del que nadie puede cabalmente disentir, explica la paradoja de que nunca se haya hablado más de colaboración público-privada que en los tiempos actuales y, sin embargo, nunca hayan existido menos proyectos reales de CPP.

El concepto extenso de CPP resulta de escasa utilidad práctica. Es necesario establecer uno más concreto. Desde una perspectiva jurídico-administrativa la CPP no significa (tan solo) *diálogo o cooperación continuada* con la sociedad civil. Es mucho

más. Es la forma en la que se articula jurídicamente la relación, de largo plazo, entre la Administración y un operador privado para el desarrollo y gestión de una infraestructura de interés general o un servicio público, cuya titularidad y responsabilidad corresponde a aquella.

Existen dos grandes definiciones —generalmente aceptadas— que resumen perfectamente el concepto técnico de Colaboración Público-Privada: En el ámbito de Naciones Unidas, la establecida por *Ley-modelo* sobre las Alianzas Público-Privadas (2019) de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI-UNCITRAL) [1], y en el ámbito de la Unión Europea, la que nos ofrece EUROSTAT en diversos documentos [2].

Según la Disposición 2 de la Ley-Modelo de UNCITRAL «Se entenderá por "*alianza público-privada*" (APP) un acuerdo entre la autoridad contratante y una entidad privada para la ejecución de un proyecto, a cambio de pagos que serán efectuados por la autoridad contratante o los usuarios de la infraestructura, incluidos tanto los proyectos que entrañan una transferencia del riesgo de demanda al socio privado ("alianzas público-privadas que realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión") como los tipos de APP que no entrañan esa transferencia del riesgo ("alianzas público-privadas que no realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión")».

Para EUROSTAT, desde una perspectiva estadística, se entiende por CPP aquel «… *acuerdo contractual* a largo plazo para la provisión de un bien público y de los servicios conexos a cambio de *pagos basados en el resultado, en función de la disponibilidad y/o el uso* de la infraestructura o de los servicios correspondientes…» [3].

La definición de CPP de Eurostat implica que la entidad pública sea la «…fuente directa…» de la mayoría de los ingresos que el *socio* privado tiene derecho a percibir en virtud del contrato, tanto si la demanda o el uso del activo procede de la propia entidad pública (por ejemplo, un hospital pagado por una entidad pública en función de la disponibilidad) como de los usuarios (por ejemplo, una autopista pagada mediante *peaje en sombra*). Cuando la mayor parte de los ingresos del operador privado proceden directamente de los usuarios del activo, EUROSTAT considera que el proyecto es una «… *concesión*…» y, por tanto, el tratamiento estadístico se realiza en tal condición.

---

[1] COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI; «*Disposiciones Legales Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil internacional sobre las Alianzas Público-Privadas*»; Resolución 74/183 aprobada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 2019. Viena, 2020. *https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/19-11014_mlpppp_s.pdf*

[2] EUROSTAT/EPEC/BEI; «*A Guide to the Statistical Treatment of PPPs*» (Eurostat /EPEC / BEI) Septiembre 2016; *https://www.eib.org/attachments/thematic/epec_eurostat_statistical_guide_en.pdf*. Vease también: EUROSTAT/ EPEC/ BEI; «*Clarification on the application of a Guide to the Statistical Treatement of PPPs: responses to frequently asked questions*», 20 junio 2022.

[3] «A long-term contractual arrangement for the provision of a public asset and related services in exchange for performance-based payments linked to the asset's availability and/or use and the delivery of the related services».

Para UNCITRAL la «…concesión…» es una modalidad de CPP. Descansa sobre la existencia de riesgo de demanda, con independencia de la fuente última de los ingresos del operador (presupuestaria o pago de los usuarios). Para EUROSTAT el concepto de «…*concesión*…» es más restringido ya que exige no solo la transferencia del riesgo de demanda, sino que la mayor parte de los ingresos del operador privado procedan del pago directo del usuario (*pago por uso*). En otras palabras; para EUROSTAT una autopista con *peaje en sombra* no es, a efectos estadísticos, una *concesión*. Es una modalidad CPP diferente a la concesión.

No obstante, en la Unión Europea el concepto de concesión no solo es estadístico. La *Directiva de Concesiones* (Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014) explica en el Considerando 11 que «Las concesiones son contratos a título oneroso mediante los cuales uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras o la prestación y gestión de servicios a uno o más operadores económicos. El objeto de dichos contratos es la contratación de obras o servicios mediante una concesión cuya contrapartida consiste en el *derecho a explotar las obras o servicios*, o este mismo derecho en conjunción con un pago.»

El Considerando 18 señala que «…La característica principal de una concesión, el derecho de explotar las obras o los servicios, *implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional* de carácter económico que supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento, si bien parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador. La reglamentación de la adjudicación de concesiones mediante normas específicas no estaría justificada si el poder adjudicador o la entidad adjudicadora aliviase al operador económico de cualquier posible pérdida garantizando unos ingresos mínimos que sean iguales o superiores a las inversiones y los costes que el operador económico deba asumir en relación con la ejecución del contrato».

Sin embargo, según este mismo Considerando 18, el concepto jurídico de «…concesión…» no exige necesariamente (como sí exige EUROSTAT en su definición estadística) que la fuente mayoritaria de los ingresos del operador privado procedan de los usuarios. Afirma a este respecto, con bastante claridad, lo siguiente: «Al mismo tiempo, hay que aclarar que 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».

Para el derecho de la UE (*Directiva de Concesiones*) el concepto de concesión no pivota, por tanto, en torno al *pago por uso*, sino a la existencia de una transferencia efectiva del riesgo operacional. Y, esta transferencia que se puede dar tanto con un modelo de *pago por uso* como sin él. Por tanto, a diferencia de lo que entiende EUROSTAT a efectos estadísticos y de contabilidad pública, con arreglo a la Directiva de Concesiones una autopista con *peaje en sombra* sí (con transferencia del riesgo de demanda) puede articularse jurídicamente como una concesión.

Como resumen de lo expuesto en torno al concepto de Colaboración Público-Privada cabe concluir lo siguiente:

a) La Colaboración Público-Privada no es cualquier forma de *diálogo*, *cooperación* o *entendimiento* entre la Administración y las entidades privadas, como a veces se interpreta desde ciertos ámbitos políticos o periodísticos.

b) La CPP es una relación jurídica entre un operador privado y una Administración o entidad pública cuya finalidad es el desarrollo y gestión de una infraestructura o servicio público. Tiene siempre tres elementos consustanciales: (i) una relación, contractual o institucional, de largo plazo, (ii) la financiación del proyecto por el operador privado y (iii) una distribución de riesgos entre la entidad pública y el operador privado. La CPP exige que el operador asuma, en mayor o en menor medida, riesgos vinculados a la explotación de la infraestructura o del servicio público (riesgo de demanda o riesgo de disponibilidad) [4].

c) La remuneración del operador privado a cambio de la inversión realizada y de la gestión de la infraestructura o el servicio público puede proceder (i) de pagos realizados por la propia entidad pública o (ii) del pago que realizan los usuarios de la infraestructura o del servicio (*pago por uso*).

---

[4] En el derecho positivo español hubo un momento en que se reguló como una modalidad contractual específica el Contrato de Colaboración Público-Privada. Sucedió en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

El artículo 11 de la LCSP, modificada en este punto por la Ley 2/2011, de 4 de marzo establecía que «Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquéllos en que una Administración Pública o una Entidad pública empresarial u organismo similar de las Comunidades Autónomas encarga a una entidad de derecho privado, por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones: a) La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión. b) La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas. c) La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado. d) Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado». El precepto añadía que «…Sólo podrán celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en la forma prevista en el artículo 118, que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas» Según el apartado 4 del artículo «…la contraprestación a percibir por el contratista colaborador consistirá en un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato, y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento».

Como puede apreciarse, esta definición legal del contrato de colaboración público-privada no coincide con el concepto de CPP manejado por UNCITRAL y por la UE (EUROSTAT). Es una definición restrictiva de una modalidad contractual especifica que no agota, ni mucho menos, el concepto de CPP. De hecho, en esta misma LCSP de 2007 este contrato coexistía con las concesiones y otras modalidades de CPP, que fueron las realmente utilizadas durante su vigencia. Esta modalidad contractual del art.11 de la LCSP de 2007 fue un fracaso en la práctica y termino siendo eliminada de nuestra legislación.

d) La CPP puede presentarse bajo diferentes modalidades jurídicas. Esencialmente puede articularse (i) mediante una *relación contractual* (v.gr. concesión de obra o servicio, concesión demanial, derecho de superficie u otras relaciones contractuales patrimoniales, así como conciertos y convenios para la prestación de servicios en el sector de la salud y la educación) o (ii) una *relación institucional* (empresa mixta, consorcio fundación público-privada …etc.).

e) Las *concesiones* (concesiones de infraestructuras o concesiones de servicios) son una forma de CPP. Son la forma más característica y consolidada históricamente de CPP. Para la Ley-Modelo de UNCITRAL la concesión es aquella forma de CPP en la que se transmite el riesgo de demanda al operador privado. Para EUROSTAT la concesión implica no solo la transmisión del riesgo de demanda, sino que la mayor parte de los ingresos del operador privado procedan del pago directo del usuario (*pago por uso*). La *concesión* y el *pago por uso* son dos conceptos unidos para EUROSTAT.

No obstante —para complicar algo más la cuestión— para la Directiva de Concesiones (Directiva 23/2014) rompe esta vinculación, asociando el concepto técnico-jurídico de «…*concesión*…» a la existencia de una trasferencia del «…*riesgo operacional*…» al empresario privado, sin exigir que necesariamente que exista pago directo por el usuario (*pago por uso*).

En España la concesión es la modalidad central de CPP para el desarrollo de infraestructuras. No es la única, pero sí la más consolidada, segura y habitual en la práctica administrativa. Para la gestión de los servicios publificados (es decir, servicios reservados al sector público mediante ley, conforme al artículo 128.2 de la Constitución) la concesión de servicios es también la forma jurídica más normal y frecuente para articularla. No obstante, en el sector de la sanidad pública y de la educación (es decir, los servicios no publificados) es frecuente la utilización de otras fórmulas jurídicas, muy específicas, como son los conciertos o los convenios.

2. ¿EXISTE COLABORACIÓN PUBLICO-PRIVADA EN ESPAÑA?

La *Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación* («OIRESCON»), en el marco de las funciones que atribuye a este órgano de control el art. 332 de la LCSP publicó en noviembre de 2023 un importante estudio relativo los contratos públicos de concesión [5].

Se trata de un informe especial de supervisión («IES») de extraordinaria importancia ya que es la primera vez en la que un órgano consultivo del Estado, con independencia de criterio técnico, examina exhaustivamente todas las licitaciones de los contratos de concesión, en sus diferentes modalidades, realizadas a lo largo de un periodo de tiempo en los tres niveles básicos en los que se estructura la Administración pública (estatal, autonómico y local).

---

[5] OIRESCON, Ministerio de Hacienda; «*Informe especial de supervisión relativo a los contratos de concesión en 2022*», noviembre 2023; *https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/informes-especiales-supervision/ies-concesiones2022.pdf*

Aún cuando los contratos de concesión de obras y servicio no son el único instrumento jurídico a través del que se vehicula la Colaboración Público-Privada, si son el más relevante y paradigmático de todos los existentes. Por este motivo, como reconoce el propio IES, este Informe contiene una radiografía muy precisa y valiosa sobre el estado general de la Colaboración público-Privada en España, de la cual cabe deducir importantes consecuencias y líneas de actuación futuras.

Los datos de este estudio, referidos al ejercicio 2022, han sido actualizados recientemente en el Informe Anual de Supervisión de OIRESCON del año 2023 («IAS»), que ha publicado este organismo en el mes de julio de 2024[6]. En el IAS se incorpora un capítulo específico sobre los contratos de concesión (págs. 263 y siguientes) al objeto de dar continuidad y seguimiento a los datos expuestos por primera vez sobre esta modalidad contractual en el IES. Ello es una muy buena noticia para el sector concesional.

Los informes de OIRESCON (tanto del IES de noviembre de 2023, como del recientemente publicado en junio de 2024) que han pasado bastante desapercibidos ante la opinión pública. Sin embargo, la conclusión que cabe extraer de ellos es demoledora: La Colaboración Público - Privada para el desarrollo de grandes proyectos de infraestructuras ha colapsado en España. Sencillamente, no existe.

Primer dato relevante. Según OIRESCON las concesiones de obras y servicios solo representan el 5.08 por 100 del importe total de contratación pública adjudicada (con datos oficiales cerrados de 2023), con un PBL —sin impuestos— de 5.645,24 millones de euros. Sin embargo, la media en los Estados miembros de la UE se sitúa en torno al 12 por 100. Si tomamos en consideración el número de expedientes de concesión licitados, estos solamente suponen el 1,25 por 100 del total en 2023[7].

Aun admitiendo que los contratos de concesión no agotan todas las posibles variantes de CPP, pues en España tienen gran importancia otras fórmulas situadas fuera de la LCSP en el ámbito de la educación, la sanidad y los servicios sociales (particularmente a través de *conciertos*), la realidad es que el volumen medio del sector concesional en la UE es más del doble del existente en nuestro país. Estamos a la cola de la UE en Colaboración Público-Privada.

---

[6] OIRESCON, Ministerio de Hacienda; «*Informe anual de supervisión. Modulo I, las cifras de la contratacion publica en 2023*», julio 2024. *www.regulaciondelacontratacion.gob.es*. En el IAS se indica que «… la Oficina ha querido incorporar en este primer módulo del IAS 2024, dedicado a las "Cifras de la contratación pública en 2023" un epígrafe específico, donde se reflejen los principales datos de contratación desde la perspectiva singular de los contratos de concesión, ofreciendo así un análisis de continuidad al realizado en el Informe Especial de Supervisión relativo a los contratos de concesión en 2022» (pág.163)

[7] Según OIRESCON «Las concesiones licitadas en 2023 no consiguen romper la tendencia de subida y bajada intermitente del peso en volumen económico de estos contratos sobre el total de la contratación en el periodo analizado (2019-2023). Estos picos parecen deberse a la celebración de contratos de singular importancia económica. Así, en 2023, el peso específico pasa desde el 3,79 por 100 en 2022 hasta el referido 5,08 por 100 en 2023, por los contratos de concesión de obras de carreteras licitados por la C.A. de Aragón, …» (pág. 166)

OIRESCON destaca también el peso fundamental que corresponde al sector público local sobre el conjunto de los contratos de concesión. En 2022 el volumen adjudicado de contratos de concesión en el ámbito local ascendió al 82 por 100 sobre el total. En el sector público de las CC.AA. ese porcentaje fue del 14.8 por 100 y en el sector público estatal del 2.8 por 100. En 2023 estos porcentajes han variado algo. El importe adjudicado de los contratos de concesión en el ámbito local es del 51 por 100 y en el sector público autonómico del 48.18 por 100. Un incremento debido principalmente (según OIRESCON) a las concesiones de carreteras realizadas en 2023 en la C.A. de Aragón. En el sector público estatal el importe adjudicado en concesiones en 2023 ha descendido al 0.20 por 100 sobre el total.

Es decir, los proyectos de Colaboración Público-Privada de la Administración General del Estado, donde se suponen residenciadas las grandes infraestructuras públicas, son absolutamente marginales. No hay CPP en el Estado.

Otro dato fundamental. Tomando como referencia los últimos cinco años (2019 a 2023) el 75 por 100 de las concesiones adjudicadas tuvo por objeto servicios (servicios públicos) y solo el 25 por 100 obras (infraestructuras) [8].

Se da así la extraña paradoja de que nuestra legislación concesional sigue pivotando en torno al contrato de concesión de obras (que es el *contrato concesional-tipo*), cuando —en realidad— es una modalidad jurídica cada vez menos relevante. Paralelamente la regulación de las concesiones de servicios públicos locales (que es donde el legislador debiera poner su mayor esfuerzo regulatorio) es crecientemente fragmentaria y insuficiente.

La inmensa mayoría de los contratos de concesión que hoy día se licitan en España vienen referidos a los clásicos servicios públicos locales (agua, medio ambiente, transporte de viajeros, servicios sociales, equipamientos culturales, y deportivos … etc.) [9]. La escasa Colaboración Público-Privada que hoy existe se produce en este entorno de la Administración local. Si bien, incluso en este ámbito, hay signos de estancamiento y debilidad en el número y relevancia de los proyectos licitados y de regresión en la apuesta por la gestión indirecta (concesional) de los servicios. Los informes de OIRESCON lo destacan con claridad.

Este es, nos guste o no, el triste panorama de la Colaboración Público-Privada en España a día de hoy.

---

[8] Según OIRESCON en 2022 Las concesiones de obras solo representaron el 9.83 por 100 del conjunto de las concesiones. El 90 por 100 fueron concesiones de servicios. Este dato ha variado en 2023 debido, nuevamente, al impacto estadístico de las licitaciones de carreteras en la CA de Aragón. En 2023 el importe adjudicado de concesiones de servicios, en términos porcentuales, fue del 39.5 por 100, frente al 60.42 por 100 de concesiones de obras. En todo caso, lo relevante es que el peso relativo de los contratos de concesión de servicios respecto a las concesiones de obras en los últimos 5 años (corrigiendo posibles sesgos estadísticos) es del 75-25 por 100 aproximadamente.

[9] Según el informe de OIRESCON las concesiones en España hoy día son esencialmente las clásicas concesiones de servicios públicos locales. Por orden de importancia destacan: servicios comerciales/hostelería, (1577) culturales y deportivas (345), y servicios de salud y sociales (281) y enseñanza (111), concesiones de aguas y medio ambiente (72) y transporte de viajeros (48).

3. ¿POR QUÉ HA COLAPSADO LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA?

Como hemos indicado anteriormente, en España solo el 5.08 por 100 del total del importe adjudicado de contratos públicos viene referido a contratos de concesión. La media de los últimos cinco años (2019 a 2023) es del 5.49 por 100. En la UE este porcentaje asciende al 12 por 100.

El Estado, supuesto motor de las grandes infraestructuras públicas (carreteras, puertos, aeropuertos, ferrocarriles, infraestructuras hidráulicas … etc.) prácticamente no ha licitado nada. Un exiguo 0.20 por 100 en 2023. Un 2.8 por 100 en 2022. Como todo el sector concesional sabe, desde hace años no existen proyectos *greenfield* de infraestructuras públicas estatales.

La causa central de esta situación es la insuficiente rentabilidad de los proyectos licitados. OIRESCON lo destaca en su informe IES. Y pone el foco, con acierto, en la inicua Ley 2/2015 de desindexación de la economía española y en su reglamento de desarrollo (RD 55/2017).

El artículo 29.6 de la LCSP incorpora una regla muy relevante relativa a la duración de las concesiones de obras y servicios en la cual se reproduce, prácticamente en sus mismos términos, el artículo 18.2 de la Directiva 23/2014. El precepto establece lo siguiente: «Si la concesión de obras o de servicios sobrepasara el plazo de cinco años, la duración máxima de la misma no podrá exceder del tiempo 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.»

Esta norma legal (procedente de la Directiva de Concesiones) tiene cierta lógica cuando se trata de concesiones de infraestructuras, intensivas en aportación capital (la *lógica de la TIR*), pero no tiene sentido cuando se aplica a concesiones de servicios (en particular a la gestión de servicios públicos) en las que el principio rector es la continuidad y calidad del servicio. En las concesiones de servicios debe primar el establecimiento de una alianza contractual sólida y estable con un operador privado, no necesariamente vinculada a la «… *recuperación de la inversión* …». Es una norma concebida para las concesiones de infraestructuras, que no es razonable ni útil proyectar sobre las concesiones de servicios (aunque algunos estén excluidos).

El apartado 9 de este mismo artículo 29 de la LCSP dispone 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.» Se remite en bloque, a estos efectos, al RD 55/2017. Aquí se encuentra la raíz principal del problema de la falta de rentabilidad de los proyectos *greenfiled* de infraestructuras: el periodo de recuperación de la inversión determina la duración del contrato concesional y ésta, a su vez, determina la rentabilidad global del proyecto.

El artículo 10.2 del RD 55/2017 incorpora una fórmula matemática para calcular el periodo de recuperación de la inversión en las concesiones, que es igual para cualquier tipo de contrato concesional, con independencia del sector y de las condiciones específicas del mercado. La fórmula matemática para calcular el periodo de recuperación de la inversión establece que el valor de la tasa de descuento aplicable «… 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…».[10]

La combinación del art. 29.9 LCSP con el art. 10.2 del RD 55/2017 trae como consecuencia una limitación de la rentabilidad máxima de los proyectos que los saca fuera del mercado real. Para solucionar esta disparatada y dañina regulación, no basta con incrementar las tasas de rentabilidad (ya se ha hecho en el RDL 36/2020, para los proyectos financiados con fondos NextGen). Es necesario modificar a fondo el modelo, romper la vinculación entre la LCSP y el RD 55/2017, anudar la rentabilidad de los proyectos a las singularidades de los riesgos asumidos por el operador y a la realidad del mercado de capitales y fomentar la tensión competitiva en la financiación.

Mas allá de lo anterior, y como reflexión más de fondo, no podemos ignorar que esta regulación limitativa de la rentabilidad financiera de los proyectos se basa en una errónea y perturbadora concepción de la CPP como una pura operación de financiación de infraestructuras públicas, esencialmente orientada a eludir las restricciones de la UE de sobreendeudamiento de los Estados.

Aunque no es incierto que durante un tiempo este ha sido el *leitmotiv* de los proyectos de CPP la realidad es que la Colaboración Público-Privada va mucho más allá (o debiera ir mucho más allá) de la mera operación de financiación a largo plazo de proyectos de infraestructuras. Esto es evidente en el terreno de la gestión indirecta de los grandes servicios públicos, donde se aprecia con mayor nitidez el valor añadido y mayor eficiencia que aporta la gestión privada de servicios de titularidad pública, pero también debiera ser así en las infraestructuras públicas. En caso contrario este obstáculo normativo no podrá ser removido (al me4nos en las concesiones de grandes obras públicas) y la CPP permanecerá en el estado catatónico en el que actualmente se encuentra.

Sin embargo, desde mi punto de vista, esta no es la única causa del desolador paisaje de nuestra CPP.

La Ley 40/2015 derogó subrepticiamente y sin suficiente reflexión la garantía implícita del Estado sobre las inversiones no amortizadas (mal llamada en el argot del sector «RPA»), introducida en nuestra legislación de concesiones de autopistas en los años 60, con unas consecuencias muy graves para la financiación de nuevos proyectos de infraestructuras. Es esencial revisar a fondo el modelo regulatorio de la extinción las *concesiones inviables* (artículo 281 LCSP) y de las cláusulas *step-in*.

---

[10] El Real Decreto-ley 36/2020, establece que para los proyectos financiados con los fondos NextGen la tasa de descuento se obtendrá por la adición de: a) el rendimiento medio en el mercado secundario de la deuda soberana española a treinta años 5 y b) un diferencial de hasta 300 puntos básicos (3 por 100).

Existe otro factor adicional muy negativo que es la falta de seguridad jurídica en los contratos. Este elemento tiene diversas manifestaciones concretas. Solo enunciaré algunas: No existe un mínimo acuerdo en los órganos supervisores (incluida la propia ONE) sobre el concepto de «*riesgo operacional*»; la regulación de la revisión de precios es muy defectuosa e insegura y traslada ineficientemente al operador privado riesgos inmanejables de incrementos de costes; y son insuficientes, fragmentarias e inadecuadas las reglas sobre modificación de las concesiones y la adaptación de los contratos a las nuevas necesidades del servicio y al progreso tecnológico. Y, quizá lo más grave: existe una mala regulación, unida a una restrictiva interpretación, administrativa y jurisprudencial, de la regla histórica del mantenimiento del equilibrio económico-financiero de las concesiones. Las inauditas decisiones adoptadas por la Administración General del Estado y (por imitación de esta) por las CC.AA. y las EE.LL. sobre el reconocimiento del derecho al reequilibrio financieros de las concesiones durante el periodo de la pandemia del COVID 19 son buena prueba de lo anterior. Si bien, resulta aun mas decepcionante el tratamiento que se esta dando a estas situaciones por los Tribunales de Justicia. Incluida la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

Estos factores, unidos a otros como la insuficiencia de los incentivos a los proyectos de iniciativa privada, que históricamente fueron el motor de las grandes concesiones de infraestructuras, constituyen un freno a la Colaboración Público-Privada y deberían ser objeto de una profunda reflexión por parte del legislador.

Nuestros actuales niveles de endeudamiento y la fuerte tensión del gasto social con toda seguridad van a impedir mantener una inversión razonable en infraestructuras en los próximos años. Por este motivo, cuando pase (que pasará) el espejismo de los fondos NextGen y la transitoria permisividad fiscal de la UE, este debate será ineludible en España en los próximos años.

Resulta muy alentador a este respecto que la Presidenta de la Comisión Europa, Ursula von der Leyen, haya incluido en el programa político presentado al Parlamento Europeo para su reelección en julio de 202 («*orientaciones políticas para la próxima Comisión Europea 2024-2029*»), un capítulo específico relativo a la reforma de la legislación europea sobre contratación pública[11] y una apuesta por las Asociaciones

[11] Von Der Leyen, U. «*La decision de europa orientaciones políticas para la próxima Comisión Europea 2024-2029»;* Estrasburgo, 18 de julio de 2024. Se afirma en este documento programático lo siguiente: «También debemos hacer un mejor uso de la contratación pública, que representa el 14 por 100 del PIB de la UE. Una mejora del 1 por 100 en la eficiencia de la contratación pública permitiría ahorros por valor de 20 000 millones euros al año. Constituye una de las mejores bazas disponibles para desarrollar bienes y servicios innovadores y crear mercados líderes en tecnologías limpias y estratégicas.

Propondré una revisión de la Directiva sobre contratación pública, permitiendo que se dé preferencia a los productos europeos en la contratación pública en determinados sectores europeos en la contratación pública en determinados sectores estratégicos. Contribuirá a garantizar el valor añadido de la UE para nuestros ciudadanos, junto con la seguridad del suministro de tecnologías, productos y servicios vitales. También modernizará y simplificará nuestras normas de contratación pública, en particular teniendo en cuenta las empresas emergentes y los innovadores de la UE.»

Público-Privadas. Muchas de las dificultades que ahora complican y dificultan el desarrollo de la CPP proceden de la normativa de la UE y resulta por ello reconfortante comprobar que forma parte de las prioridades políticas de la nueva Comisión abordar una reforma legislativa ambiciosa en esta materia.

Cuadernos de Derecho Regulatorio
Vol. 2 | 2024
Estudios II: Tendencias y modelos en la contratación administrativa. pp. 231–240
Madrid, 2024
DOI: 10.37417/cudere/vol_2_2024_2699
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
© Francisco José Sospedra Navas
ISSN: 3020-6162

ALGUNOS ASPECTOS SOBRE EQUILIBRIO ECONÓMICO DE LAS CONCESIONES

Francisco José Sospedra Navas
Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo
del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. *FACTUM PRINCIPIS*: ACTUACIONES PROPIAS DE LA ADMINISTRACIÓN CONTRATANTE.— 3. *FACTUM PRINCIPIS*, *IUS VARIANDI* Y CAMBIOS LEGISLATIVOS.— 4. MODIFICACIONES UNILATERALES DE LA CONCESIÓN.— 5. ERRORES EN LOS PLIEGOS-OFERTAS PATOLÓGICAS.— 6. LEYES ESPECIALES: MEDIDAS LEGISLATIVAS POR LA PANDEMIA DE LA COVID.— 7. EQUILIBRIO ECONÓMICO EN EL PERIODO DE PROLONGACIÓN O PRÓRROGA FORZOSA

NOTA ACLARATORIA

Esta intervención fue desarrollada en el marco de las jornadas CARSEP celebradas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona el día 13 de diciembre de 2023, bajo la dirección del Dr. José Esteve Pardo y de la Dra. Belén Noguera de la Muela.

En la exposición de la materia, se pretende realizar un recorrido sobre las cuestiones más actuales sobre el mantenimiento del equilibrio concesional, en la línea ya expresada en la mesa redonda que tuve el honor del compartir con el Dr. Joaquín Tornos Mas y con el Dr. Marc Tarrés Vives, como moderador de la mesa.

1. INTRODUCCIÓN

La jurisprudencia sobre el equilibrio económico de las concesiones sigue una línea uniforme que parte del principio de eficacia vinculante del contrato y de la invariabilidad de sus cláusulas, con la concurrencia de un elemento de aleatoriedad que significa que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato, no le libera de cumplir lo estrictamente pactado ni, consiguientemente, le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación .

La propia eficacia vinculante del contrato permite acudir a las cláusulas que hayan dispuesto las partes sobre la economía del contrato a fin de garantizar su equilibrio. Asimismo, y por la prelación de fuentes, la ley especial puede incidir asimismo en el marco contractual, en los términos establecidos por la misma.

Por excepción, en palabras de la STS de 11 de julio de 2023[1], la jurisprudencia uniforme admite salvedades a esa aleatoriedad de los contratos administrativos, que permite reequilibrar la ecuación financiera del contrato en los casos en que se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración contratante («ius variandi» o «factum principis») o por hechos que se consideran extramuros del normal alea del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible. Ello significa que no toda alteración del equilibrio de las prestaciones del contrato da derecho al contratista a restablecer la inicial ecuación financiera del vínculo, sino únicamente aquéllas que sean reconducibles a esos tasados supuestos de «ius Variandi», «factum `rincipis» y fuerza mayor o riesgo imprevisible.

En este extremo, debe subrayarse que la doctrina y la jurisprudencia son unánimes en considerar que el equilibrio económico de la relación contractual administrativa, fundada en el principio de igualdad proporcional entre las ventajas y cargas del contrato y aplicada en los supuestos de la llamada doctrina de la imprevisión, o del hecho imprevisible ajeno a la actuación administrativa, y del llamado «hecho del príncipe» o «ius variandi», en el supuesto de que la Administración modifica las condiciones del contrato en perjuicio del contratista o concesionario, ha de relacionarse con el principio de «riesgo y ventura», ya que el equilibrio financiero es una fórmula que no puede aplicarse de forma indiscriminada de modo que sea una garantía ordinaria de los intereses del contratista, como si se tratase de un seguro gratuito que cubre todos los riesgos de la empresa.

2. *FACTUM PRINCIPIS*: ACTUACIONES PROPIAS DE LA ADMINISTRACIÓN CONTRATANTE

La jurisprudencia expresa que el factum principis implica la obligación que tiene la Administración de compensar al contratista cuando, por actuaciones propias —generales y obligatorias— que se mueven en un plano superior a la relación contractual, se provoque (de forma indirecta) un desequilibrio de las prestaciones en perjuicio del contratista. Debe subrayarse que el supuesto es distinto al de «riesgo imprevisible», pues en este último caso ese desequilibrio se produce por circunstancias excepcionales e imprevisibles, ajenas a la intervención administrativa.

La jurisprudencia ha limitado los supuestos en que puede acudirse al reequilibrio económico del contrato a los casos en que las modificaciones procedan de la actuación de la misma Administración contratante, y no de otra distinta.

---

[1] STS núm. 954/2023 de 11 julio (RJ 2023, 5032)

Esta interpretación se recoge en la STS de 11 de julio de 2023[2], que afirma la improcedencia de declarar el derecho al reequilibrio económico de la concesión por actuaciones de una Administración diferente, puesto que únicamente es la Administración adjudicataria de la concesión la que puede variar el contenido del contrato, afectando al equilibrio económico financiero del mismo.

En el caso examinado en dicha Sentencia, la concesionaria de un aparcamiento municipal se había visto afectada por el cierre de uno de sus accesos como consecuencia de las obras de prolongación de la línea de ferrocarriles que estaba ejecutando la Administración autonómica. En segunda instancia, la STSJ Cataluña de 21 de diciembre de 2020[3] había desestimado el recurso de apelación, en aplicación del criterio jurisprudencial de que la Administración concedente debe responder por lo que ya existe y es conocido en el momento de convocar el concurso, pues forma parte de la realidad en la que va a insertarse la concesión, pero no así de las decisiones adoptadas por una Administración distinta en el ejercicio de sus competencias.

Este criterio se había expresado anteriormente por la Sala Tercera, en la STS de 16 de mayo de 2011[4], desestimatoria de la reclamación de la concesionaria de reequilibrio económico del contrato de concesión de obras públicas para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje Madrid-Toledo (AP-41), adjudicada por acuerdo del Consejo de Ministros, como consecuencia del impacto sobre los tráficos de la concesión derivado del desdoblamiento y la transformación en autovía de la carretera autonómica madrileña M-407, en un tramo que discurre paralelo a la AP-41. En el mismo sentido, la STS de 19 de diciembre de 2019[5], que rechazó la pretensión de restablecimiento del equilibrio económico de la concesión para la construcción y explotación de la Autovía del Pirineo A-21, deducida frente al Gobierno de Navarra, a consecuencia del menor tráfico debido a la no construcción de otros tramos del Corredor Pirinaico, del que aquella formaba parte, situados fuera de Navarra y cuya contratación correspondía al Ministerio de Fomento.

En la citada STS de 11 de julio de 2023 se refrenda esta línea jurisprudencial, expresando que el deber general del Ayuntamiento, de protección del contratista, no puede impedir el ejercicio legítimo por otra Administración de sus competencias. En este sentido, la Generalitat ejecutó las obras de prolongación del ferrocarril a Sabadell, en ejercicio legítimo de sus competencias de desarrollo de la red de ferrocarriles en Cataluña, y es claro que el Ayuntamiento carecía de prerrogativas frente a la Generalitat para impedir la ejecución de esas obras de competencia de esta última.

Esta vinculación del «factum principis» a las actuaciones de la Administración contratante resulta del tenor literal de los arts. 270.2.b) y 290.4.b) de la LCSP, que contemplan el restablecimiento del equilibrio económico de la concesión por la ruptura sustancial derivada de «actuaciones de la Administración Pública concedente».

---

[2] STS núm. 954/2023 de 11 julio (RJ 2023, 5032)
[3] STSJ Cataluña, Sección 5ª, núm. 5327/2020, de 21 diciembre (JUR 2021, 113116).
[4] RJ 2011, 4351
[5] RJ 2019, 5474

No obstante, debe subrayarse que la legislación especial de medidas para la contratación pública por causa del COVID admite el restablecimiento de equilibrio económico aunque las medidas hayan sido adoptadas por una Administración distinta a la concedente y, así, el art. 34.4 del Real Decreto Ley 8/2020 reconoce el derecho del concesionario al restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando la ruptura proceda de las medidas adoptadas por el Estado, las Comunidades Autónomas o la Administración Local para combatir la situación de hecho creada por el COVID-19.

3. *FACTUM PRINCIPIS*, *IUS VARIANDI* Y CAMBIOS LEGISLATIVOS

En la delimitación de los supuestos de restablecimiento del equilibrio económico, también debe destacarse la interpretación recogida en la STS de 4 de julio de 2023[6] respecto de los supuestos en que la ruptura del equilibrio trae causa de un cambio legislativo.

El recurso tenía por objeto la pretensión de restablecimiento del equilibrio económico financiero por la concesionaria con origen en la modificación del régimen legal de sujeción al impuesto de contribución territorial de las autovías en la Comunidad Autónoma de Navarra.

En la Sentencia se expresa que el cambio legislativo en la regulación de un impuesto durante la ejecución del contrato no tiene cabida en los supuestos de carácter excepcional y, por tanto, de interpretación restringida, en los que es posible el restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato, considerando que queda fuera del ejercicio por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra del «ius variandi» o prerrogativa de modificación unilateral, por razones de interés público, del contrato administrativo, pues la Administración no ha llevado a efecto ninguna modificación de las condiciones de explotación de la obra.

Del mismo modo, en la Sentencia se descarta que se esté ante un supuesto de «factum principis», pues, por muy amplia que sea la interpretación de la expresión de «actuaciones de la Administración» en el artículo 270.2 de la LCSP, no cabe incluir entre las mismas los cambios normativos llevados a cabo por el legislador autonómico.

4. MODIFICACIONES UNILATERALES DE LA CONCESIÓN.

En orden a la delimitación del ejercicio del «ius variandi» y sus efectos, la STS de 16 de noviembre de 2023[7] se pronuncia sobre la cuestión de interés casacional cuando se produce la modificación unilateral de una concesión por el «ius variandi»

[6] STS núm. 912/2023, de 4 julio (RJ 2023, 4286).
[7] STS núm. 1452/2023 de 16 noviembre (JUR 2023, 419587).

de la Administración local, donde se plantea la disyuntiva de: (i) si el examen de una posible compensación debe analizarse en virtud del principio de equilibrio económico, teniendo en cuenta los efectos en la globalidad del contrato; (ii) o bien si la indemnización es automática, siendo suficiente el hecho de haberse generado un aumento de costes o disminución de ingresos en la concesión, según el tenor literal del artículo 127.2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

En la citada Sentencia se considera que no es necesario acudir a la teoría de la ruptura del equilibrio financiero por la aplicación de la doctrina de la imprevisión o riego imprevisible, cuando la modificación es consecuencia caso del ejercicio del «ius variandi», entendido como una de las típicas potestades exorbitantes de la Administración en materia contractual, que puede ejercitarse por ésta siempre que en el curso del contrato administrativo surjan necesidades nuevas o causas imprevistas, siendo el único requisito necesario para la modificación del contrato la existencia de razones de interés público. En tales casos, la Sentencia indica que el contratista está obligado a soportar la modificación del contrato impuesta por la Administración, si bien esta potestad que la ley concede a la Administración por razón del interés público y por el que aquélla tiene que velar, tiene su contrapartida en el derecho del concesionario a ser indemnizado por el desequilibrio económico que esa modificación le ocasione.

En el caso examinado en dicha STS de 16 de noviembre de 2023, el Ayuntamiento decidió no reclamar las facturas de consumo a una Junta Vecinal, por el edificio polideportivo, lo cual constituía un significativo ingreso que la contratista tuvo en consideración a la hora de formular su oferta, y del que se vio privada por decisión de la Administración, en el ejercicio del ius variandi.

En la sentencia se considera que se trata de una alteración que, por su naturaleza y relevancia, queda comprendida en los supuestos que obligan a la Administración, a indemnizar al concesionario y restablecer con ello el equilibrio concesional, sin necesidad de cuantificar la pérdida ocasionada y hacer un balance para comprobar si se ha roto dicho equilibrio. En efecto, la privación al concesionario de un consumidor cualificado, que se supone que habría de proporcionar una mayor rentabilidad por su elevado consumo y con el que contaba la recurrente al concursar para prestar el servicio, cabe con toda lógica en el supuesto previsto legalmente de restablecimiento del equilibrio concesional cuando modifica por razones de interés público, pues la supresión de un consumidor cualificado supone una alteración relevante del servicio a prestar.

Por ello, esa decisión del Ayuntamiento, que adopta por estimarla más conveniente para el interés público, implica una modificación del equilibrio concesional que ha de ser indemnizada al margen de las concretas cuentas de la gestión de la concesión y del riesgo y ventura del concesionario, sin que sea procedente examinar si se produce una ruptura sustancial del equilibrio en el global del contrato, a diferencia de los casos de fuerza mayor o riesgo imprevisible.

5. ERRORES EN LOS PLIEGOS-OFERTAS PATOLÓGICAS.

Un supuesto que puede generar un desequilibrio en las obligaciones de las partes trae causa del momento en que se licita el contrato, cuando existen errores en los pliegos que pueden incidir en la economía del contrato.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo viene excluyendo reiteradamente del ámbito del riesgo imprevisible los supuestos que existe un error en las previsiones o estudios previos, ya sean de la Administración asumidos por el contratista, ya sean específicos del propio contratista: lo relevante para equilibrar el contrato es que se produzca un acontecimiento extraordinario que rompa la ecuación financiera, quedando fuera del ámbito del riesgo imprevisible el desequilibrio consecuencia de una deficiente fijación de las tarifas en base a previsiones erróneas.

Un ejemplo significativo es el caso planteado en la STSJ Cataluña de 19 de julio de 2017[8], donde los estudios de viabilidad realizados por la Administración contenían graves errores de estimación en la ocupación y permanencia de vehículos en el parking que se realizó en los estudios de viabilidad realizados por la Administración.

En dicha Sentencia se considera que no se está ante un supuesto en el que proceda restablecer el equilibrio económico-financiero de la concesión, con sustento en la doctrina del riesgo imprevisible, puesto que la fluctuación del número de usuarios del aparcamiento no es un riesgo imprevisible para el contratista, que no solo asumió el estudio de viabilidad de la Administración, sino que presentó un informe económico contemplando un escenario muy superior al inicialmente previsto por la propia Administración.

En este punto, debe tenerse en cuenta que estos defectos que traen causa del procedimiento de licitación, ya sea por falta de documentos preceptivos, ya sea porque puedan producir error en el consentimiento, tendrían un encaje más adecuado en las causas de nulidad o anulabilidad del contrato, y no tanto en los supuestos de equilibrio económico del contrato[9].

6. LEYES ESPECIALES: MEDIDAS LEGISLATIVAS POR LA PANDEMIA DE LA COVID.

Se ha dado una conflictividad considerable derivada de los supuestos de reequilibrio económico por la pandemia de la Covid-19, los cualesestán regulados en la legislación especial, que recoge las medidas en materia de contratación pública para paliar las consecuencias del COVID-19, establecidas con carácter general en el art. 34 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, y con carácter especial en los arts. 24 y 25

[8] STSJ Cataluña núm. 602/2017 de 19 julio (JUR 2018, 104967).
[9] Vid. en esta línea, STSJ La Rioja núm. 209/2023, de 19 julio (JUR 2023, 361982).

del Real Decreto-ley 26/2020, de 7 de julio, para determinas concesiones recogidas en su ámbito de aplicación[10].

En la interpretación de los tribunales, se viene considerando que el art. 34 del RDL 8/2020 establece un amplio abanico de derechos para el contratista afectado por la Covid-19, que va desde el derecho a suspender el contrato cuya ejecución haya devenido imposible a la ampliación del plazo de ejecución, pasando por el derecho a pedir la indemnización de los gastos a que dicho precepto se refiere. En este sentido, la Covid y las medidas motivadas por la pandemia son un elemento imprevisible, pero su calificación como tal ha sido excluida por la legislación especial de aplicación a tal situación de crisis sanitaria y restricciones normativas no obstante sus indiscutidos efectos en la economía de la concesión; esto es, la opción del legislador respecto al reparto de riesgos entre Administraciones y concesionarios[11].

El art. 34 del RDL 8/2020, desplaza la legislación ordinaria e impone una regulación de emergencia reconociendo el derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato, mediante en su caso de la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato para compensar por la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados, respecto a los previstos en la ejecución ordinaria del contrato. A la luz de esta normativa, la Covid-19 permite solicitar una reparación parcial de los daños soportados, pero no permite el ejercicio de la acción indemnizatoria, ni por enriquecimiento injusto, ni por reequilibrio económico derivado de un hipotético «factum principis», al no darse los requisitos de esas instituciones[12].

La STS de 18 de diciembre de 2023[13] expresa que, en el ámbito de las concesiones de obras y de servicios, la posibilidad del restablecimiento del equilibrio económico del contrato se vincula con la «imposibilidad de ejecución del mismo» y que las medidas compensatorias adoptadas por estos Reales Decretos Leyes son limitadas y no abarcan la totalidad de los perjuicios sufridos, sino solo aquellos que el legislador consideró imprescindibles para permitir la continuidad de la ejecución del contrato atendiendo al tipo de contrato que se trataba y la incidencia que la situación creada por la pandemia tuvo sobre ellos.

---

[10] El art. 24 del RDL 26/2020 regula el reequilibrio económico de los contratos de gestión de servicios públicos de transporte regular de viajeros por carretera de uso general, en tanto que el art. 25.1 del RDL 26/2020 define su ámbito de aplicación en los siguientes términos: «1. 1. Este artículo regirá para los contratos de concesión comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19; siempre que hayan sido adjudicados por el Estado y que se trate de: a) Concesiones para la construcción, conservación y explotación de autopistas de peaje. b) Concesiones para la conservación y explotación de las autovías de primera generación. c) Concesiones de áreas de servicio de la Red de Carreteras del Estado».

[11] SSTSJ Asturias de 25 de marzo de 2022 (JUR 145663); La Rioja 11 de noviembre de 2022 (JUR 372554) y País Vasco de 30 de septiembre de 2021 (JUR 2022, 25817), entre otras.

[12] En este sentido, SSTSJ Extremadura 1 de junio de 2022 (JUR 237123) y Navarra 11 de marzo de 2022 (JUR 202588).

[13] STS núm. 1719/2023, de 18 de diciembre de 2023 (Recurso número 99/2022).

En la interpretación de la Sala Tercera, la solución de la ley especial trata de conciliar la situación planteada por un fenómeno singular, como es una pandemia, con la necesidad de mantener activa la economía, y la ejecución de los contratos públicos, por lo que estableció una compensación que consideró proporcionada a las circunstancias que no incluía la totalidad de sus costes. Por ello, con independencia de otras consideraciones, no puede entenderse que la limitación de los costes susceptibles de compensación sea exclusiva ni discriminatoria respecto de las restantes medidas adoptadas para otros contratos públicos distintos de las concesiones.

En el ámbito concesional, el supuesto de hecho que contempla el art. 34.4 del RDL 8/2020 no impide que puedan surgir situaciones post-pandemia, en el marco de determinadas concesiones y ya desligadas de las medidas adoptadas para la pandemia, que den lugar al restablecimiento del equilibrio económico derivadas del impacto de la Covid-19 en la economía del contrato.

Así, la STSJ de Madrid de fecha 15 de noviembre de 2023[14] se pronuncia respecto de una resolución del Ayuntamiento que había anulado parcialmente las rutas del bus turístico que gestionaba la concesionaria, en fechas posteriores al confinamiento (11 de diciembre de 2020), con fundamento en la disminución del turismo como consecuencia de la pandemia.

Esta Sentencia considera que la suspensión contemplada en el pliego de prescripciones técnicas no es base suficiente para acordar la anulación temporal de las rutas, pues se contempla la posibilidad de que se anulen los itinerarios, sin derecho a indemnización, por actos públicos en la vía, obras o cualquier otra circunstancia que impida la normal prestación del servicio, lo que en buena lógica jurídica los reconduce a alteraciones de orden material o físico que impacten y se hagan ver negativamente en el uso normal y pacífico de las rutas de servicio por la concesionaria. Por tanto, se trata de una situación no contemplada al tiempo de la redacción del pliego, por imprevisible, de pandemia post-confinamiento, en cuyo ámbito el ordenamiento contempla mecanismos resarcitorios del desequilibrio provocado por una situación como la Covid-19, por lo que el recurso al pliego para cercenar las posibilidades resarcitorias es un abuso y fraude de ley.

Al respecto, el art. 34.4 del Real Decreto-Ley 8/2020 contempla la situación derivada de la pandemia, de modo que el reequilibrio surge por la incidencia las medidas adoptadas por las Administraciones para combatirla en la economía del contrato. Sin embargo, determinados sectores se han visto afectados en la época posterior al confinamiento de una disminución significativa de la demanda, por lo que se han adoptado medidas legales específicas para reequilibrar los contratos, como en el caso del sector del transporte[15].

Fuera de los supuestos reglados, en determinadas concesiones o contratos, la economía del vínculo puede haberse visto afectada por la situación posterior a la pan-

[14] STSJ Madrid núm. 755/2023 de 15 noviembre de 2023 (JUR 2023, 43570015).

[15] Artículos 24 y 25 del Real Decreto-ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda.

demia, no necesariamente ligada a medidas determinadas adoptadas por las Administraciones sanitarias, lo cual no obsta al restablecimiento del equilibrio económico siempre que se den los requisitos legalmente establecidos.

7. EQUILIBRIO ECONÓMICO EN EL PERIODO DE PROLONGACIÓN O PRÓRROGA FORZOSA

En la práctica es frecuente que se produzcan supuestos de falta de adjudicación del contrato al finalizar el contrato anterior y sus prórrogas, generalmente por causas no imputables al contratista o concesionario, que concurre con necesidades de interés público en orden a la continuación de la prestación, lo que determina que el concesionario o contratista se vea obligado a seguir prestando el servicio por estas razones de interés público.

En estos casos, y en términos económicos, se viene aplicando analógicamente la solución normativa prevista para los supuestos de nulidad del contrato, donde se limita sustancialmente el «ius variandi» de la Administración, que no puede modificar las condiciones económicas en este periodo de prolongación forzosa en perjuicio del contratista, ni puede reglar aspectos relativos a la reversión de bienes o a la liquidación del contrato extinguido.

Desde el punto de vista del equilibrio económico del contrato, el problema se plantea cuando se prolongan forzosamente contratos o concesiones antieconómicas, que no generan beneficios para el contratista, e incluso generan pérdidas.

Este supuesto es examinado en la STSJ Cataluña de 28 de junio de 2023[16], donde se subraya que el principio de riesgo y ventura no puede operar de la misma forma en el caso de que el contrato esté vigente, que en el supuesto de prórroga o prolongación forzosa, sin base convencional, puesto que se trata de una situación excepcional en que, denunciado el contrato en la forma legalmente establecida y pactada, la Administración, por razones de interés público, unidas a la necesidad de continuidad del servicio y mientras no se seleccione al nuevo contratista, impone coactivamente la permanencia del anterior, lo cual puede considerarse como un «Factum principis», o una situación análoga al «ius variandi».

En estas condiciones, es ineludible la contrapartida de la compensación económica a favor del contratista o concesionario del servicio público, considerando en el caso que la obtención del beneficio industrial reclamado constituye una compensación razonable en la situación de prórroga forzosa por causa imputable a la Administración contratante, sin que el hecho de que durante la vigencia del contrato no se alcanzara el beneficio industrial, no puede justificar que durante la prórroga forzosa siga sin obtenerse dicho beneficio.

La sentencia resalta que esta doctrina es de aplicación cuando la situación de prórroga es completamente ajena a la voluntad de la concesionaria, que no tiene la obli-

[16] STSJ Cataluña núm. 2470/2023, de 28 junio (JUR 2023, 313733).

gación de seguir prestando el servicio sin obtener un beneficio industrial razonable que fue el ofertado en su día, de modo que la obtención de este beneficio industrial constituye una compensación razonable en la situación de prórroga forzosa por causa imputable a la Administración.

En la misma línea, la STSJ Extremadura de 8 de febrero de 2023 [17], en un supuesto de prórroga forzosa del contrato, admite el reequilibrio a través de la revisión de precios, distinguiendo, entre los poderes de modificación del objeto del contrato, el «factum principis», el «ius variandi» y la doctrina del riesgo imprevisible.

La naturaleza de estas tres prerrogativas es común, en cuanto son técnicas que pretenden combinar, en la célebre expresión de un clásico del Derecho Administrativo francés, la rigidez del servicio público al lado de la flexibilidad del contrato. Ahora bien, si su naturaleza es común, su estructura es muy distinta.

En relación con el ius variandi, se modifica el objeto del contrato para lo sucesivo, pero continuando éste en vigor, con la adecuada compensación al contratista, que a partir de una cierta cuantía de la modificación goza de la posibilidad de desvincularse del contrato; sin embargo, el «factum principis» viene referido a medidas administrativas que, aunque no modifiquen directamente el objeto del contrato, ni lo pretendan, inciden o repercuten sobre él haciéndolo más oneroso para el contratista, incluso sin culpa de éste., Por su parte, la revisión de precios por apariciones de riesgos imprevisibles supone la aparición de circunstancias sobrevenidas que puedan ser así calificadas.

La Sentencia encuadra la prórroga forzosa en el «factum principis», al tratarse de medidas imperativas y de obligado cumplimiento, que reúnen las características de generalidad e imprevisibilidad y que producen un daño especial al contratista cuando la ejecución del contrato es antieconómica, lo cual debe dar lugar a la correspondiente compensación, con cita del antecedente jurisprudencial recogido en la STS de 18 de noviembre de 1986 [18], que declaró el derecho de una empresa encargada de la limpieza de un Hospital a que se le abonase el importe correspondiente a la revisión del precio del contrato durante el período relativo a la prórroga forzosa.

Esta solución interpretativa resulta de la falta compatibilidad entre el principio de riesgo y ventura de la concesionaria en el periodo de prolongación forzosa por razones de interés público, decretada por la Administración contratante sin base convencional, lo que nos sitúa en la órbita del «factum principis» a efectos del restablecimiento de la economía del contrato.

---

17 STSJ Extremadura núm. 57/2023, de 8 febrero (JUR 2023, 82042).

18 RJ 1987, 410

Cuadernos de Derecho Regulatorio
Vol. 2 | 2024
Estudios II: Tendencias y modelos en la contratación administrativa. pp. 241–252
Madrid, 2024
DOI: 10.37417/cudere/vol_2_2024_2700
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
© Joaquín Tornos Mas
ISSN: 3020-6162

CONTRATOS CONCESIONALES Y EQUILIBRIO ECONÓMICO. EL RIESGO IMPREVISIBLE

Joaquín Tornos Mas
Profesor honorífico de la Universidad de Barcelona
Abogado

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. LA VIDA DEL CONTRATO CONCESIONAL: RIESGO Y VENTURA Y EQUILIBRIO ECONÓMICO.— 3. EL NECESARIO REEQUILIBRIO DE LAS CONCESIONES. EL SUPUESTO DEL RIESGO IMPREVISIBLE.— 4. LA RECUPERACIÓN DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO. ¿CÓMO PUEDE RECUPERARSE?— 5. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

Como ha dicho Santamaría Pastor «la cuestión del equilibrio económico de los contratos del sector público y, en términos generales, la distribución de riesgos entre las partes contratantes posee una actualidad capital como consecuencia de la situación de crisis económica mundial que se inició en 2008»[1].

Esta problemática es especialmente preocupante en los contratos concesionales, como contratos de larga duración en los que los desequilibrios económicos pueden ser más frecuentes a lo largo de la ejecución del contrato.

A esta temática vamos a dedicar este breve trabajo, partiendo de unas consideraciones generales previas.

a) Dentro de los contratos concesionales incluimos los contratos de concesión de obras, concesión de servicios y el contrato regulado en el artículo 312 de la ley de contratos del sector público, LCSP, 9/2017.

---

[1] Santamaria Pastor, J. «Relación conclusiva», *Revista de Administración Pública*, 216, 2021, págs. 91-98. En el mismo sentido se pronuncia Fernández Farreres, G. cuando afirma que : «la asignación de riesgos en la ejecución de los contratos es asunto de capital importancia» . En su trabajo La distribución de riesgos en la ejecución de los contratos administrativos, RAP nº 216, 2021, pág. pág. 49.

La diferencia entre el contrato de concesión de servicios y el contrato del artículo 312 es únicamente el hecho de que en el primero debe concurrir el riesgo operacional, pero en ambos casos se trata de prestar servicios a terceros 8 no a la propia administración. Por ello el artículo 312, que se califica como contrato de servicio que conlleve prestaciones directas a los ciudadanos, recupera viejo contrato de gestión de servicios públicos, que se vio excluido de la ley si no existía riesgo operacional[2].

b) Todos estos contratos responden a las notas propias de la colaboración público-privada. La administración acude a la iniciativa privada para poder construir infraestructuras o prestar servicios de calidad por razones de la financiación y la capacidad técnica que le puede aportar el sector privado. La inclusión del riesgo operacional tiene como fin excluir estos contratos del déficit público (en la medida en que la administración no asume los riesgos de demanda y disponibilidad que pueden surgir en el proceso de ejecución).

c) En estos contratos, como en toda la contratación pública, el derecho ha prestado especial atención a las fases de preparación y adjudicación, con el fin de garantizar los principios comunitarios de publicidad y concurrencia, pero ha dejado en un segundo plano los problemas propios de la ejecución del contrato.

2. LA VIDA DEL CONTRATO CONCESIONAL: RIESGO Y VENTURA Y EQUILIBRIO ECONÓMICO

El contrato administrativo, que responde en su construcción al supraconcepto «contrato», propio de la legislación civil[3], se construye sobre el principio básico de la existencia de una relación sinalagmática, y, por tanto, sobre el principio de «pacta sunt servanda». Así lo establece el artículo 189 de la LCSP[4].

Principio que se concreta con la regla del riesgo y ventura al que se refieren los artículos 197 y 254 de la misma LCSP[5].

---

[2] Sobre esta cuestión, con una visión crítica sobre la construcción del contrato del artículo 312 de la LCSP, vid. Menéndez Sebastián, E. El contrato de servicios, en Gimeno Feliu, JM Director, Estudio sistemático de la ley de Contratos del Sector Público, Cizur Menor, Thomson Aranzadi 2018, págs. 1537-1564.

[3] Sobre el origen del contrato administrativo y su vinculación al contrato civil vid. Martín Retortillo, S. El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y sus instituciones, 2ªed. Madrid, Civitas, 1996 y Garcia De Entería-Tr Fernández, Curso de derecho administrativo, vol.I, 20 edición, Civitas, Madrid 2022, págs.. 733-746.

[4] Artículo 189 de la LCSP: «Vinculación al contenido contractual. Los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación en favor de las Administraciones Públicas».

[5] Sobre el riesgo y ventura en la contratación pública vid. recientemente Cano Campos, T. Los costes excepcionales de ejecución de los contratos públicos: entre el ius variandi y el riesgo imprevisible, REALA nº 19, 2023, págs..102-103. La plasmación normativa de este principio se establece de forma general en el artículo 197 LCSP: «Principio de riesgo y ventura. La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el contrato de obras en el artículo

Pero la singularidad del contrato administrativo reside en el hecho de que esta figura jurídica es utilizada por la administración para lograr fines de interés general, como es realizar una obra, prestar un servicio u obtener un suministro. Para ello, como hemos dicho, la administración puede acudir al mercado y buscar un contratista, pero en este caso la institución contractual debe adaptarse a su razón de ser: lograr alcanzar el fin de interés general que persigue la administración. Como se ha dicho, «si el contrato de obras alumbró la tesis del riesgo y ventura, la concesión de servicios públicos hizo lo propio en una segunda etapa de la evolución sacando a primer plano las ideas del contratista colaborador, de la mutabilidad del contrato y del mantenimiento de la ecuación financiera del mismo, y es que, en efecto, la concesión tiene entre todos, un principio absoluto, que es hacer viable la realización del servicio público que es su objeto»[6].

Esta singularidad causal del contrato administrativo comporta que el principio de riesgo y ventura se module por la aparición en la legislación contractual del principio del equilibrio económico, cuyo fin es asegurar la correcta ejecución del contrato cuando la ecuación financiera que sirvió para el acuerdo contractual se ha roto por causas posteriores, partiendo de la idea del contratista colaborador. Así se recoge en el artículo 127,2-2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955, y en los artículos 249 y 250 del Reglamento de Obras, Actividades y Servicios Decreto 179/1985 de Cataluña. También se establece en los artículos 270[7], concesión de obras, y 290[8], concesión de servicios.

La jurisprudencia también lo ha reconocido de forma reiterada. Con carácter general se ha afirmado que el reequilibrio económico es un principio propio de los

---

239». Y en el artículo 254 de la misma ley respecto del contrato de obras: «Principio de riesgo y ventura en la ejecución de las obras.1. Las obras se ejecutarán a riesgo y ventura del concesionario, quien, además, asumirá el riesgo operacional de la concesión, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 197 y 239, salvo para aquella parte de la obra que pudiera ser ejecutada por cuenta de la Administración, según lo previsto en el apartado 2 del artículo 252, en cuyo caso regirá el régimen general previsto para el contrato de obras.

2. Si la concurrencia de fuerza mayor implicase mayores costes para el concesionario se procederá a ajustar el plan económico-financiero. Si la fuerza mayor impidiera por completo la realización de las obras se procederá a resolver el contrato, debiendo abonar el órgano de contratación al concesionario el importe total de las ejecutadas, así como los mayores costes en que hubiese incurrido como consecuencia del endeudamiento con terceros».

[6] Garcia De Entería-Tr Fernández, Curso de derecho administrativo, vol.I, 20 edición, Civitas, Madrid 2022, pág. 793.

[7] Artículo 270: «El contrato de concesión de obras deberá mantener su equilibrio económico en los términos que fueron considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario, de conformidad con lo dispuesto en el apartado siguiente».

[8] Artículo 290: «1. La Administración podrá modificar las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios, únicamente por razones de interés público y si concurren las circunstancias previstas en la Subsección 4.ª de la Sección 3.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley.

2. Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, se deberá compensar a la parte correspondiente de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato».

contratos públicos. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2008, entre otras, ha dicho que «es indudable que la imprevisibilidad contempla sucesos que sobrevienen con carácter extraordinario que alteran de forma muy notable el equilibrio económico y contractual existente en el momento del contrato pues se sobrepasan los límites razonables de la aleatoriedad que comporta toda licitación. implica, por tanto, aplicar los principios de equidad, artículo 3,2 del código civil, y de buena fe, artículo 7,1 del código civil, por la aparición de un riesgo anormal que cercena el principio del equilibrio económico-financiero entre las partes, pero sin atacar frontalmente el principio de riesgo y ventura esencial de la contratación pública»[9].

En este mismo sentido se han pronunciado, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2018 y 31 de enero de 2022, rec. 3968/2020. En esta última se afirma que «en nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas tasadas excepciones a esa aleatoriedad de los contratos administrativos, consistentes en reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la administración ("ius variandi" o "factum principis"), o por hechos que se consideran "extra muros" del normal "alea" del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible. Lo cual significa que no toda alteración del equilibrio de las prestaciones del contrato da derecho al contratista a reclamar medidas dirigidas a restablecer la inicial ecuación financiera del vínculo, sino únicamente aquellas que sean reconducibles a esos tasados supuestos de "ius variandi, factum principis, y fuerza mayor o riesgo imprevisible"».

3. EL NECESARIO REEQUILIBRIO DE LAS CONCESIONES. EL SUPUESTO DEL RIESGO IMPREVISIBLE.

Como ya hemos apuntado la necesidad de reequilibrar los contratos administrativos es un principio general de la contratación pública. La razón de ser de este necesario reequilibrio económico se encuentra en la singularidad del contrato administrativo, en una razón de política general que persigue, como hemos dicho, la buena ejecución del contrato. Si no existe la posibilidad de reequilibrar, en contratos de larga duración y que en muchas ocasiones requieren fuertes inversiones, el contratista tratará de asegurar inicialmente su inversión con un precio más alto que actúe como seguro de riesgos, o bien reducirá las prestaciones o su calidad, o bien optará por no presentarse a la licitación.

---

[9] Es importante destacar que el artículo 1,2 de la ley de contratos del sector público, al referirse a las fases de ejecución del contrato, reconoce la singularidad de los contratos públicos por razón de los fines institucionales que con los mismos deben alcanzarse. Así, dice que «es igualmente objeto de esta Ley la regulación del régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, en atención a los fines institucionales de carácter público que a través de los mismos se tratan de realizar».

Ciertamente el reequilibrio tiene como fin principal compensar al contratista[10], pero esta no es la finalidad principal sino mediata. Se le compensa para la buena marcha del contrato. Por ello, como veremos, cuando la ruptura del equilibrio económico se produce por causas ajenas a la administración, la compensación se producirá, no por la pérdida del beneficio inicialmente esperado, sino sólo si el desequilibrio pone en peligro la correcta ejecución del contrato.

Existe, pue, un principio general de reequilibrio económico. Pero ¿cuándo se dan las circunstancias que dan derecho al reequilibrio?

La sentencia antes citada identificó de forma precisa las posibles causas: «por causas imputables a la Administración ("ius variandi" o "factum principis"), o por hechos que se consideran "extra muros" del normal "alea" del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible». Santamaria Pastor, en la línea de la sentencia citada[11], ha dicho que «la tipificación de situaciones de anomalía no presenta dificultades especiales. la alteración de las condiciones contractuales, en general, puede venir ocasionada: a) por actuaciones (voluntarias) de alguna administración, o b) por hechos o circunstancias externos y ajenos a la voluntad o a la conducta de las partes del contrato. dentro de las primeras, cabe distinguir: a') las decisiones adoptadas por la administración contratante y dirigidas inmediatamente a alterar el contenido del contrato, de b') las decisiones de alcance general que, de hecho, alteran las obligaciones y cargas de los contratistas. y aún cabría diferenciar, dentro de esta última categoría: a") las decisiones de alcance general adoptadas por la propia administración contratante de b") las adoptadas por una administración distinta, que quizá merezcan un tratamiento diferente… los supuestos de alteración de la relación contractual en virtud de hechos externos y ajenos a la conducta de las partes son tratados doctrinalmente con las nociones de fuerza mayor y riesgo imprevisible, cuya regulación ofrece también defectos notables».

Ahora bien, la identificación de estos supuestos, y las fórmulas de lograr el reequilibrio, presentan una diferente problemática. Hay que reconocer los límites de la revisión de precios, la reducción reciente del factum principis que sólo procede por ac-

---

[10] La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2019, rec. 1558/2016 estableció, frente al criterio de la sentencia recurrida, que en caso de riesgo imprevisible el reequilibrio económico sólo juega a favor del contratista. Así, afirma que «pues bien, al margen de las consecuencias jurídicas que de tal planteamiento podamos establecer, lo cierto es que la aplicación de la citada doctrina, del riesgo imprevisible, a la Administración, no resulta posible. Lo cierto es que —según la doctrina expresada— la ejecución del contrato será a riesgo y ventura del concesionario —sólo del concesionario, no de la Administración— en todas sus fases. Para la Administración no juega la necesidad del equilibrio económico financiero, y su derivado reequilibrio. La posibilidad de obtener una modificación del equilibrio económico-financiero del contrato, con su consiguiente reequilibrio, no juega —se insiste— en favor de la Administración, pues tal posibilidad resulta de aplicación, exclusivamente, en beneficio del concesionario». No obstante, la sentencia si admite la reducción de las tarifas del concesionario, incluso sin compensación, cuando por hechos posteriores a la formalización del contrato el concesionario obtiene un beneficio desproporcionado. Pero para ello la administración debe recurrir al ius variandi, ya que concurre un interés público que requiere mantener el equilibrio financiero de las prestaciones.

[11] Santamaría Pastor, J., op.cit. pág. 94 y 96.

tuación de la administración contratante o la relación limitada de supuestos de fuerza mayor. El ius variandi y el reequilibrio contractual sólo entra en juego en los casos de modificaciones contractuales llevadas a cabo por la administración contratante. El estudio de todos estos supuestos, con sus notas propias y sus requisitos, es sin duda de interés. Pero centraremos nuestra atención en lo que creemos es el problema actual más vivo, esto es, la alteración del equilibrio contractual por circunstancias sobrevenidas derivadas de la complejidad del momento económico vigente, más allá de la situación de la pandemia. Incremento de precios de materia primas, incrementos de costes salariales, reducción del consumo. Alteraciones sustanciales del contenido contractual que pueden calificarse de imprevisibles y que por ello deberían corregirse recurriendo a la teoría del riesgo imprevisible.

En efecto, el riesgo imprevisible puede alterar la relación contractual por hechos ajenos a la conducta de la administración. Por esta razón hay que plantearse si en estos casos la administración debe asumir la carga de restablecer el equilibrio económico del contrato o bien aplicar con todo rigor el principio del riesgo y ventura. Como es conocido fue el Consejo de Estado francés el que en su famoso Arrêt de 30 de marzo de 1916, al haberse producido un imprevisto incremento de los precios del carbón (Arrèt Gaz de Bordeaux), construyó la teoría del riesgo imprevisible reconociendo la obligación de la administración contratante de compensar al contratista indemnizándolo por el incremento del precio del carbón. Merece la pena reproducir el contenido del Arrêt, ya que el supuesto de hecho que dio lugar a su redacción puede compararse con la situación que vivimos en la actualidad:

> "Considerando que en principio el contrato de concesión regula definitivamente las obligaciones respectivas del concesionario y del concedente hasta su vencimiento; que el concesionario está obligado a realizar el servicio prestado en las condiciones especificadas en el contrato y es remunerado mediante el cobro de los impuestos allí estipulados a los usuarios; que la variación del precio de las materias primas debida a circunstancias económicas constituye un riesgo de mercado que puede, según los casos, ser favorable o desfavorable al concesionario y corre por su propia cuenta y riesgo, considerándose que cada parte ha tenido en cuenta este riesgo en los cálculos y previsiones que hacía antes de comprometerse;
>
> Pero considerando que, tras la ocupación por el enemigo de la mayor parte de las regiones productoras de carbón en la Europa continental, la dificultad cada vez más considerable del transporte por mar, debida tanto a la requisa de barcos como por el carácter y la duración de la guerra marítima, el aumento que se produjo durante la actual guerra en el precio del carbón, materia prima para la fabricación del gas, alcanzó tal proporción que no sólo tiene un carácter excepcional en el sentido habitualmente dado a este término, sino que provoca un aumento del coste de fabricación del gas que, en una medida que desafía todos los cálculos, supera ciertamente los límites extremos de los aumentos que podrían haber previsto las partes al firmar el contrato de concesión; que, como consecuencia de la combinación de circunstancias antes indicadas, la economía del contrato queda absolutamente perturbada. Que, por tanto, la empresa está justificada al sostener que no se le puede exigir que garantice únicamente las condiciones inicialmente previstas, el funcionamiento del servicio mientras dure la situación anormal mencionada anteriormente".

La conclusión es que el Ayuntamiento de Bordeaux debía indemnizar a la contratista con el fin de que pudiera continuar con la prestación del servicio.

El problema en nuestro derecho interno es que el riesgo imprevisible no está contemplado en la LCSP. Aparece una referencia al mismo en el artículo 205,2-b de la LCSP, cuando para justificar una modificación no prevista en los pliegos se hace referencia a «cuando la necesidad de modificar un contrato vigente se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, siempre y cuando se cumplan las tres condiciones siguientes…». Pero esta referencia al riesgo imprevisible no se vincula al derecho al reequilibrio económico.

También lo está en el artículo 109 de la Directiva 2014/24/UE:

> «Los poderes adjudicadores pueden encontrarse con circunstancias ajenas que no podían prever cuando adjudicaron la concesión, en particular si la ejecución del contrato se extiende durante un largo período de tiempo. En este caso, hace falta cierto grado de flexibilidad para adaptar el contrato a esas circunstancias sin necesidad de un nuevo procedimiento de contratación. El concepto de circunstancias imprevisibles hace referencia a aquellas circunstancias que no podrían haberse previsto aunque el poder adjudicador hubiera preparado con razonable diligencia la adjudicación inicial, teniendo en cuenta los medios a su disposición, la naturaleza y las características del proyecto concreto, las buenas prácticas en el ámbito de que se trate y la necesidad de garantizar una relación adecuada entre los recursos empleados en la preparación de la adjudicación y su valor previsible. Sin embargo, no puede aplicarse en los casos en que una modificación tiene como resultado una alteración de la naturaleza de la contratación global, por ejemplo si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios que se van a adquirir por otros diferentes o se modifica de manera fundamental el tipo de contratación, ya que, en una situación así, cabe suponer una hipotética influencia en el resultado».

No obstante los antecedentes, el RSCL, y lo dispuesto en la Directiva de 2014, lo cierto es que el legislador de 2017 no ha reconocido esta situación como causa justa para proteger al contratista ante desequilibrios debidos a hechos imprevisibles.

La figura del riesgo imprevisible es, por tanto, una figura de construcción jurisprudencial, también reconocida por el Consejo de Estado, Dictamen 93/2019 de 25 de febrero. Ante el silencio de la ley contractual la fuerza de los hechos, y la necesidad de poder dar respuesta a situaciones de graves alteraciones contractuales por hechos imprevistos, han obligado al legislador a permitir el reequilibrio en estas situaciones extraordinarias. Así, el Real Decreto ley 8/2020 reguló en su artículo 34 los reequilibrios contractuales por la incidencia de la Covid 19 en la vida de los contratos, y el Real Decreto ley 3/2022 también permitió el reequilibrio de los contratos de obras por el incremento imprevisto y extraordinario de determinados precios. La interpretación de estos dos Real Decretos leyes plantea muchos problemas sobre los que no nos vamos a ocupar. Pero quede constancia de cómo el Gobierno fue consciente de que debía dar entrada a la teoría del riesgo imprevisible, aunque de forma excepcional y limitada. Limitación que se ha acrecentado con la interpretación estricta de los preceptos citados por la jurisprudencia.

Como hemos dicho, el principio del riesgo imprevisible es en nuestro país de construcción jurisprudencial, por tanto, vinculado en su aplicación al casuismo propio de la jurisprudencia. Como ejemplo de sentencias que han construido el prin-

cipio de forma general puede citarse la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2009, rec. 763/2007 en la que se dice:

> «de igual modo resulta necesario recordar la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre la doctrina del riesgo imprevisible de 27 de diciembre de 1990, en cuyo F.J.4º EDJ 1990/12066 se decía: "Es cierto que, tanto la doctrina del 'factum' principis, como la de la 'alteración de las circunstancias' —el tradicional *rebus sic stantibus*— y la del 'riesgo imprevisible'-grundgeschaft" pueden justificar la alteración unilateral de los términos del contrato en función de "circunstancias sobrevenidas" como 5 excepción admitida al principio fundamental contractus lex, cuando se trata del contrato administrativo de obras han sido objeto de una regulación legal específica, a través de la figura jurídica de la "revisión de precios" encontrándose su regulación vigente, integrada básicamente, por el Decreto-ley 2/1964, de 4 de febrero , y sus disposiciones reglamentarias - Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1983. Pero, también es cierto que, cuando dicha figura de la "revisión de precios" deviene ineficaz, por concurrir otros hechos que escapan a las previsiones normativas establecidas al efecto, produciendo con ello en la relación jurídico-contractual que vincula a las partes, un desequilibrio económico de tal entidad y naturaleza que, el cumplimiento por el contratista de sus obligaciones derivadas de ella, sea excesivamente oneroso para él mismo, el cual razonablemente no pudo precaver incluso empleando una diligencia fuera de lo normal en este tipo de contrataciones; entonces y en este último supuesto ha de acudirse a la aplicación de la doctrina de "riesgo razonablemente imprevisible" como medio extraordinario, como extraordinarias son sus causas, para establecer el equilibrio económico del contrato. Es decir, para que sea aplicable dicha doctrina a fin de producir los efectos pretendidos, como fórmula compensatoria de perjuicios experimentados por el contratista en cuanto no hayan sido cubiertos a través de la figura jurídica de la "revisión de precios" es menester que las circunstancias concurrentes desencadenantes del desequilibrio contractual, además de ser imprevisibles, sean producidas sin culpa en los contratantes».

La jurisprudencia ciertamente reconoce en abstracto que pueden concurrir circunstancias imprevisibles que alteren el equilibrio económico y que pueden justificar el derecho del contratista al reequilibrio. Pero cuando se trata de aplicar este principio al caso concreto la jurisprudencia se muestra muy restrictiva[12]. Veamos sus manifestaciones.

a) El concepto de riesgo imprevisible se configura como un concepto jurídico indeterminado cuya aplicación depende del caso concreto. En términos generales se define este concepto como la alteración extraordinaria e imprevisible de las circunstancias en el momento de ejecutar el contrato respecto a las que se tuvieron en cuante cuando se elaboró. Lo que sea «extraordinario» e «imprevisible» depende del juicio del caso concreto.

b) En caso de riesgo imprevisible la recuperación el equilibrio no debe atender a lo pactado, sino a la compensación necesaria para que el contratista pueda seguir llevando adelante la ejecución del contrato. Se compensa si hay peligro de inejecución o mala ejecución. Diversos son los supuestos en los que la ruptura del equilibrio se debe a la actuación de la administración, ius variandi o factum principis. En estos casos si que debe reequilibrarse según el contenido inicial del contrato[13].

---

[12] Sobre los requisitos del riesgo imprevisible puede verse Cano Campos,T. op.cit. págs.116-119.

[13] En este sentido Santamaría Pastor, op.cit. pág. 97: «creemos que no sería impertinente que la legislación general sentara algún principio acerca del alcance de la contribución que las Administracio-

c) La ruptura del equilibrio económico requiere la alteración sobrevenida de circunstancias de tal índole que quiebra el equilibrio económico financiero contractual por su excesiva onerosidad, por su imposible compensación mediante la revisión de precios cuando está pactada y por suponer la frustración completa de presupuestos contractuales. La jurisprudencia entiende que la reducción de los beneficios no comporta una excesiva onerosidad, por lo que requiere que la equivalencia de prestaciones quede sustancialmente alterada.

Junto a esta doctrina restrictiva deben tenerse en cuenta otras cuestiones conflictivas que pueden aparecer en el momento de producirse el desequilibrio, y que nos limitamos a apuntar. Así, para determinar que se ha producido el desequilibrio de la concesión: ¿ debe esperarse al final de la concesión?. ¿Puede pedirse el reequilibrio cuando la ruptura se produce ente el momento de la adjudicación y el de la formalización? ¿Puede pedirse el reequilibrio durante la ejecución en régimen de prórroga forzosa?.

4. LA RECUPERACIÓN DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO. ¿CÓMO PUEDE RECUPERARSE?.

El tema que estamos examinando plantea de hecho tres cuestiones sucesivas. En primer lugar, hay que justificar que el principio de riesgo y ventura no es absoluto y que en la contratación pública prima el fin del contrato. En segundo lugar deberá demostrarse que en virtud del riesgo imprevisible (o de alguna de las otras causas que hemos apuntado pero no tratado en este trabajo) se ha producido una ruptura del equilibrio económico contractual que requiere la recuperación del equilibrio (cuestión tratada en el apartado anterior). En tercer lugar, deberá determinarse cómo se lleva a cabo la recuperación del equilibrio.

En términos generales, para determinar cómo puede llevarse a cabo la recuperación del equilibrio, creemos que puede plantearse en primer lugar si cabe hacer frente al incremento excepcional de los costes de ejecución modificando sin más el precio del contrato mediante el ejercicio del ius variandi, es decir, recurriendo al artículo 205,2-b de la LCSP para restablecer el equilibrio económico. En segundo lugar, cabe plantear si el reequilibrio puede lograrse aplicando la teoría del riesgo imprevisible y exigiendo, en base a esta circunstancia, una compensación.

La posibilidad de acudir al ius variandi, aplicando el artículo 205,2-b de la LCSP, con el fin de modificar exclusivamente el precio del contrato, ha sido objeto de interpretaciones encontradas, unas a favor de utilizar el citado artículo para recuperar el equilibrio económico y otras contrarias. Me remito al trabajo de Cano Campos,

---

nes deberían afrontar en estos casos críticos- riesgo imprevisible- ; alcance que, a mi juicio, en ningún caso podría ni debería regirse por la regla de la indemnización integral, sino limitarse a asegurar que la obra o servicio se realicen o se sigan desempeñando correctamente, porque así lo exige el interés público, por razones elementales. No se trata, desde luego, de mantener intacto el beneficio empresarial previsto en su plan de negocio por los contratistas afectados por la crisis, sino solo de garantizar la finalización de la obra o la continuidad del servicio».

T.[14] en el que se exponen brillantemente las dos tesis y se defiende la favorable a recurrir al artículo 205,2-b.

La otra posibilidad, como hemos apuntado, es recurrir a la teoría del riesgo imprevisible y exigir una compensación. Una compensación que podrá llevarse a cabo por medios distintos, como puede ser un incremento de las tarifas con las que se remunera al concesionario, una aportación económica del contratista, una reducción de las prestaciones o la prórroga del plazo. La opción por cualquiera de estos medios dependerá del caso concreto, de la situación económica de la administración contratante, de los efectos del incremento de tarifas sobre el abono de las mismas, del plazo contractual y de la posible o no reducción de prestaciones.

Pero más allá de estas cuestiones el verdadero problema es la determinación de qué debe compensarse y cómo se cuantifica. Como ya hemos apuntado, en el caso del riesgo imprevisible la jurisprudencia entiende que no se debe atender a lo pactado para reequilibrar el contrato, sino que debe otorgarse la compensación necesaria para poder seguir llevando adelante la ejecución del contrato. De este modo tenemos el argumento jurídico para determinar qué debe compensarse. Pero en términos económicos ¿qué es lo necesario para poder seguir ejecutando el contrato y cómo se cuantifica esta compensación? La administración contratante y el contratista fijarán cantidades diversas, y los tribunales deberán recurrir a peritajes externos o propios para poder decidir sobre un tema ajeno a su formación.

Lo cierto es que como ha dicho Santamaría Pastor[15] «nadie, absolutamente nadie, sabe a ciencia cierta cómo se reequilibra una concesión en términos financieros y matemáticamente rigurosos».

Llegados a este punto, sugerimos que si existe acuerdo sobre la existencia de riesgo imprevisible y la necesidad de compensar para garantizar la continuidad de la prestación, o bien el juez o tribunal que conoce del caso llega al convencimiento de que se dan estos dos requisitos, pero no existe acuerdo sobre el alcance y cuantificación de la compensación o el conflicto queda centrado en esta cuestión, el juez o tribunal debería acudir a la mediación intrajudicial para resolver la cuestión. Nuestra propuesta se debe al hecho de que si bien, la determinación de si existe o no riesgo imprevisible y el deber de compensar, son cuestiones que deben resolverse a partir de criterios jurídicos, la resolución del conflicto sobre el alcance y cuantificación de la compensación requiere conocimientos empresariales y económicos ajenos, como he dicho, a la formación judicial. Por ello en este caso el recurso a la mediación intrajudicial puede tener especial utilidad. Como dice el artículo 77 de la ley jurisdiccional «En los procedimientos en primera o única instancia, el Juez o Tribunal, de oficio o a solicitud de parte, una vez formuladas la demanda y la contestación, podrá someter a la consideración de las partes el reconocimiento de hechos o documentos, así como la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, cuando el juicio

[14] Cano Campo,T. op.cit.pág. 97.
[15] Santamaría Pastor, J. op. cit. pág. 97

se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad. Los representantes de las Administraciones públicas demandadas necesitarán la autorización oportuna para llevar a efecto la transacción, con arreglo a las normas que regulan la disposición de la acción por parte de los mismos».

En nuestro caso se trataría de llegar a un acuerdo sobre cuestión de cantidad, el alcance de la compensación.

Ciertamente podría llevarse la mediación a la fase administrativa, tratando de alcanzarse el acuerdo dentro del procedimiento que debe dar respuesta a la petición de compensación. Pero creo que es difícil que la administración acepte esta mediación. En cambio, si es posible que lo haga en sede judicial si el juez o el tribunal le invita a aceptar la mediación. Además, en sede judicial lo que se acuerde será convertido en sentencia por el órgano judicial, y se evitará que pueda ser cuestionado el acuerdo con el riesgo de llevar el tema al Tribunal de Cuentas. La imposición de esta práctica evitaría largos procesos judiciales, que podrían no dar satisfacción a ninguna de las partes, y daría cierta seguridad al concesionario de poder verse compensado en caso de riesgo imprevisible.

5. CONCLUSIÓN.

De acuerdo con lo expuesto creemos que puede concluirse que la problemática propia de la ejecución de los contratos concesionales no está jurídicamente bien resuelta. Está mal regulada y mal interpretada la normativa aplicable. Y ello es grave ya que como se ha dicho recientemente en el momento presente coincide el incremento extraordinario de los costes de ejecución de los contratos concesionales con el ocaso de las técnicas del reequilibrio económico[16]. En esta situación los contratos pueden ejecutarse defectuosamente y los potenciales contratistas pueden incrementar los costes o renunciar a concursar, como ha denunciado la OIRESCON.

Hay que hacer una llamada a la necesaria reforma normativa y a una jurisprudencia más acorde con la naturaleza y finalidad del contrato público y la figura del contratista colaborador.

Alguna jurisprudencia reciente, aunque menor, parece abrir nuevas vías interpretativas. Así las sentencias del Juzgado contencioso administrativo número 1 de Vigo de 30 de enero de 2024, y la del Juzgado contencioso administrativo de Santander de 2 de abril de 2024[17]. El derecho comparado también ofrece ejemplos de interés por

---

[16] Cano Campos, T. Los costes extraordinarios de ejecución de los contratos públicos y el ocaso de las técnicas del reequilibrio económico. Texto de la intervención en el Congreso Retos de la contratación pública y el Derecho de la competencia, organizado por la Universidad Rey Juan Carlos y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y celebrado en la sede de esta los días 18 y 19 de abril de 2024, en prensa.

[17] Tomo las citas de estas sentencias del trabajo citado en la nota anterior. En el mismo sentido de las sentencias citadas puede mencionarse el reciente Informe de la Junta Consultiva de Contratación

dónde se podría avanzar en nuestro país[18]. Así, en Francia, el *Code de la Commande publique*, reconoce expresamente el derecho subjetivo a la compensación por riesgo imprevisible y lo diferencia claramente del *ius variandi*. En Italia, el Decreto legislativo 36/2023, de 31 de marzo, por el que se aprueba el *Codice dei Contratti Pubblici*, también contempla expresamente ambas figuras y reconoce expresamente el derecho subjetivo del contratista a la renegociación del precio del contrato cuando sobreviene un riesgo imprevisible que rompe el equilibrio originario del contrato. Algún autor ha propuesto ampliar la libertad de pactos y asignación de riesgos de acuerdo con el artículo 34,1 de la LCSP[19].

En todo caso, hay que atender a las reiteradas llamadas de los concesionarios, en el sentido de reformar el marco normativo actual y la jurisprudencia que lo aplica, para poder seguir contando con sus aportaciones necesarias para el logro de fines de interés general.

de Andalucía «Informe 6/2024, de 14 de marzo, sobre la aplicabilidad de la doctrina del riesgo imprevisible, enlazada a la del "rebus sic stantibus", para restablecer el equilibrio económico de contratos de servicios intensivos en mano de obra, como consecuencia del incremento sobrevenido de las condiciones salariales de los trabajadores por causa del cambio en el convenio colectivo aplicable durante la ejecución del contrato público», en el que el órgano consultivo lleva a cabo una interpretación amplia de la teoría del riesgo imprevisible y defiende su aplicación por el incremento de los costes salariales.

[18] Tomo también estas referencias del mismo trabajo de Cano Campos, T. citado en la nota 18.

[19] Fernández Farreres,G. op.cit. pág. 82.

ESTUDIOS III:
MOVILIDAD Y COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

Cuadernos de Derecho Regulatorio
Vol. 2 | 2024
Estudios III: Movilidad y Colaboración Público-Privada. pp. 255–271
Madrid, 2024
DOI: 10.37417/cudere/vol_2_2024_3003
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
© Xavier Bach Coma
© Marc Tarrés Vives
ISSN: 3020-6162

ELEMENTOS Y MODELOS DE REGULACIÓN DE LA MICROMOVILIDAD COMPARTIDA. UN APRENDIZAJE EN CAMINO HACIA LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA*

Xavier Bach Coma
Investigador. Institut Metròpoli

Marc Tarrés Vives
Profesor titular de Derecho Administrativo. Universitat de Barcelona.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. EXPERIENCIAS MÁS ALLÁ DE LA *LEY DE MOVILIDAD SOSTENIBLE*.— 2. LA REGULACIÓN: EL EQUILIBRIO PARA GOBERNAR LA MICROMOVILIDAD COMPARTIDA: 2.1 Los operadores privados. Aportando innovación y servicio; 2.2 Las administraciones locales. Velando por el espacio público; 2.3 Elementos sujetos a colaboración público-privada.— 3. CARACTERÍSTICAS Y RIESGOS DE LOS MODELOS DE REGULACIÓN IMPLANTADOS: 3.1 Modelo Barcelona: número de vehículos limitado, número de operadores ilimitado; 3.2 Modelo París: una regulación basada en *numerus clausus*; 3.3 Modelo Berlín: una *laissez faire policy*; 3.4 Modelo Barcelona metropolitana: un sorteo flexible.— 4. CONCLUSIONES. LA NECESIDAD DE UN MARCO NORMATIVO COMÚN.— 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN. EXPERIENCIAS MÁS ALLÁ DE LA *LEY DE MOVILIDAD SOSTENIBLE*

Las plataformas digitales se están convirtiendo progresivamente en los nuevos gestores públicos de los servicios de movilidad (Tarrés, 2021b). Una fracción importante de los servicios que se pueden reservar a través de estas plataformas, y cada vez más importante, son los servicios de movilidad compartida, definidos como «servicios consistentes en la puesta a disposición de las personas usuarias de vehículos para su alquiler sin el conductor o la conductora por periodos de tiempo normalmente cortos» (Proyecto de Ley de Movilidad Sostenible, 2024). Dentro de la movilidad

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto «Nuevas Regulaciones en el Transporte Urbano de Personas y Mercancías en un Entorno Digital – NURETU» (PID2023-149612OB-100), concedido por la Agencia Estatal de Investigación.

compartida, el segmento más utilizado en desplazamientos urbanos es la micromovilidad eléctrica (*powered micromobility*), que se caracteriza por estar parcial o totalmente electrificada, pesar menos de 227 kg y tener una velocidad limitada de 48 km/h (SAE International, 2019). Así, los servicios que cumplen estas definiciones en las ciudades españolas son servicios de patinetes eléctricos compartidos (*e-scooter sharing services*), bicicletas eléctricas compartidas (*bikesharing services*) o ciclomotores eléctricos compartidos (*moped-style scooter sharing services*).

Durante la década de los 2000, de la mano del sector público, en Europa aparecieron los primeros servicios de bicicleta pública compartida en estaciones (*docked services*), y rápidamente se expandieron por Norteamérica (Parkes et al., 2013; Shaheen et al., 2010). A partir del 2016, en dos ciudades chinas nacieron los servicios de bicicleta sin estación (*free-floating*), gracias al impulso del sector privado y su facilidad de financiación con fondos de capital riesgo (*venture capital)* (Chen et al., 2020; Ghosh & Zhao, 2019). Este modelo se expandió rápidamente por todo el mundo, donde además se complementaron con otros servicios de micromovilidad electrificada (patinetes y ciclomotores) (Fishman & Allan, 2019; Galatoulas et al., 2020).

Numerosas investigaciones han analizado como la micromovilidad compartida puede lograr las *community goals* (Litman, 2021), pero todavía no se ha abordado con suficiente profundidad cuáles son las regulaciones que mejor permiten el cumplimiento de estos objetivos. Ante esta carencia, las ciudades españolas (y europeas) están aplicando regulaciones muy diversas (Bach Coma et al., 2023), que generalmente buscan limitar el número de vehículos en la calzada para preservar el preciado y disputado espacio público. La regulación puede materializarse en forma de licencia o de autorización, y se puede otorgar mediante un sorteo, por criterios de puntuación o de forma equitativa entre todos los solicitantes. Existen ciudades, que incluso no se han planteado una regulación estricta y han dejado que fuera el mercado quien posibilitara la libre competencia entre empresas. Otras ciudades, directamente han prohibido el desarrollo de la actividad económica de estas empresas. París, por ejemplo, celebró una consulta para que fueran los ciudadanos quienes decidieran mantener o no el servicio de patinetes eléctricos compartidos. El resultado fue rotundo: un 89 por 100 de los votos fueron contrarios a los patinetes, acabando así con más de cuatro años de servicio en la ciudad del Sena (Bach Coma, 2023).

Los operadores, por su parte, a estas alturas han entendido que el periodo de no regulación (*laissez faire*) ya ha vencido, y también están adoptando diferentes posiciones que pasan por defender modelos regulatorios favorables. Además, su voz es cada vez más influyente en las decisiones que toman las instituciones públicas (Huré, 2022). Los organismos garantes de la competencia también se han pronunciado, por ejemplo la Autoridad Catalana de la Competencia (ACCO) ha recordado que cualquier regulación tiene que garantizar la libre concurrencia (ACCO, 2021). Ante tanta confusión, la armonización de regulaciones y la existencia de un marco normativo claro que ofrezca seguridad jurídica es una demanda tanto de los ayuntamientos —que se encuentran con dificultades para confeccionar una buena regulación—, como por parte de los operadores privados, —que tienen que adaptarse a la regulación de

cada nueva ciudad en la que quieren ofrecer el servicio—. Han pasado casi diez años que estos *gadgets* forman parte del paisaje urbano de nuestras ciudades, y todavía hoy estamos en un período de aprendizaje.

El objetivo de este artículo es ofrecer una visión de los principales modelos de regulación de los servicios de micromovilidad compartida *free-floating* que han existido (y existen) en las ciudades españolas (y algunas europeas) en la última década, y describir sus principales características, así como los riesgos que ha comportado para el desarrollo del servicio. Como no existe, por el momento, ninguna ley estatal que establezca un marco regulador, y que permita a los entes locales regular los servicios de micromovilidad compartida con seguridad jurídica, como sí que sucede en Francia (Tarrés, 2021ª) tras la aprobación de la LOM (LOI nº 2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités, 2019a), este artículo pretende razonar los beneficios y problemáticas de cada modelo, y ser una contribución que permita a los *policy makers* de las zonas urbanas orientar mejor sus futuras regulaciones.

Ni siquiera la futura *Ley de Movilidad Sostenible*, en tramitación parlamentaria desde febrero de 2024, parece que vaya a ejercer ese rol, más ocupada en otras cuestiones y que dejan las preocupaciones inmediatas de los ayuntamientos a su libre regulación. No solo esto, sino que, además, la Ley todavía quiere otorgar más responsabilidades a los entes locales, puesto que reconoce que la provisión y planificación de servicios de transporte de viajeros y servicios deberá avanzar hacia un enfoque más ambicioso que el escenario actual («*apostando por políticas públicas que integren los servicios tradicionales de transporte público, por carretera y ferrocarril, con los nuevos servicios de movilidad*», o «*apostando por la intermodalidad y por la posibilidad de gestionar de manera integrada servicios e infraestructuras de transporte»)*. Así, el proyecto de Ley pide a las administraciones extender y mejorar los sistemas públicos y privados de alquiler de bicicletas y otros vehículos de movilidad personal o compartida, incorporándolos a barrios periurbanos y otros nodos como los intercambiadores de transporte interurbano. En concreto pide que las administraciones establezcan medidas de apoyo y subvenciones, favoreciendo la armonización e interoperabilidad de los sistemas y sus tarjetas y títulos de uso para orientarse a un carácter intermodal o integrado. Las ideas pueden ir en la buena dirección, pero la Ley no da herramientas concretas en cómo debería materializarse a nivel regulatorio. Este artículo pretende ahondar sobre estas lagunas.

2. LA REGULACIÓN: EL EQUILIBRIO PARA GOBERNAR LA MICROMOVILIDAD COMPARTIDA

Desde el principio, muchos de estos servicios irrumpieron en el entorno urbano sin haber establecido previamente una comunicación con las autoridades locales. Frente a la novedad inicial, la ciudadanía, la opinión pública y los responsables políticos observaron algunas de las numerosas externalidades negativas (abuso del espacio público, siniestralidad, abandono de vehículos, etc.), que hicieron incuestionable la

necesidad de una intervención pública mediante nuevas regulaciones que especialmente atendieran a un uso ordenado del dominio público. Esa *anarquía* debía ordenarse mediante los clásicos instrumentos de intervención administrativa para el uso común especial del dominio público municipal. Es decir, abriendo a la colaboración privada un nuevo mercado al que acceder mediante la licitación pública.

Así, los ayuntamientos ya disponían de herramientas legales para regular o intervenir administrativamente sobre estas actividades. No obstante, el principal reto, y el menos visible, era que esta regulación permitiese el equilibrio justo entre operadores privados, administraciones locales y personas usuarias, con intereses a menudo antagónicos (Tabla 1)

Tabla 1. Intereses perseguidos por cada actor que interviene en la actividad de la micromovilidad compartida

Operadores privados	Administraciones locales	Personas usuarias
Viabilidad económica Aceptación social	Coste-beneficio razonable Eficiencia en el uso del espacio público Justicia social Equidad territorial Sostenibilidad ambiental Seguridad vial Jurídicamente fácil de implantar	Servicio de calidad Precio asequible

Fuente: Elaboración propia

Los operadores privados, como cualquier empresa mercantil, persiguen el principio de maximizar sus beneficios, o como mínimo, asegurarse su viabilidad económica. Preservar la imagen corporativa y asegurarse una buena aceptación social también formaría parte de sus intereses. Al final, campañas como las que sucedieron en Barcelona, donde se «confiscaron» y «sortearon» bicicletas compartidas, denunciando el uso del espacio público de estos vehículos privados (Congostrina, 2018), podían suponer pérdidas importantes, por tener que reemplazar vehículos vandalizados por los «activistas».

Las administraciones locales, por su parte, deben velar por minimizar las externalidades del servicio, y encontrar un coste-beneficio razonable. A su vez, por la limitación de recursos técnicos de su plantilla, intentará una regulación que jurídicamente sea fácil de aplicar y no requiera de excesivos recursos. No obstante, para establecer una regulación eficiente y favorecedora de la competencia, esta debe basarse en los principios de necesidad y proporcionalidad, de mínima distorsión (justificación de los instrumentos utilizados), de eficacia, de transparencia y de predictibilidad (ACCO, 2021). El principio de necesidad conlleva una justificación por alguna ra-

zón imperiosa de interés general o un fallo de mercado y basarse en una identificación clara de los fines perseguidos. El principio de proporcionalidad significa que es la iniciativa más adecuada y que no existen otras alternativas menos restrictivas o distorsionantes para la actividad económica (García Pereda et al., 2024).

Por último, no se debe olvidar que, si se quiere que el servicio se desarrolle, las personas usuarias deben encontrar la utilidad a este medio transporte. Ellas serán exigentes en cuestiones como la calidad del servicio y al precio. Una buena regulación deberá posibilitar estos principios. Los pliegos deberían ponderar el precio ofertado al usuario, para garantizar que este sale beneficiado (García Pereda et al., 2024).

2.1. Los operadores privados. Aportando innovación y servicio

La mayoría de los operadores de micromovilidad compartida de servicios *free-floating* son empresas de reciente creación y nacieron en la categoría de empresa emergente (o *startup*, si se utiliza el término anglosajón). Su fórmula más habitual de financiación ha sido a través de los fondos de capital riesgo (*venture capital*); un tipo de fondo de capital privado focalizado precisamente en las empresas que están en su etapa inicial y con un potencial de crecimiento elevado (Mazzucato, 2014, p. 107). No obstante, en 2024 muchas de ellas han pasado ya a una etapa de madurez.

El carácter innovador, incluso disruptivo, inherente a la mayoría de los operadores es prácticamente incuestionable. La tecnología les permite controlar a distancia la velocidad de circulación o identificar cuando un patinete está en desuso. Pero el mérito real de los operadores de micromovilidad compartida no es haber creado esta tecnología, sino haber sido capaz de integrar distintos avances tecnológicos en un único vehículo o servicio, del mismo modo que *Apple* fue capaz de integrar las innovaciones del momento en su *iPhone* o *iPad* (Mazzucato, 2014, p. 164). En el caso particular de la micromovilidad compartida, las tecnologías que han permitido su creación son la micro y nano electrónica, los semiconductores, la fotónica, la cuántica, el Internet de las Cosas, los sensores, las baterías de iones de litio, las energías limpias, la nube, el *blockchain*, la conectividad, el GPS, el teléfono inteligente, el *Big Data*, la inteligencia artificial, la ciberseguridad o la *Insurtech* (Horace Dediu, 2021; Unitat d'Estratègia i Intel·ligència Competitiva d'ACCIÓ, 2022; Weiss *et al*., 2015).

Pero ante la fascinación de la tecnología, los gobernantes no deben dejar de preguntarse si estos operadores son los «*faux-semblants de la mobilité durable»,* en palabras de Reigner & Brenac (2021), es decir, si el fin de la tecnología es para servir a los principios de movilidad sostenible, o para vestir mejor su *greenwashing*, y si realmente aportan innovación, o simplemente son una palanca del «capitalismo urbano». Además, la financiación mediante *venture capital* y la búsqueda de escalabilidad, ha facilitado que a menudo algunas de estas empresas sigan la estrategia del *winner takes all* (Mangeart, 2023), donde una empresa intenta apoderarse de todo el mercado, con formas agresivas (caso de Uber en algunas ciudades), pudiendo propiciar una situación monopolística u oligopolista. Hoy en día ya son empresas multiciudad

(operan en muchas ciudades), multiservicio (operan o cooperan para ofrecer distintos servicios —*ridehailing*, bici compartida, patinete compartido, etc.—) y transnacionales (su modelo de negocio es global y son competitivas porque se aprovechan de las economías de escala).

2.2 Las administraciones locales. Velando por el espacio público

El actual contexto de crisis climática, cuestionamiento de los materiales fósiles-energéticos y persistencia de bajos niveles de calidad del aire en zonas urbanas, obliga a las ciudades a repensar su presente y futuro más inmediato. Parte de la solución a estos desafíos pasa por avanzar en la descarbonización de la movilidad, apostar por modelos urbanos que favorezcan los desplazamientos de proximidad e iniciativas que permitan la transición hacia formas de movilidad más sostenibles y saludables. Si los operadores no son capaces de justificar la alineación de sus servicios a estos retos, difícilmente se justificarán y podrán fructificar sus modelos de negocios.

Además, cada ciudad no está «sola» ante la negociación con los operadores que quieren brindar sus servicios en su espacio público. Las ciudades «hablan entre ellas», a través de distintos *foros* donde pueden compartir sus desafíos y los mecanismos para resolverlos. A escala europea, existe, por ejemplo, la red *POLIS*, de cooperación para soluciones innovadoras en el ámbito del transporte y la movilidad. A nivel global, algunos de los logros son la constitución de la *United Cities and Local Governments* o la institucionalización de la *World Assembly of Local and Regional Governments*, con un carácter más bien simbólico (Galceran-Vercher, 2022). Sin embargo, las alianzas que las ciudades han ido forjando con otros actores de la escena internacional, están adquiriendo una visibilidad significativa y muestran un potencial considerable para movilizar recursos y generar cambios (Fernández de Losada, 2022). Los operadores no deben menospreciar su poder e influencia, porque, además, están atentas a lo qué sucede en otras capitales, y especialmente en las más grandes. La prohibición de los servicios de patinete compartido en París desencadenó que meses más tarde, también siguieran ese camino Barcelona y Madrid.

La condición de los vehículos eléctricos, con muchas externalidades negativas que los vehículos de combustión (menos emisiones de CO_2, menos ruido, menos emisiones de micropartículas perjudiciales para la calidad del aire, etc.) es una baza ganada por los operadores.

La otra principal reclamación de las administraciones es la preservación del espacio público. De hecho, el objetivo final de las aproximaciones regulatorias a las actividades de alquiler temporal de vehículos es regular el uso del espacio público que hacen estos operadores (García Pereda *et al.*, 2024). Un espacio no solo físico, si no también simbólico y político (Velásquez, 2015). Un espacio muy tensionado, donde se desarrolla la vida urbana y en el que deben convivir los distintos modos de transporte. Un espacio tradicionalmente apropiado por el vehículo privado motorizado (circulando y aparcando), y que actualmente está en pleno debate en su redistribu-

ción. Las ciudades están ganando más espacio para el peatón y la bicicleta, y están reduciendo el aparcamiento de motos en la calzada y acera. La eficiencia en el uso del espacio público es un valor importante al que hay que atender en el momento de otorgar licencias a los operadores de micromovilidad compartida.

2.3. Elementos sujetos a colaboración público-privada

La colaboración público-privada (CPP) podría definirse, a grandes rasgos, como una colaboración entre organizaciones públicas y privadas, en las que los asociados comparten información, recursos o capacidades para conseguir unos resultados que cada una de ellas no podrían alcanzar por sí mismas (Crispeels et al., 2018). La CPP es uno de aquellos conceptos inconcretos en los que cabe encajar múltiples figuras jurídicas y formas de actuación administrativa. En definitiva, a menudo, se entiende simplemente como la *política* o la actitud de fomentar el *diálogo* y la *cooperación continuada* con la sociedad civil (con las organizaciones sociales y las empresas) a la hora de afrontar la gestión de los asuntos públicos (Dorrego, 2024). En el caso de los servicios de micromovilidad compartida, existen numerosos elementos que justifican la necesaria sinergia entre el sector público y el privado —una relación jurídica a largo plazo— para el buen desarrollo y la gestión del servicio (Tabla 2).

De entrada, es importante destacar que hay tres cuestiones en las que el sector privado necesita la sinergia del sector público (seguridad vial y seguridad frente al vandalismo, *Mobility as a Service* y aparcamiento) mientras que hay otras tres cuestiones en las que es el sector público quien necesita de la sinergia del sector privado (gestión de los datos, equidad social y área de operación). En efecto, tanto la figura de un estado emprendedor (Mazzucato, 2014) como la colaboración público-privada a través de una regulación como la sostenibilidad ambiental, llevan a una situación de *win-win*, en la que los operadores privados pueden preservar su sostenibilidad económica y las administraciones públicas tienen la capacidad de decidir las características de prestación del servicio que garanticen su interés público. A continuación, se profundiza más sobre cada uno de los elementos sujetos a regulación.

Tabla 2. Principales sinergias entre sectores, y elementos sujetos a colaboración público-privada de la micromovilidad compartida

Sector público exige al sector privado	Sector privado necesita del sector público	Win-win
Área de operación Equidad social Gestión de los datos	Seguridad vial y seguridad frente al vandalismo *Mobility as a Service* Aparcamiento	Estado emprendedor Sostenibilidad ambiental Regulación

Fuente: Elaboración propia

a) Área de operación. En la definición de un área de operación también es la administración quien debe definirla al operador privado, y debería hacerlo atendiendo

a criterios de equidad territorial. Cuando los operadores ofrecen el servicio asumiendo únicamente criterios — intereses— propios, las zonas más periféricas de la ciudad quedan excluidas del servicio, como se ha visto en Barcelona (Bach Coma *et al.*, 2023) o en otras siete ciudades españolas (Arias-Molinares *et al.*, 2021). También podrán definirse *no-parking zones* (Moran et al., 2020), zonas de estacionamiento prohibido en el interior de cada área de operación por tratarse de ámbitos con escaso aparcamiento. Incluso, y para el caso de los patinetes eléctricos compartidos, la tecnología permite definir *slow speed zones*, que son espacios que cuando son cruzados por un patinete, están programados para que reduzcan automáticamente su velocidad de circulación.

b) Equidad social. En las cuestiones de equidad social, también es la administración quien debe exigir al operador el cumplimiento de unos criterios mínimos. La preocupación por la equidad (justicia distributiva) se relaciona en cómo las instituciones y la legislación dan forma a las desigualdades sociales y económicas entre sus miembros (Pereira & Karner, 2021). Sin embargo, a menudo, incluso la administración tiene dificultades para cuantificar cuando una política pública asume criterios de equidad social. De hecho, una política que garantice la equidad social debería ser aquella que permita la accesibilidad a los servicios esenciales (educación, trabajo, salud, compras, ocio, etc.) a todos. Stanley & Lucas (2008) ya se cuestionan el modo en que el transporte público puede ofrecer esta equidad social, pero con más dificultades se ha recogido cómo puede ayudar a ella la micromovilidad compartida. En este sentido, es interesante el ejemplo del sistema de bicicleta pública *Tembici* de Bogotá, que pone a disposición 150 monocletas (un complemento que se acopla en la parte delantera de la silla de ruedas) para persones con discapacidad motora, y 150 bicis con cajón, unos vehículos de dos ruedas que permiten cargar hasta 100 kilogramos de peso (Alcaldía de Bogotá, 2022).

c) Cesión de datos. Una cuestión muy relevante, y clave, es la que se refiere a la gestión y cesión de datos. ITF (2023) plantea hasta cinco posibilidades de acuerdos público-privados para que las empresas privadas puedan comunicar los datos a las autoridades públicas: asociaciones de datos público-privados (1); asociaciones de datos público-ciudadanos (2); intercambio obligatorio de datos (3); nuevo modelo de intercambio de datos (4); y datos abiertos (5). Sea cual sea, los datos deben permitir a los planificadores y responsables públicos tomar decisiones informadas y también a los investigadores modelar los efectos de diversas políticas de transporte (D'Agostino et al., 2019). Una vez se consigue resolver las cuestiones de privacidad y se han anonimizado los datos de carácter personal, las administraciones deben poder trabajar con datos de calidad y precisión, y conocer dónde se concentran la mayoría de los desplazamientos, en qué franjas horarias o qué perfil de usuario utiliza estos servicios. Los datos privados deben contribuir a mejorar la sociedad y no deben entenderse como generadores de beneficios corporativos, sino como un recurso para generar servicios públicos de mayor calidad (Mazzucato, 2014).

d) Seguridad vial y seguridad frente al vandalismo. Los operadores no tienen capacidad ni están autorizados para controlar que los usuarios de sus vehículos circulen

de acuerdo con las normas de circulación. Tampoco pueden contratar vigilantes para que velen por la integridad de sus vehículos en la vía pública. Ante esta realidad, la solución pasa inevitablemente por la colaboración entre administraciones locales y operadores privados. Uno de los mecanismos más eficaces implica establecer canales directos entre la policía y los operadores para agilizar los trámites cada vez que se produce un acto vandálico (robos de casco o baterías, entre los más comunes). La identificación de problemáticas y conductas de riesgo más comunes por los usuarios de la moto eléctrica también puede facilitar campañas de seguridad vial más focalizadas, evitando siniestros futuros con estos medios. Además, en el caso de los patinetes eléctricos, la DGT ha creado una certificación que exige unos niveles mínimos de calidad y durabilidad de los vehículos (DGT, 2024). Las marcas que quieran que sus vehículos puedan circular a España a partir de 2027, deberán cumplir con unas características técnicas. Los operadores de patinetes compartido también deben ir adaptando su flota si quieren seguir operando en nuestro país.

e) Integración en una Mobility as a Service (MaaS). El Proyecto de Ley de Movilidad Sostenible (2024) marca la dirección: «*la digitalización y el avance tecnológico son una gran oportunidad para la transformación y la mejor conexión entre infraestructura, servicio y ciudadanos*». Por tanto, es crucial integrar los servicios de micromovilidad compartida en servicios MaaS. Se trata de canales digitales únicos, en que el usuario puede planificar, reservar y pagar las distintas modalidades de servicios de movilidad (Smith & Hensher, 2020), tanto los servicios de transporte público tradicionales (colectivos, pero también taxi o VTC) como los servicios de movilidad compartida más emergentes (Fioreze et al., 2019). El dilema de la regulación consiste en determinar qué grado de integración debe fomentarse. El primer nivel sería el de solamente *planning*, que incluye la disponibilidad de información en tiempo real de los distintos modos de transporte y la posibilidad de consultar y calcular itinerarios en plataformas digitales. El segundo nivel añade el *ticketing*, que permite la compra de billetes de transporte multi-operador. Un tercer nivel amplía con el *pricing*, que transforma un sistema tarifario según operador, a un abono de movilidad y mecanismos de compra personalizados. Finalmente, el último nivel *(fully integrated),* da la posibilidad de incluir incentivos económicos para promocionar la movilidad sostenible y los desplazamientos en hora valle, así como subsidios para colectivos específicos (jóvenes, trabajadores, colectivos vulnerables, etc.)

f) La competencia de aparcamiento es municipal (artículo 25.1g, Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local), y se pueden tomar distintas decisiones para incentivar o desincentivar el uso de estos servicios. Para empezar, el aparcamiento fuera de la vía pública es una opción rechazada por parte de los operadores. De hecho, la no continuidad de las estaciones de *Bicing eléctrico* dentro de los aparcamientos subterráneos es un indicio de que este modelo no resultó funcional. El otro debate se mueve en si los ayuntamientos deben marcar plazas exclusivas (y prioritarias) para estos operadores en la vía pública, o si bien estos deben compartir el espacio con el resto de los vehículos de uso privado. En Barcelona, donde las bicicletas *free-floating* comparten espacio con el resto de bicicletas privadas, se estima

que representan el 8 por 100 del parque en anclajes de la vía pública (Honey-Rosés et al., 2023).

g) El estado emprendedor es una expresión de éxito acuñada por Mariana Mazzucato, en su libro «*El estado emprendedor: Mitos del sector público frente al privado*», donde se subraya el papel estratégico de la inversión pública en procesos de innovación tecnológica, y la necesidad de construir colaboraciones público-privadas en las que se mantenga la salvaguarda del interés colectivo. En definitiva, la administración tiene interés en desarrollar tanto su industria más clásica (como podrían ser las factorías de motos), como su sector más innovador (la industria del vehículo eléctrico es estratégico). Precisamente, una de las cuestiones que podría haber decantado la balanza para dar el impulso metropolitano de la moto eléctrica compartida de Barcelona fue la sinergia que suponía la reindustrialización de las factorías de motos eléctricas tanto españolas como europeas. El Área Metropolitana de Barcelona (AMB) quiso destacar en su presentación del nuevo servicio en 2024, que de los nuevos operadores de moto eléctrica compartida, dos fabricaban sus vehículos en Cataluña, uno en Alemania y otro en Italia (AMB, 2024). Y la cuota china también estaba, con el quinto operador. Las dos empresas situadas en Cataluña se sirven de las fábricas de Silence, en Molins de Rei y Sant Boi de Llobregat (García, 2020). Un ejemplo, de manual, de cómo se ejerce el Estado Emprendedor en pleno siglo XXI. Es más, empresas como *Cooltra, Donkey Republic, Bolt* o *CityScoot* han recibido ocasionalmente apoyo financiero público para desarrollar su actividad estratégica e innovadora (Bach Coma, 2024).

h) Sostenibilidad ambiental. En una sociedad concienciada en las cuestiones ambientales, los operadores son también sensibles a estas cuestiones. Cobra importancia tanto la propia fabricación de los vehículos (porcentaje alto de componentes reciclables, vehículos ligeros con poco material, durabilidad de sus componentes), como la propia operativa (carga de la batería con energía renovable, optimización de la logística de redistribución para reducir desplazamientos con tarifación flexible que impulse a los usuarios redistribuir la flota), como también la gestión de residuos (compromiso de promover la reparación de vehículos antes que su sustitución por nuevos, poniendo el foco en la economía circular. En este sentido, estos criterios fueron objeto de valoración para seleccionar los operadores de patinetes compartido de Sevilla (Ayuntamiento de Sevilla, 2020).

3. CARACTERÍSTICAS Y RIESGOS DE LOS MODELOS DE REGULACIÓN IMPLANTADOS.

La CPP tiene siempre tres elementos consustanciales: (i) una relación, contractual o institucional, de largo plazo, (ii) la financiación del proyecto por el operador privado y (iii) una distribución de riesgos entre la entidad pública y el operador privado (Dorrego, 2024). En los próximos apartados se describen distintos modelos de relación contractual o institucional que han adoptado diferentes metrópolis europeas.

En la mayoría de los casos, los pagos no los realiza la propia entidad pública, si no que lo realizan los usuarios del servicio (*pago por uso*).

3.1. Modelo Barcelona: número de vehículos limitado, número de operadores ilimitado.

Este modelo se implantó inicialmente en la regulación de motos y bicicletas compartidas de Barcelona (Ajuntament de Barcelona, 2019), y no tiene referencias parecidas en otras ciudades europeas. La regulación restringe el número de vehículos con licencia (1 vehículo = 1 licencia) con la finalidad de garantizar una ocupación máxima del espacio público. Incluso, es más restrictiva en la zona central de la ciudad —lugar donde el espacio público es más frágil—, donde exige a los operadores que no concentren más del 50 por 100 de la flota. No obstante, la regulación no limita el número de operadores que pueden solicitar una licencia, porque se considera que no se puede limitar la libertad de una empresa a desarrollar su actividad económica.

Limitar el número de operadores puede restringir de forma desproporcionada la competencia, pues impide la entrada en el mercado de nuevas empresas y reduce los incentivos a competir de las ya existentes. Y no parce una restricción justificada por razones imperiosas de interés general (como sí lo están en ciertos casos las limitaciones sobre el número de vehículos, que impactan sobre las externalidades emitidas por estos) (García Pereda et al., 2024).

El resultado es que cuantos más operadores opten por tener licencias, menos vehículos por operador. Para evitar una situación monopolística, un mismo operador puede obtener un máximo de un tercio de las licencias totales, de modo que se favorece que como mínimo se presenten tres empresas. Las licencias son temporales e intransmisibles (no se pueden vender y especular con ellas) para evitar errores del pasado, como las licencias de taxi, de pisos turísticos, etc., y con una duración que acostumbra a ser de tres años (con una prórroga de un año más). Los operadores deberán satisfacer una tasa por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público municipal. En definitiva, la administración no paga al operador para qué realice esta actividad, puesto que no lo considera un servicio de transporte, sino que únicamente está regulando el uso que estos operadores hacen del espacio público.

Los principales riesgos derivados de una regulación de este tipo son tres: (i) número excesivo de operadores, (ii) aparición de operadores oportunistas y (iii) incumplimiento de la regulación. En el caso de Barcelona, llegaron a presentar solicitud de licencia hasta 28 empresas, aunque al final solo se otorgó licencias a 12 operadores, significando que cada operador se quedó con 630 licencias (esto en un momento en que ya había operadores en servicio, con más de 1.200 vehículos en la calle). Al obtener licencias sin tener que justificar ni experiencia previa, se presentaron *start-ups* sin solvencia ni bagaje, algunos incluso alquilaban vehículos a la empresa de la competencia. Incluso se llegaron a solicitar licencias para no dejar prosperar otros operadores más solventes del sector. Esto pudo suscitar una cierta picaresca consistente en

que hubiese operadores que tenían más vehículos en la calle que los que declaraban ante las administraciones, habiendo poca inspección por parte de estas últimas.

Curiosamente, después de cuatro años de servicio, en 2024 ya solo existían tres operadores en servicio. Aquellos que no habían sido capaces de conseguir un negocio viable, fueron desapareciendo progresivamente. Aun teniendo este procedente de atomización del mercado, en 2024, el ayuntamiento volvió a abrir una convocatoria para otorgar nuevas licencias de bicicletas compartida *free-floating*. No se modificó el reglamento, y se volvió a cometer el mismo error: se adjudicó provisionalmente licencias a siete empresas de bicicleta compartida (Ajuntament de Barcelona, 2024). Un hecho que demuestra, otra vez, la necesidad de dotar de más herramientas y conocimiento a las administraciones locales para regular el sector, sin perjudicar ni a usuarios ni a operadores.

3.2. Modelo París: una regulación basada en *numerus clausus*

El segundo modelo es vigente actualmente en distintas ciudades francesas, como en París (Ville de Paris, 2021), bajo el umbral de una ley nacional (LOI n° 2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités, 2019b), pero también se ha implantado a Ámsterdam con una prueba piloto de dos años (Gemeente Amsterdam, 2022). Igual que en el modelo anterior, se limita el número de vehículos máximos con licencia, con la finalidad de preservar el espacio público. No obstante, en este caso también se limita el número de operadores (*numerus clausus*) basándose en unos criterios técnicos, que acaba garantizando un buen nivel de servicio para los usuarios y una viabilidad económica para los operadores.

Los principales riesgos derivados de una regulación de este tipo son dos: (i) situación monopolista u oligopolista, y (ii) procesos de selección que pueden llevar a situaciones de corrupción. En el primer caso, disponer de prácticamente la totalidad del mercado, puede llevar a una distorsión de los precios (*price setting*), que sea contraria a los intereses de los usuarios. También puede desincentivar la reinversión y la innovación o no ser tan exigentes en los niveles de calidad del servicio. En Estados poco democráticos, si los criterios de selección son poco transparentes, pueden terminar dándose al círculo de contactos del licitador. Por eso es importante acordar qué factores deberían valorarse en una licitación de este tipo.

3.3. Modelo Berlín: una *laissez faire policy*

El tercer modelo ha sido el predominante en ciudades como Madrid o Berlín durante mucho tiempo, hasta que se dieron cuenta de que al final, era inevitable regular. Berlín esperó hasta el año 2024 (Berliner Zeitung, 2023), y Madrid otorgó licencias el 2023, pero llegó incluso a prohibirlas a finales de 2024 (Casado, 2024). Anteriormente, toleraba estos servicios y solo había modificado ligeramente su ordenanza de movilidad, para salvaguardar mínimamente el espacio público (Ordenanza 10/2021, de 13

de septiembre, por la que se modifica la Ordenanza de Movilidad Sostenible, 2021). Este modelo se caracteriza por la ausencia de regulación (*laissez faire policy*), más allá de un diálogo abierto entre operadores y administración local para tratar los temas más importantes, como las normas de aparcamiento o las políticas de seguridad vial.

Los principales riesgos derivados de una regulación de este tipo son tres: (i) problemas de saturación del espacio público, (ii) percepción negativa de los ciudadanos sobre estos servicios provocada por esta saturación, y (iii) distribución territorial de la oferta desigual. De hecho, fueron precisamente los primeros dos riesgos los que llevó finalmente a los gobiernos de Madrid y Berlín a hacerse marchar tras, y terminar proponiendo una regulación. En cuanto a la distribución territorial de la oferta, Bach Coma et al. (2023) explican como en el caso de los servicios de moto compartida de Barcelona, antes de la regulación el servicio se centraba básicamente en la zona central de la ciudad, y a partir de la regulación se consiguió dar cobertura a prácticamente el 80 por 100 de todos los residentes, obligando a los operadores a expandirse por los barrios más periféricos.

3.4. Modelo Barcelona metropolitana: un sorteo flexible.

Un último modelo ha sido el propuesto por el Área Metropolitana de Barcelona en la regulación de la moto eléctrica compartida, una vez se extinguieron las licencias de Barcelona. Para no cometer los mismos errores del pasado, en este caso, esta administración ha propuesto hacer un sorteo entre todos los aspirantes a obtener licencia. De este modo, se limitaba el número de vehículos con licencia (para preservar el espacio público) pero no se restringía el acceso a ningún operador. Además, cada licencia equivale a un número limitado vehículos, y en cada convocatoria, se estipula el número de licencias a otorgar. Para impedir que operadores oportunistas solicitaran una licencia, se obliga a justificar a los operadores experiencia previa por un tiempo superior a un año, con una flota de más de 500 vehículos, en una ciudad de más de 250.000 habitantes. Las licencias también son temporales (vigencia de 2 años, prorrogables a dos años más) y no transmisibles, y están sujetas a una tasa por su gestión, a otra tasa municipal por el aprovechamiento especial de dominio público y a un aval para asegurarse el buen cumplimiento de la normativa y el desarrollo correcto del uso de la licencia. Según las bases, aplicar un régimen de tarifas abusivas o discriminatorias es una infracción, y puede conllevar una sanción. La primera convocatoria impone un umbral mínimo de eficiencia, es decir, que obliga a los operadores a garantizar que cada vehículo se mueve de mediana, como mínimo una vez al día.

El principal riesgo de este modelo es que si el número de empresas que solicitan una licencia es superior al número de licencias establecidas en el sorteo, las empresas que no ganen el sorteo, quedarán excluidas, y podría suponer una limitación artificial de la competencia en el mercado. No obstante, de momento, en la primera convocatoria, todos los solicitantes obtuvieron un número muy parecido de licencias.

4. CONCLUSIONES. LA NECESIDAD DE UN MARCO NORMATIVO COMÚN

Los hechos antes descritos nos demuestran que aún existen bastantes incógnitas e incertidumbres sobre cuál es la mejor manera de regular estos servicios. Si una cosa ha quedado clara, es que la «no regulación» ya no es una posibilidad, puesto que, a la larga, estos vehículos acaban suponiendo un lastre en el uso del dominio público.

Parece que existen mecanismos para justificar la limitación del número de vehículos en el espacio público por una razón imperiosa de interés general. El espacio es un elemento escaso, y debe salvaguardarse ante su posible saturación. No obstante, ¿qué valor hace de umbral entre un espacio público saturado y uno que no lo está? Cada ayuntamiento ha tenido que buscar su manera de justificarlo, sin existir un valor consensuado y homogéneo a escala estatal. Desde nuestro punto de vista debería trabajarse en ello, definiendo cuáles son los criterios objetivos de congestión por ocupación del espacio urbano, contaminación y daño medioambiental, deterioro de la infraestructura, impacto sobre la seguridad y la salud pública, que se consideran una externalidad. Así mismo, habría que consensuar otras soluciones alternativas, como, por ejemplo, las tasas dinámicas para la ocupación del espacio público para el estacionamiento.

Por otro lado, aún no se ha encontrado una fórmula jurídica razonable para determinar el número de empresas que puedan obtener una licencia en una ciudad. Si bien las experiencias anteriores han demostrado que un mercado muy atomizado no es favorable para los usuarios (que encontrarán pocos vehículos de una misma empresa a su disposición) ni para los operadores (que difícilmente podrán garantizar su viabilidad económica), el escenario contrario (pocos operadores) también puede llevar a un escenario oligopolista, con todos sus riesgos. Sea como sea, falta un marco normativo común que defina cuáles deberían ser los criterios mínimos de selección de una empresa que quiere ofrecer un servicio de micromovilidad compartida. Las ciudades deberían poder disponer de un marco jurídico que, con la participación de operadores y organismos regulatorios, les concediese un mínimo de seguridad jurídica que permitiera orientarlas sobre los criterios de puntuación para valorar cuestiones como la sostenibilidad ambiental, la operativa, la eficiencia en el uso del espacio público, la experiencia previa, etc. No solamente se beneficiarían ellas al reducir la litigiosidad contencioso-administrativa que se produce por cada ordenanza aprobada o en cada concurso (por ejemplo, por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia), sino que también daría mayor seguridad jurídica a los operadores privados que compiten *por* el mercado. Conocerían de antemano las reglas del juego de todas las ciudades españolas.

Mientras no exista ese marco jurídico, los ayuntamientos seguirán yendo a ciegas, casi siguiendo el método de «ensayo y error», hasta encontrar en el tiempo aquel que pueda resultar mejor para todos los actores implicados. De momento, las licencias o autorizaciones que se van otorgando, tienen vigencias cortas (2 o 3 años), porque

parece que lo hace a modo de «prueba piloto». Pero hay ayuntamientos que incluso han firmado convenios de colaboración con operadores privados, como el caso del Ayuntamiento de Murcia (Convenio de Colaboración con el Grupo Mobility Spadimur S.L., Superpedestrian Spain S.L. y Bird Rides Spain S.L., para la implantación del «Proyecto piloto de vehículos de movilidad personal compartidos en Murcia»., 2023) , o el Ayuntamiento de Granada (La Gaceta de Andalucía, 2022). Si la futura Ley de Movilidad Sostenible tampoco diera solución a esta necesidad, el Ministerio de Transportes y Movilidad Sostenible debería estar ya buscando otras vías posibles.

5. BIBLIOGRAFÍA

ACCO. (2021). Recomanacions per a la regulació de l'activitat de vehicle compartit des d'una òptica de competència.

Ajuntament de Barcelona. (2019, agosto 8). Regulació del nombre i condicions d'atorgament de llicències temporals d'ús comú especial del domini públic per a l'estacionament de bicicletes, ciclomotors i motocicles d'ús compartit en règim d'explotació econòmica, al terme municipal de Barcelona.

Ajuntament de Barcelona. (2024, noviembre 25). Resolució relativa a l'atorgament provisional de 3.975 llicències temporals d'ús comú especial del domini públic per a l'estacionament de bicicletes d'ús compartit en règim d'explotació econòmica al terme municipal de Barcelona.

Alcaldía de Bogotá (2022). (s. f.). Comienza a operar el Sistema de #BicisCompartidas de Bogotá [Broadcast]. https://www.youtube.com/watch?v=EFQgZ1e0zWo&t=2s

AMB. (2024, noviembre 12). Implantació de la moto elèctrica compartida als municipis metropolitans. Consell de mobilitat.

Arias-Molinares, D., Romanillos, G., García-Palomares, J. C., & Gutiérrez, J. (2021). Exploring the spatio-temporal dynamics of moped-style scooter sharing services in urban areas. Journal of Transport Geography, 96, 103193. https://doi.org/10.1016/j.jtrangeo.2021.103193

Ayuntamiento de Sevilla. (2020). Bases técnicas para la selección de empresas colaboradoras en un proyecto piloto para planificar la implantación en la ciudad de Sevilla, los servicios de explotación de vehículos compartidos de movilidad personal (patinetes eléctricos).

Bach Coma, X. (2023, abril 5). Quin futur els espera als patinets elèctrics compartits? Diari Ara. https://www.ara.cat/opinio/quin-futur-espera-als-patinets-electrics-compartits_129_4669764.html

Bach Coma, X. (2024). Desigualtats territorials i regulació en l'accés a la micromobilitat compartida. El cas dels serveis de moto compartida a la metròpoli de Barcelona [Ph.D. Thesis, Universitat Autònoma de Barcelona]. https://ddd.uab.cat/pub/tesis/2024/hdl_10803_692120/xbc1de1.pdf

Bach Coma, X., Miralles-Guasch, C., & Marquet Sardà, O. (2023). Spatial inequalities in access to micromobility services: An analysis of moped-style scooter sharing systems in Barcelona. Sustainability.

Bach Coma, X., Marquet Sardà, O., & Miralles-Guasch, C. (2023). Assessing social and spatial access equity in regulatory frameworks for moped-style scooter sharing services. Transport Policy. https://doi.org/10.1016/j.tranpol.2023.01.002

Berliner Zeitung. (2023, noviembre 9). La administración del Senado quiere reducir el número de patinetes eléctricos. Berliner Zeitung. https://www.berliner-zeitung.de/wirtschaft-verantwortung/senatsverwaltung-will-anzahl-von-e-scootern-reduzieren-li.2157276?utm_source=weekly-recap.fluctuo.com&utm_medium=newsletter&utm_campaign=cityscoot-future-uncertain

Casado, D. (2024, septiembre 5). Almeida prohíbe los patinetes de alquiler en Madrid. eldiario.es. https://www.eldiario.es/madrid/somos/almeida-prohibe-patinetes-alquiler-madrid_1_11630578.html

Chen, Z., van Lierop, D., & Ettema, D. (2020). Dockless bike-sharing systems: What are the implications? Transport Reviews, 40(3), 333-353. https://doi.org/10.1080/01441647.2019.1710306

Congostrina, A. (2018, septiembre 9). Arran «expropia» y «sortea» bicicletas de alquiler turístico. El Pais. https://elpais.com/ccaa/2018/08/09/catalunya/1533837377_890673.html

Convenio de Colaboración con el Grupo Mobility Spadimur S.L., Superpedestrian Spain S.L. y Bird Rides Spain S.L., para la implantación del «Proyecto piloto de vehículos de movilidad personal compartidos en Murcia». (2023).

Crispeels, T., Willems, J., & Scheerlinck, I. (2018). Public–private collaborations in drug development: Boosting innovation or alleviating risk? Public Management Review, 20, Article 2. https://doi.org/10.1080/14719037.2017.1302247

D'Agostino, M., Pellaton, P., & Brown, A. (2019). Mobility Data Sharing: Challenges and Policy Recommendations. UC Davis.

DGT. (2024, enero 21). La DGT recuerda que a partir del 22 de enero los VMP que se comercialicen deberán estar certificados para su uso. Ministerio del Interior. https://www.dgt.es/comunicacion/notas-de-prensa/dgt-recuerda-que-a-partir-de-22-de-enero-los-vmp-que-se-comercialicen-deberan-estar-certificados-para-su-uso/

Dorrego, A. (2024). Colapso de la colaboración público-privada en España. Cuadernos de Derecho Regulatorio, 2, 1-11. https://doi.org/10.37417/cudere/vol_2_2024_2698

Fernández de Losada, A. (2022). From multilateralism to multi-stakeholder alliances: Cities shift from rhetoric to politics on the international stage. En Cities in Globabl Governance. From multilateralism to multistakeholderism? CJDOB edicions.

Fioreze, T., de Gruijter, M., & Geurs, K. (2019). On the likelihood of using Mobility-as-a-Service: A case study on innovative mobility services among residents in the Netherlands. Case Studies on Transport Policy, 7(4), 790-801. https://doi.org/10.1016/j.cstp.2019.08.002

Fishman, E., & Allan, V. (2019). Chapter Six—Bike share. En E. Fishman (Ed.), Advances in Transport Policy and Planning (Vol. 4, pp. 121-152). Academic Press. https://doi.org/10.1016/bs.atpp.2019.05.003

Galatoulas, N.-F., Genikomsakis, K. N., & Ioakimidis, C. S. (2020). Spatio-Temporal Trends of E-Bike Sharing System Deployment: A Review in Europe, North America and Asia. Sustainability, 12(11), Article 11. https://doi.org/10.3390/su12114611

Galceran-Vercher, M. (2022). The role of cities in a reformed UN: towards the institutionalisation of the World Assembly of Local and Regional Governments. En Cities in Globabl Governance. From multilateralism to multistakeholderism? CIDOB edicions.

García, F. (2020, noviembre 6). Silence cumplirá entregas en 2020 pese al incendio en su fábrica de motos eléctricas. Marca. https://www.marca.com/coches-y-motos/motos/2020/11/06/5fa50bd246163f6e8f8b4608.html

García Pereda, A., Hinojo González, P., & Tobías Peña, L. (2024). Digitalización, competencia y nuevas formas de movilidad. Cuadernos de Derecho Regulatorio, 1, 71-95. https://doi.org/10.37417/cudere/vol_1_2023_2252

Gemeente Amsterdam. (2022). Deelscooter. https://www.amsterdam.nl/deelvervoer/deelscooter/

Ghosh, S., & Zhao, H. (2019). Mobike and ofo: Dancing with Titans (A). Harvard Business School Case, 819-135.

Honey-Rosés, J., Ortega, V., Dejaegher, S., & Corbera, E. (2023). Bicycle Parking Use Patterns, Occupancy and Rotation Rates in the Streets of Barcelona. Active Travel Studies: An Interdisciplinary Journal, 3(2), 1-15. https://doi.org/10.16997/ats.1392

Horace Dediu (Director). (2021). The 10 Micromobility Commandements [Video recording]. https://www.youtube.com/watch?v=ZBoG6hH-Z8o&t=1407s

Huré, M. (2022). Les mobilités partagées: Régulation politique et capitalisme urbain. En Les mobilités partagées: Régulation politique et capitalisme urbain. Éditions de la Sorbonne. http://books.openedition.org/psorbonne/101427

ITF. (2023). Measuring New Mobility. Definitions, Indicators, Data Collection (International Transport Forum Policy Papers). OECD Publishing.

La Gaceta de Andalucía. (2022, septiembre 20). Granada pone en marcha un proyecto piloto de alquiler de patinetes eléctricos para avanzar en el uso de vehículos más limpios y eficientes en la ciudad. Andalucía. https://lagacetadeandalucia.es/2022/09/20/granada-pone-en-marcha-un-pro-

yecto-piloto-de-alquiler-de-patinetes-electricos-para-avanzar-en-el-uso-de-vehiculos-mas-limpios-y-eficientes-en-la-ciudad/

Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las bases del régimen local, BOE-A-1985-5392 (1985). https://www.boe.es/eli/es/l/1985/04/02/7/con

Litman, T. (2021). New Mobilities: Smart Planning for Emerging Transportation Technologies. Island Press.

LOI n° 2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités (2019). https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000039666574

Mangeart, T. (2023, marzo 26). Trottinettes en libre-service: Stop ou encore? Les enjeux de la consultation parisienne du 2 avril. The conversation. https://theconversation.com/trottinettes-en-libre-service-stop-ou-encore-les-enjeux-de-la-consultation-parisienne-du-2-avril-201710?utm_source=twitter&utm_medium=bylinetwitterbutton

Mazzucato, M. (2014). El estado emprendedor: Mitos del sector público frente al privado. RBA Libros.

Moran, M. E., Laa, B., & Emberger, G. (2020). Six scooter operators, six maps: Spatial coverage and regulation of micromobility in Vienna, Austria. Case Studies on Transport Policy, 8, Article 2. https://doi.org/10.1016/j.cstp.2020.03.001

Ordenanza 10/2021, de 13 de septiembre, por la que se modifica la Ordenanza de Movilidad Sostenible (2021).

Parkes, S. D., Marsden, G., Shaheen, S. A., & Cohen, A. P. (2013). Understanding the diffusion of public bikesharing systems: Evidence from Europe and North America. Journal of Transport Geography, 31, 94-103. https://doi.org/10.1016/j.jtrangeo.2013.06.003

Pereira, R. H. M., & Karner, A. (2021). Transportation Equity. En International Encyclopedia of Transportation (pp. 271-277). Elsevier. https://doi.org/10.1016/B978-0-08-102671-7.10053-3

Proyecto de Ley de Movilidad Sostenible, BOCG-15-A-9-1 (2024). https://www.congreso.es/public_oficiales/L15/CONG/BOCG/A/BOCG-15-A-9-1.PDF

Reigner, H., & Brenac, T. (Eds.). (2021). Les faux-semblants de la mobilité durable: Risques sociaux et environnementaux. Éditions de la Sorbonne.

SAE International. (2019). SAE J3194. Taxonomy & Classification of Powered Micromobility Vehicles Powered Micromobility Vehicle.

Shaheen, S. A., Guzman, S., & Zhang, H. (2010). Bikesharing in Europe, the Americas, and Asia: Past, Present, and Future. Transportation Research Record, 2143(1), 159-167. https://doi.org/10.3141/2143-20

Smith, G., & Hensher, D. A. (2020). Towards a framework for Mobility-as-a-Service policies. Transport Policy, 89, 54-65. https://doi.org/10.1016/j.tranpol.2020.02.004

Stanley, J., & Lucas, K. (2008). Social exclusion: What can public transport offer? Research in Transportation Economics, 22(1), 36-40. https://doi.org/10.1016/j.retrec.2008.05.009

Tarrés, M (2021a). Hacia una movilidad urbana sostenible, inteligente e inclusiva, en La Agenda 2030. Implicaciones y retos para las administraciones locales (pp. 121-170). FDGL, Claves del Gobierno Local, 32

Tarrés, M. (2021b). Los servicios de plataforma: Entre la innovación tecnológica y el interés general. El ejemplo de los servicios de movilidad, en Servicios de plataforma. Estrategias regulatorias (pp. 185-193). Marcial Pons.

Unitat d'Estratègia i Intel·ligència Competitiva d'ACCIÓ. (2022). La micromobilitat a Catalunya.

Velásquez, C. (2015). Espacio público y movilidad urbana. Sistemas Integrados de Transporte Masivo (SITM). Universitat de Barcelona.

Ville de Paris. (2021, noviembre 23). Règlement relatif à la délivrance des titres d'occupation aux opérateurs de deux ou trois roues motorisés partagés en libre-service sans station d'attache.

Weiss, M., Dekker, P., Moro, A., Scholz, H., & Patel, M. K. (2015). On the electrification of road transportation – A review of the environmental, economic, and social performance of electric two-wheelers. Transportation Research Part D: Transport and Environment, 41, 348-366. https://doi.org/10.1016/j.trd.2015.09.007

Cuadernos de Derecho Regulatorio
Vol. 2 | 2024
Estudios III: Movilidad y Colaboración Público-Privada. pp. 273–284
Madrid, 2024
DOI: 10.37417/cudere/vol_2_2024_3005
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
© Marina Serrat Romaní
ISSN: 3020-6162

COMENTARIO A LAS SENTENCIAS 4704/2024, 4705/2024 Y 3333/2024 DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA SOBRE LA «TASA AMAZON» O «TASA DE LA ÚLTIMA MILLA» *

Marina Serrat Romaní
Investigadora postdoctoral Beatriu de Pinós
Universitat de Barcelona

SUMARIO: 1. CONTEXTO.— 2. ANÁLISIS: 2.1. Posición de la parte actora en ambos recursos; 2.2. Aproximación a la problemática; 2.3. El posicionamiento del Tribunal; 2.4. Aspectos relevantes del voto particular: idoneidad, necesidad, medio ambiente.— 3.- CONCLUSIONES.

1. CONTEXTO

El pasado 19 de julio de 2024, el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Cataluña, mediante dos sentencias distintas, sobre las que el propio Tribunal deliberó de forma conjunta con el fin de dar coherencia en su pronunciamiento, anuló la tasa por aprovechamiento de dominio público por la distribución a destinos finales que indican los consumidores de bienes adquiridos por comercio electrónico, conocida como la «tasa Amazon» o «tasa de la última milla». Dicha tasa fue aprobada por el Pleno municipal del Ayuntamiento de Barcelona [1] a principios de 2023 y —como indica su extenso título— el objeto de su gravamen era el aprovechamiento del dominio público; esto es la ocupación de la vía pública. Pero no sobre cualquier —o toda— ocupación de la vía pública sino solo sobre la que fruto del comercio electrónico cometen determinadas empresas calificadas como «operadores postales» al efectuar el reparto de bienes a los destinatarios finales. Estas sentencias han supuesto un antecedente jurisprudencial de referencia para aquellos municipios o comunidades autónomas que han querido facultar a los Ayuntamientos para que puedan disponer e implementar una tasa de la última milla similar a la planteada por el Ayuntamiento de Barcelona

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto «Nuevas Regulaciones en el Transporte Urbano de Personas y Mercancías en un Entorno Digital – NURETU» (PID2023-149612OB-100), concedido por la Agencia Estatal de Investigación.

[1] Ordenança *https://ajuntament.barcelona.cat/norma-portal-juridic/ca/vid/923835458*

para grandes operadores. Como por ejemplo el País Vasco, donde se llegó a proponer esta posibilidad en sede parlamentaria[2]. Sin embargo, esta propuesta no prosperó ni tuvo seguimiento o desarrollo posterior, y a raíz de las sentencias del TSJ de Cataluña es muy probable que este debate no se retome a corto plazo.

Según los últimos datos de que dispone la Comisión Nacional del Mercado de la Competencia (CNMC), en comparación al año anterior, en 2023, en España el comercio electrónico se incrementó un 16,3 por 100, generando una facturación de más de 84.000 millones de euros[3]. Este crecimiento se debió al aumento del número de operaciones realizadas por los operadores postales y empresas de entrega de paquetería[4]. No obstante, el auge de este tipo de comercio online que ha tenido efectos positivos a nivel económico, como reflejan las cifras de la CNMC, también ha surgido efectos en el ámbito social en tanto que ha roto con la forma tradicional de consumo. Una consecuencia inevitable de este cambio en la manera de consumir productos y servicios es que se ha incrementado el número de vehículos de carga que circulan y estacionan en las vías de los municipios; circunstancia que además de tener un impacto negativo en la huella de carbono ha intensificado aún más la congestión de las vías urbanas.

En defensa de la tasa, el consistorio barcelonés parte de este supuesto impacto negativo que causa este tipo de actividad económica en la circulación y en el tráfico rodado de la ciudad y, como se indica en el preámbulo de la Ordenanza fiscal 3.20 que la regula[5], alude a la distorsión que sufren las zonas «habilitadas en la ciudad, con la finalidad de proveer comercios [tradicionales] y prestar determinados servicios» —o sea las zonas de carga y descarga— y expone la sobresaturación que sufren estas zonas, que de forma reiterada y exhaustiva son usadas por parte de empresas de mensajería y reparto para entregar paquetes a domicilio.

Pocos meses después de la aprobación de la tasa, la propia CNMC mostró su preocupación por el diseño de determinados puntos de la ordenanza fiscal, requiriendo[6] al Ayuntamiento de Barcelona que anulara algunos aspectos que consideraba desproporcionados, como el hecho de gravar de forma desigual según el modo de adquirir el bien o de entregarlo. Es el caso del gravamen del «uso del espacio público urbano para las entregas de bienes en el domicilio de los consumidores, pero solamente cuando los productos se hayan comprado por Internet»[7], en cambio se omite gravar

---

[2] Gobierno vasco, Proposición no de ley Relativa a la imposición de una tasa de última milla (12\11\02\01\00487), Pleno ordinario 23/03/2023, *https://www.euskadi.eus/gobierno-vasco/-/noticia/2023/pleno-ordinario-23/03/2023/*

[3] CNMC, "El comercio electrónico superó en España los 84.000 millones de euros en 2023, un 16,3 por 100 más que el año anterior", *Nota de prensa*, 04/07/2024, *https://www.cnmc.es/prensa/ecommerce-4T23-20240704*

[4] CNMC, Informe anual del sector postal, INF/DTSP/039/24, 11/07/2024*https://www.cnmc.es/sites/default/files/5436771.pdf*

[5] *Ibid.* n. 1.

[6] El artículo al amparo del artículo 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC habilita a la CNMC para poder impugnar actos administrativos con rango inferior a la Ley.

[7] CNMC, https://www.cnmc.es/prensa/ordenanza-ayuntamiento-barcelona-tasa-comercio-electronico-ciudad-20230727

las entregas que realicen empresas no consideradas como operadores postales, o las entregas a domicilio de comercios tradicionales o de aquellos operadores postales con una facturación anual inferior al millón de euros (arts. 3 y 4 Ordenanza 3.20).

La inquietud mostrada por la CNMC solo fue la antesala a las impugnaciones que se avecinaban por parte de representantes de empresas del sector que se vieron afectadas por la nueva ordenanza. Efectivamente, la ORGANIZACION EMPRESARIAL LOGISTICA Y TRANSPORTE (UNO) y la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE MENSAJERÍA (AEM), presentaron sendos recursos contencioso-administrativos contra la Ordenanza 3.20, en los que sostenían que la nueva tasa vulneraba el principio de libre circulación de mercancías enraizado en el Tratado de la Unión Europea, así como algunos preceptos de nuestra Constitución, entre otra normativa. Es más, la propia ACCO, Autoridad Catalana de la Competencia, también impugnó la tasa de marras, mediante recurso contencioso-administrativo interpuesto ante el TSJ de Cataluña al detectar, también, que la tasa genera una discriminación entre competidores, suponiendo «un obstáculo al mantenimiento de una competencia efectiva y restringe las libertades de establecimiento y prestación de servicios» [8].

Por el encuadre tan particular que se les daba a los sujetos pasivos en la tasa municipal daba la sensación de que el texto se centraba exclusivamente en un único tipo de grandes operadores postales. De ahí que se denominase a la tasa «tasa Amazon». Sin embargo, unos meses antes de la doble resolución por parte del TSJ de Cataluña a los recursos presentados por UNO y AEM, la Audiencia Nacional se pronunciaba sobre la condición de operador postal de Amazon, mediante la sentencia SAN 4355/2023, de 14 de julio de 2023, en la que le liberaba de tal condición. Consideró la Sala que una «actividad podrá ser calificada como postal solo en el caso de que sea prestada por un operador postal y ésta tenga por objeto el envío postal, pues ni la normativa europea, ni la Ley 43/2010 incluyen en el concepto de actividad postal las actividades preparatorias y los servicios logísticos anteriores a la presentación del envío postal» [9]. Actividades éstas de carácter logístico que sí realiza Amazon y que además son imprescindibles para el desarrollo de su actividad empresarial. En consecuencia, y paradójicamente, la denominada «tasa Amazon» ya no podía gravar a Amazon por no ostentar la condición de operador postal necesaria para ser sujeto pasivo de la tasa. Con el tiempo, un año después de este pronunciamiento, llegaron las sentencias 4704/2024 y 4705/2024, de 19 de julio, del TSJ de Cataluña, que declararon nula de pleno derecho la tasa sobre el aprovechamiento especial del dominio público derivado de la distribución a destinos finales indicados por los consumidores de bienes adquiridos por comercio electrónico. Unos meses más tarde, el TSJ de Cataluña resolvió el recurso interpuesto por la ACCO, siguiendo exactamente los mismos razonamientos dados en las sentencias anteriores, anulando la ordenanza fiscal 3.20 relativa a la tasa para el repartimiento a domicilio del del comercio online.

---

[8] Véase, ACCO, «L'ACCO impugna la taxa de l'Ajuntament de Barcelona al repartiment a domicili dels productes comprats online», *Nota de Prensa LA 10/2023*, 1 desembre 2023, *https://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxius/actuacions/20231201-ndp-la-10-2023.pdf*

[9] FJ2º SAN 4355/2023, de 14 de julio de 2023 ECLI:ES:AN:2023:4355

2. ANÁLISIS

2.1. Posición de la parte actora en ambos recursos

Ante los dos recursos presentados por estas dos actoras contra la mencionada Ordenanza fiscal 3.20, el TSJ de Cataluña decidió deliberar de forma conjunta ambos recursos, el 1146/2023 presentado por la AEM y el 678/2023 presentado por UNO, a fin de poder dar una respuesta uniforme y coherente a los planteamientos expuestos por ambas partes.

El planteamiento de UNO parte del concepto que la ordenanza reguladora de la tasa es nula por infringir normativa múltiple, como son «el principio de libre circulación de mercancías, el mercado único digital, el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, el artículo 14 CE por discriminación, la Ley 43/2010 del servicio postal universal y el Real Decreto Legislativo 2/2004»[10]. En cuanto a la posición de la AEM no difiere mucho de la primera, ya que también considera que el diseño de los principales elementos del tributo infringe diversas normas, tales como el Real Decreto Legislativo 2/2004, la Ley 20/2013 de garantía de unidad de mercado y los artículos 9.2 y 3 CE[11]. En definitiva, resulta que ambas demandantes cuestionan la tasa alegando que tanto el diseño del hecho imponible, como su método de cuantificación son los puntos problemáticos que inducen a la supuesta vulneración de toda esta diversidad normativa.

Como se ha comentado, el aprovechamiento especial del dominio público producto de las entregas de mercancías o productos constituye el hecho imponible, sin embargo ambas actoras hacen notar que no todo aprovechamiento especial del dominio público se ve gravado de igual manera, sino que existe una definición expresa y concreta que, en base a unos supuestos de no sujeción y de exenciones, especifica y determina qué supuestos de aprovechamiento especial del dominio público quedan efectivamente expuestos al gravamen. Estas delimitaciones tan acotadas están vinculadas tanto a las características de quien realiza el aprovechamiento especial, como al modo en que se ha adquirido el producto que se reparte, como quien es el destinatario del producto. A lo que resulta que pueden realizar el hecho imponible los operadores postales, pero no los transportistas o distribuidores u operadores de transporte. Además, sólo quedan sujetos al gravamen el reparto de bienes y mercancías adquiridos a través del comercio electrónico que se entregan a destinatarios que ostentan la condición de consumidores finales.

En cuanto al recurso 1128/2023 interpuesto por la ACCO, los motivos alegados son prácticamente idénticos a los señalados por UNO en el primer recurso. En este sentido, al ser la última resolución, el razonamiento que hace el Tribunal está basado exclusivamente en la motivación dada ya la sentencia 4704/2024 sobre los puntos

[10] FD 2º STSJ Cataluña, 4704/2024, de 19 de julio ECLI:ES:TSJCAT:2024:4704
[11] FD 2º STSJ Cataluña, 4705/2024, de 19 de julio ECLI:ES:TSJCAT:2024:4705

alegados por la ACCO. El Tribunal no realiza motivaciones nuevas respecto de los mismos aspectos reclamados, sino que cita, literalmente, el contenido de la sentencia 4704/2023[12], por lo que ésta última sentencia no resulta de un interés particular, salvo para corroborar el exacto posicionamiento del TSJ de Cataluña sobre esta tasa municipal. Así, pues, el análisis del posicionamiento tomado por el TSJ se realizará sobre las sentencias del mes de julio, donde el Tribunal.

2.2. Aproximación a la problemática

Y es que uno de los problemas que presentaba la configuración de la tasa era precisamente el acotamiento tan delimitado de los sujetos pasivos que pueden realizar el hecho imponible, porque condicionó a que las partes actoras vieran la tasa con una función meramente política, como un instrumento impositivo proteccionista del gobierno municipal hacia el pequeño comercio local tradicional que solo obedecía a criterios ideológicos[13]. Baste recordar que se exoneraba del pago a los operadores postales que facturaran por debajo de un millón de euros.

El Consistorio por su parte alegó que estos grandes operadores postales obtienen beneficios económicos sin contribuir de la misma forma que los comercios de proximidad que sí se ven sometidos a unos tributos que implican una radicación con el lugar donde están realizando la actividad económica de la que obtienen los beneficios. De ahí que el Ayuntamiento estimara necesario establecer esta tipología de tasa, máxime cuando los operadores postales gozan también del beneficio de no pagar por el uso de los aparcamientos de carga y descarga, que es su factor de producción[14]. No obstante, aunque no abonen el carga y descarga —como los demás distribuidores— sí deben pagar por el uso de área azul o verde en caso de que estacionen en ellas. Visto el alegato, en su reflexión el Tribunal advirtió la potencial doble imposición que podría acarrear la implementación de la nueva tasa, sin entrar a pronunciarse sobre la misma, ni con qué otra tasa o impuesto se la puede asimilar, porque gravar los ingresos brutos puede hacer coincidir el diseño del hecho imponible de la tasa, con, por ejemplo, el del Impuesto sobre Sociedades[15].

Aun así el Consistorio insistió en que el interés público que motivó el diseño de la tasa era gravar el uso intensivo del dominio público debido al aumento del número de vehículos que realizan la actividad de reparto derivada del comercio electrónico, pero de su intención se infería implícitamente cierto interés proteccionista al afirmar

---

[12] FD 1º y 2º STSJ Cataluña, 3333/2024, de 1 de octubre ECLI:ES:TSJCAT:2024:8003

[13] *Ibid.* n. 9

[14] FD 3º STSJ Cataluña, 4704/2024, de 19 de julio ECLI:ES:TSJCAT:2024:4704 y STSJ Cataluña, 4705/2024, de 19 de julio ECLI:ES:TSJCAT:2024:4705

[15] El concepto de base imponible queda regulado en el artículo 10 Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades: «La base imponible estará constituida por el importe de la renta obtenida en el período impositivo minorada por la compensación de bases imponibles negativas de períodos impositivos anteriores.» La renta no son más que los ingresos obtenidos por la sociedad.

que «el negativo impacto de la actividad de comercio electrónico sobre los comercios de proximidad lleva a poner en peligro la supervivencia de este tipo de comercios» [16]. Y precisamente es este supuesto proteccionismo de determinados modelos de negocio el que hizo que las partes actoras consideraran que el objetivo de la tasa no era el de gravar el aprovechamiento especial del dominio público en sí, sino que realmente la intención era la de gravar el ejercicio de una actividad empresarial concreta [17]. De modo que si este era el verdadero objetivo de la tasa se podría considerar que consistía en una medida que infringía el principio de libre circulación de mercancías [18]. No obstante, el TSJC no ha entrado abiertamente en la discusión de este punto, por lo que muy probablemente quede en manos del Tribunal Supremo en caso de elevar a casación ambas sentencias.

Otro aspecto que por su complejidad ha generado polémica ha sido la cuantificación de la tasa, pues el elemento clave es la facturación. La base imponible del impuesto (art. 6) está constituida por los ingresos brutos facturados fruto de las entregas de bienes a consumidores finales en la ciudad de Barcelona, una vez excluidos los ingresos de facturaciones en los establecimientos comerciales. La cuota del impuesto será el 1,25 por 100 de tal facturación (art. 7). Como se ve la facturación ha sido un elemento distorsionador en el diseño de la tasa, pues la Ordenanza se aprobó basándose en el volumen de facturación de los operadores postales. Sin embargo ¿cuál es la relación entre la facturación y el nivel de ocupación de la vía pública?

En primer lugar, según hace notar la parte actora, «el método de facturación de la tasa debe atender a la intensidad del uso o del aprovechamiento» [19]. Sin embargo, tal y como revela el informe económico-técnico precedente a la aprobación de la tasa, entraña cierta complejidad esclarecer el valor económico que tiene el aprovechamiento especial del dominio público para los operadores, de ahí que, incluso el Voto Particular del magistrado, que se mostró a favor de la viabilidad de la tasa, reconozca que no se puede hacer una correlación entre la facturación y la intensidad con la que el operador utiliza el dominio público [20]. Así que, a primera vista, al leer la normativa de la Ordenanza y el informe económico se podría pensar que existe una incongruencia —o incoherencia— en cuanto a los elementos que integran la base imponible en contraposición al objeto que persigue la tasa.

Por otra parte, es importante señalar que, durante la elaboración y diseño de la tasa, en el informe de expertos sobre su viabilidad, se destacaba precisamente el respeto al principio de equivalencia de la tasa. Pues en su opinión diseñar la cuantificación de la tasa en base al valor de mercado, calculado según los parámetros del informe económico-técnico que insta a repercutir «la utilidad del aprovechamiento del dominio sobre el sujeto beneficiario», es respetuosa con el principio de equivalencia, como

---

16 *Ibid.* n. 12
17 *Ibid.* n. 10
18 *Ibid.* n. 9
19 *Ibid.* n. 9
20 Voto particular punto 6 STSJ Cataluña, 4704/2024, de 19 de julio ECLI:ES:TSJCAT:2024:4704 y STSJ Cataluña, 4705/2024, de 19 de julio ECLI:ES:TSJCAT:2024:4705

también lo es repartir la utilidad de dicho aprovechamiento a cada operador postal en función del uso realizado. A su parecer la individualización de este uso realizado en base a los ingresos brutos provenientes de la facturación es un criterio razonable que da a entender que a mayor facturación mayor es el aprovechamiento especial del dominio público [21], en un modelo de negocio que se basa en el reparto de los bienes adquiridos por una multitud de consumidores, a los que mediante vehículo de transporte se les tiene que entregar el producto a domicilio y para ello se debe estacionar momentáneamente el vehículo de reparto.

Sin embargo, el TSJC no se centra tanto en la coherencia entre los elementos configuradores del tributo como en la discriminación que causan. En ambas sentencias el Tribunal destaca que según revela el informe económico el porcentaje de distribuciones que hacen *business to consumer* B2C, que gravaría la tasa, es inferior a las distribuciones que realizan otro tipo de modelos de distribución urbana de mercancías. Cifras confirmadas incluso por la memoria Justificativa de la Tasa [22]. Luego debe entenderse que la intensidad del uso del dominio público también es inferior. Aún y así, a pesar de la falta de correlación, se justifica el establecimiento de la tasa fundamentándose en que el uso del dominio público es un coste para la sociedad que debe repercutir en los operadores postales. No obstante lo dicho, el problema que detecta el Tribunal, por el que da la razón a UNO i la AEM, es que el gravamen de la tasa sólo se aplica para los envíos de bienes adquiridos por comercio electrónico, lo que significa que la utilización del dominio público en otros casos no va a estar sujeta a la tasa, con independencia de la intensidad del uso. Frente a esta tesitura la naturaleza de la problemática va tomando forma: ¿Sobre qué recae realmente la tasa? ¿Sobre el aprovechamiento del dominio público o sobre una actividad empresarial concreta?

2.3. El posicionamiento del Tribunal

Esta circunscripción tan precisa del gravamen del aprovechamiento del dominio público hace que el Tribunal considere que en realidad la tasa no grava el aprovechamiento especial del dominio público que realizan los repartidores, sino que se trata de un tributo centrado en la actividad económica del operador que realiza la última entrega. En este sentido como apunta el Tribunal: «Si la Ordenanza tiene como justificación finalista evitar la carga y descarga en la vía pública para envíos puntuales, tal protección debe abarcar a todo vehículo susceptible de utilizar de igual forma el

[21] Ortiz Calle, E., González Cuéllar, M.L., «Informe sobre el gravamen local de las entregas domiciliarias realizadas en la Ciudad de Barcelona por grandes empresas cuyo objeto social es el comercio electrónico», *Estudio jurídico*, Universidad UCIIIM, 4 de noviembre de 2020, pp. 42-44. https://bcnroc.ajuntament.barcelona.cat/jspui/bitstream/11703/122016/1/InformeTasaBarcelona_ComercioElec.pdf

[22] FD 8º. 5,STSJ Cataluña, 4704/2024, de 19 de julio ECLI:ES:TSJCAT:2024:4704 y STSJ de Cataluña, 4705/2024, de 19 de julio ECLI:ES:TSJCAT:2024:4705

domino público, pero no exclusivamente a los operadores postales que distribuyen bienes adquiridos a través del comercio electrónico.»[23].

Si bien con esta argumentación el Tribunal deja entrever que el diseño de la tasa puede vulnerar el artículo 14 de la CE y generar discriminación al recaer sobre un tipo concreto de actividad económica, no se pronuncia al respecto de esta cuestión. En general no responde directamente a todas las alegaciones de la parte actora, ni tampoco se pronuncia sobre la supuesta discriminación o la vulneración del principio de libre circulación de mercancías. Es más, en cuanto a la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, así como a la correspondiente normativa europea que supuestamente vulnera la tasa municipal impugnada, el TSJC dice abiertamente que prefiere no pronunciarse al respecto, a la espera del posicionamiento del Tribunal Supremo. Porque resulta que la Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de julio de 2023, mencionada anteriormente, que concluyó el carácter no postal de la actividad de Amazon fue apelada ante el Alto Tribunal. Entonces, al confluir la tasa directamente en el punto del carácter postal o no de los sujetos pasivos, los magistrados del TSJC han optado, acertadamente, por eludir su pronunciamiento al respecto esperando un criterio interpretativo del Tribunal Supremo.

Así pues, en su análisis de viabilidad legal de la Ordenanza fiscal, el TSJC se ha limitado a analizar los elementos configuradores de la tasa —el hecho imponible y el método de cuantificación— desde la óptica de la idoneidad del tributo como tasa, porque considera que es ahí donde radica el problema de este tributo municipal. En otras palabras, viene a cuestionar la naturaleza de la tasa[24]. Y es que ¿estamos verdaderamente frente a una tasa o se trata de un nuevo impuesto?

Sobre la cuantificación, el Tribunal considera que la base imponible está diseñada para gravar la ocupación de la vía pública exclusivamente en base a la facturación, que obedece a un atributo más típico de un impuesto que de una tasa, pues expresa capacidad económica[25]. Aunque el artículo 24.4 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales[26] (LRHL) permite que las tasas puedan tener en cuenta la capacidad económica de los sujetos obligados a satisfacerlas, el artículo matiza que, de hacerlo, «debe ser de manera muy indirecta y remota»[27]. Este no sería el caso cuando se utilizase un dato de capacidad económica de forma exclusiva para cuantificar la tasa, como son los ingresos brutos derivados de la facturación.

---

[23] FJ 8º. 10 STSJ Cataluña, 4704/2024, de 19 de julio ECLI:ES:TSJCAT:2024:4704 y STSJ Cataluña, 4705/2024, de 19 de julio ECLI:ES:TSJCAT:2024:4705

[24] En el FJ 8ª. 134704/2024, de 19 de julio ECLI:ES:TSJCAT:2024:4704 y STSJ de Cataluña 4705/2024, de 19 de julio ECLI:ES:TSJCAT:2024:4705, el TSJ dice, después de haber examinado y cuestionado la naturaleza que la Ordenanza fiscal no es conforme a derecho, y añade «siendo innecesario examinar los restantes motivos de impugnación.»

[25] FD 4º STC 296/1994, de 10 de noviembre

[26] Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

[27] FJ4, STC 296/1994, de 10 de noviembre, FD 8º, 9,

El problema de la cuantificación de esta tasa reside en el uso de la facturación como elemento de cálculo. Por un lado, el artículo 24.1.a LRHL establece que con carácter general la cuota tributaria de las tasas se calculará con referencia al valor que tendría en el mercado «la utilidad» derivada del aprovechamiento, si los bienes no fuesen de dominio público. Por otro lado, el apartado c del artículo 24.1 LRHL prevé un régimen especial de cuantificación en que la determinación de la cuota es resultado de aplicar el porcentaje del 1,5 por 100 de los ingresos brutos procedentes de la facturación en el caso de aquellas empresas que exploten servicios de suministros que resulten de interés general o afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario. El Consistorio optó por este último método de cuantificación obviando el informe de valoración de los expertos que lo desaconsejaban, en el que señalaban que a pesar del uso intensivo del dominio público local que puedan realizar los operadores postales nunca podrá calcularse la tasa a aplicar mediante el método del art. 24.1.c, es decir, un porcentaje sobre sus ingresos brutos derivados de la facturación, porque en base a referencias jurisprudenciales[28] existe el imperativo legal que imposibilita optar por un método u otro[29]. Es más, el propio TSJ de Cataluña recurre al claro posicionamiento interpretativo del Tribunal Supremo al respecto[30], en el que muestra de forma clara su posicionamiento: que el régimen especial de cuantificación del apartado c) del artículo 24 TRLHL se reserva para el uso privativo que realizan las empresas explotadoras de servicios de suministros de interés general[31].

Nuevamente se suscita una pregunta ¿el reparto de última milla a los consumidores finales que han adquirido bienes por medios telemáticos es un servicio de interés general o que afecte a la generalidad o a una parte importante del vecindario? Como se ha comentado anteriormente (punto 2.2.), el uso de los puntos de carga y descarga de los vecindarios por parte de los operadores postales objeto de la tasa es objetivamente inferior al que realizan otro tipo de modelos de distribución urbana de mercancías.

En primer lugar, el objeto que grava la tasa debe cuantificarse siguiendo las reglas generales establecidas en el artículo 24.1.a de la LRHL, pero no puede gravar la facturación, pues no se trata de una empresa explotadora de servicios de suministros que resulten de interés general, yendo en contra de los parámetros establecidos en la LRHL. En segundo lugar, a diferencia de un impuesto, debería tener un objetivo finalista. Si el objetivo es evitar el estacionamiento en los aparcamientos habilitados de carga y descarga para aquellos casos de entregas puntuales (en el caso de un comercio éstas son regulares), la reflexión que hace el Tribunal es que ésta debe abarcar a todos los vehículos susceptibles de aprovechar o utilizar estos espacios de dominio público. Pero matiza que no se puede gravar «exclusivamente a los operadores postales que

---

[28] STSJ Castilla y León (Valladolid), 2776/2008, de 11 de junio de 2010, ECLI:ES:TSJCL:2010:4033

[29] Ortiz Calle, E., González Cuéllar, M.L., n. 19, p. 45.

[30] STS rec. 8026/2019, de 3 de mayo de 2022, ECLI:ES:TS:2022:1697 y STS, 3400/2020, de 21 de octubre de 2020, ECLI:ES:TS:2020:3400

[31] FD 8º. 4, STSJ de Cataluña, 4704/2024, de 19 de julio ECLI:ES:TSJCAT:2024:4704 y 4705/2024, de 19 de julio ECLI:ES:TSJCAT:2024:4705

distribuyen bienes adquiridos a través del comercio electrónico»[32]. Por tanto, objeta el Tribunal que todo parece indicar que lo que se grava no es el objetivo finalista del uso del dominio público, sino a determinadas empresas en base a la naturaleza de su negocio, a lo que concluye que, en realidad, en vez de tratarse de una tasa nos encontramos frente a un impuesto.

2.4. Aspectos relevantes del voto particular: idoneidad, necesidad, medio ambiente

Esta visión sobre la naturaleza de la tasa, no es compartida unánimemente por todo el Tribunal, pues mediante su un voto particular, una Magistrada del Tribunal da la razón al Ayuntamiento de Barcelona, ya que considera que la tasa no grava «los ingresos de los operadores postales sino el valor de mercado de la utilidad de las plazas de estacionamiento de carga y descarga para la distribución a domicilio de los bienes adquiridos en comercio electrónico»[33], en base a la justificación dada por el informe económico, que considera acertada.

Más allá de disentir del punto de vista de calificación de la naturaleza del tributo, la Magistrada aporta una serie de reflexiones que merece la pena contemplar respecto de la necesidad o idoneidad del tributo. En este sentido, de acuerdo con el Ayuntamiento de Barcelona que critica que el aumento del número de vehículos produce «una distorsión de la movilidad, afectación del medio ambiente y perjuicio al comercio tradicional»[34], la Magistrada, en su voto particular, utiliza un lenguaje mucho más incisivo y se muestra mucho más contundente con los potenciales efectos que tiene esta tipología de negocio.

En primer lugar, considera necesario que la tasa recaiga sobre el tipo de sujeto pasivo concreto porque considera que la ocupación de la vía pública que realizan los grandes operadores postales que entregan bienes adquiridos por comercio electrónico a usuarios finales es excesiva e intensiva en comparación con la «que hacen otros operadores y transportistas de las mismas plazas de carga y descarga, lo que, hasta ahora, había motivado que el Ayuntamiento no gravara con tasas esas plazas»[35]. El argumento que esgrime en defensa de la tasa es que en la entrega de bienes tradicionales se descargan palés enteros a un solo comerciante, mientras que el modelo «*delivery*» ha multiplicado el número de desplazamientos, para entregar un solo ítem a cada usuario. El incremento del número de viajes y de estacionamiento de estos vehículos de reparto en los distintos puntos de carga y descarga supone un uso intensivo tanto de las vías de circulación dentro del municipio como, también, de estos estacionamientos.

---

[32] FD 8º, 12, 13 STSJ de Cataluña 4704/2024, de 19 de julio ECLI:ES:TSJCAT:2024:4704 y STSJ de Cataluña 4705/2024, de 19 de julio ECLI:ES:TSJCAT:2024:4705.

[33] Punto 6 Voto particular STSJ Cataluña, 4704/2024, de 19 de julio ECLI:ES:TSJCAT:2024:4704 y STSJ Cataluña, 4705/2024, de 19 de julio ECLI:ES:TSJCAT:2024:4705

[34] FD 3º n. 12.

[35] Punto 10 Voto particular STSJ Cataluña, 4704/2024, de 19 de julio ECLI:ES:TSJCAT:2024:4704 y STSJ Cataluña, 4705/2024, de 19 de julio ECLI:ES:TSJCAT:2024:4705

En segundo lugar, considera que la manera de operar de los grandes distribuidores postales contribuye a «colapsar» las vías urbanas de la ciudad por el aumento de la presencia de estos vehículos de transporte, «en perjuicio de los demás usuarios, comerciantes o no» [36]. Y es que, además de perjudicar el modelo de negocio «tradicional», les causa un agravio comparativo, pues estos pequeños comerciantes y usuarios radicados en la ciudad «sí tributan para financiar servicios e infraestructuras» [37] viarias municipales. Sin embargo, aunque estos grandes operadores pagan un impuesto de circulación, que sirve para financiar estas infraestructuras viarias, que necesariamente utilizan, el abono de dicho impuesto se abona en el municipio en el que está domiciliada la actividad empresarial, de modo que no colaboran directamente en el mantenimiento de las vías de los demás municipios donde realizan los repartos y sacan el beneficio.

En tercer lugar, esta Magistrada califica de «insostenible para el medio ambiente» [38] este nuevo modelo de negocio. A pesar de que tanto en su voto particular como en la argumentación del Ayuntamiento se menciona el sentido ambiental que tienes la tasa, lo cierto es que ni en la ordenanza, ni en su preámbulo se menciona algún objetivo medioambiental para justificar el diseño de la tasa, a diferencia de la propuesta italiana de *imposta su consegne nell'ultimo miglio* —impuesto sobre entregas de última milla— que se especuló diseñar en 2022 [39]. Dicha propuesta compartía con la tasa barcelonesa el acotamiento del sujeto pasivo a las grandes empresas digitales, también en base a los umbrales de facturación. No obstante, se diferenciaba al destacar su componente ambiental porque dicho impuesto —impuesto, que no tasa— afectaría a las entregas realizadas con vehículos «no ecológicos», de estos grandes operadores postales.

3. CONCLUSIONES

El TSJ de Cataluña llega a la conclusión que la denominada, «tasa de la última milla» es en realidad un impuesto a la última milla. El Tribunal omite pronunciarse directamente sobre todas las cuestiones planteadas por las partes, por un lado, porque espera criterios doctrinales por parte del Tribunal Supremo y porque considera que no es necesario ahondar en cuestiones como la potencial vulneración de la libre circulación de mercancías o de derechos fundamentales de nuestra Constitución para dictar que la Ordenanza fiscal no resulta conforme a derecho. Y es que al Tribunal le basta con examinar detalladamente los elementos que configuran la propia na-

---

[36] Punto 10 Voto particular STSJ Cataluña, 4704/2024, de 19 de julio ECLI:ES:TSJCAT:2024:4704 y STSJ Cataluña, 4705/2024, de 19 de julio ECLI:ES:TSJCAT:2024:4705

[37] *Ibid.*, n. 35.

[38] Punto 12 Voto particular STSJ Cataluña, 4704/2024, de 19 de julio ECLI:ES:TSJCAT:2024:4704 y STSJ Cataluña, 4705/2024, de 19 de julio ECLI:ES:TSJCAT:2024:4705

[39] Transporto Europa, «Il Governo valuta un'imposta su consegne nell'ultimo miglio», *Transporto Europa*, 21/11/2022 *https://www.trasportoeuropa.it/notizie/logistica/il-governo-valuta-unimposta-su-consegne-nellultimo-miglio/*

turaleza de la tasa: su objeto y sus elementos cuantificadores. Examen que ha sido suficiente para llegar a la conclusión que el diseño de la misma es contrario a derecho.

Si bien técnicamente parece ser que el diseño de la tasa no es respetuoso con el marco legal otorgado por la LRHL, cabe preguntarse hasta qué punto es necesaria una tasa municipal u otra categoría de tributo para apaciguar el impacto, no tanto ambiental o de movilidad dentro de los centros urbanos —que también—, sino de modelo económico y social al que, al parecer, inevitablemente nos dirigimos. Ante esta perspectiva quizá deberíamos reflexionar más en profundidad sobre si el modelo de negocio de reparto de última milla a los consumidores finales que han adquirido bienes por medios telemáticos es en realidad un servicio de interés general o podría serlo en un futuro relativamente próximo.

El comercio tradicional, tal y como lo hemos conocido hasta ahora, está cambiando por el impulso y la influencia de las nuevas tecnologías, de aquí el crecimiento extraordinario del comercio electrónico y los modelos «*delivery*», que tienen enormes ventajas, pero inevitablemente potenciales riesgos tanto a nivel económico, social y medio ambiental. Por tanto, también deberíamos preguntarnos si podría considerarse el impacto ambiental o de transformación del tejido económico que genera el modelo de negocio de venta digital una cuestión que justifique la creación de un nuevo tributo sobre estos grandes operadores digitales.

Cuadernos de Derecho Regulatorio
Vol. 2 | 2024
Estudios III: Movilidad y Colaboración Público-Privada. pp. 285–304
Madrid, 2024
DOI: 10.37417/cudere/vol_2_2024_3006
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
© Marc Tarrés Vives
© Camilla Jacod
ISSN: 3020-6162

LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TRANSPORTE URBANO BAJO DEMANDA EN AUTOMÓVILES DE TURISMO (TAXI Y VTC). DATOS COMPARATIVOS PARA UNA REFLEXIÓN SOBRE ESOS SERVICIOS DE MOVILIDAD EN EL ÁREA METROPOLITANA DE BARCELONA*

Marc Tarrés Vives
Profesor titular de Derecho administrativo
Universitat de Barcelona

Camilla Jacod
Investigadora predoctoral
Università di Torino

SUMARIO: 1. ESTADO DE LA CUESTIÓN.— 2. EL TAXI EN CATALUÑA Y EN EL ÁREA METROPOLITANA DE BARCELONA: ALGUNOS DATOS.— 3. LA PRESIÓN TURÍSTICA SOBRE LOS SERVICIOS DE TAXI Y VTC: DATOS COMPARATIVOS ENTRE CIUDADES EUROPEAS.— 4.CONSIDERACIÓN AL RÉGIMEN DE CONTINGENTACIÓN EN EL NÚMERO DE LICENCIAS DE TAXI Y A LAS LIMITACIONES EN EL NÚMERO DE AUTORIZACIONES VTC.— 5. LA COMPLEJIDAD DE LA REGULACIÓN ESPAÑOLA FRENTE A LA DE OTROS PAÍSES.— 6. EL TURISMO COMO ELEMENTO ADICIONAL DEMANDA DE LOS SERVICIOS DE MOVILIDAD URBANA EN VEHÍCULOS DE TURISMO CON CONDUCTOR. DATOS COMPARATIVOS ENTRE CIUDADES EUROPEAS: 6.1. La oferta taxis-VTC en el mercado del transporte urbano en vehículos de turismo de algunas ciudades europeas; 6.2. Turismo como factor de demanda adicional de los servicios de taxi y VTC.— 7. CONCLUSIONES.— 8. BIBLIOGRAFÍA

1. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Desde hace más de una década la problemática de los servicios de transporte no regular en vehículos de turismo con conductor ha venido siendo objeto de atención

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto «Nuevas Regulaciones en el Transporte Urbano de Personas y Mercancías en un Entorno Digital – NURETU» (PID2023-149612OB-100), concedido por la Agencia Estatal de Investigación.

en la práctica totalidad de las grandes ciudades europeas. Ese interés ha venido provocado por significativos pronunciamientos judiciales nacionales y europeos conducentes a recurrentes cambios normativos que han terminado por encontrar un amplio eco en los medios de comunicación y, por supuesto, en las redes sociales. Principalmente, la controversia ha venido por la oposición frontal del sector del taxi a la prestación de servicios urbanos de transporte por parte de los vehículos con autorización VTC (Vehículos de Turismo con Conductor) y contratados a través de las aplicaciones de conocidas plataformas digitales.

A pesar de las *recomendaciones europeas* para la apertura del mercado del transporte local bajo demanda[1], lo cierto es que el impacto regulatorio europeo en ese ámbito tiene un efecto muy limitado, tal como se reconoce en la misma legislación de la Unión Europea[2]. Sin embargo, esa exclusión no significa que el sector de transporte en el que confluyen los taxis y los VTC deje de constituir un mercado cuyas regulaciones no deban estar en consonancia con las libertades sobre las que se sustenta el mercado único[3]. Al contrario, esas regulaciones se sujetan a los principios del Derecho europeo y, no menos importante, deben ser proporcionadas al objetivo que persiguen y no discriminatorias. Es más, el juego de la libre concurrencia rige entre los diferentes operadores que actúan en ese mercado, tal como se desprende de la importante Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) *Prestige and Limousine*, de 8 de junio de 2023 (C-50/21), y, por tanto, los reguladores deben permitir su buen funcionamiento[4].

Los servicios de taxi y VTC constituyen actividades reguladas de un modo claramente diferenciado; sin embargo, ambas confluyen en un mismo mercado —el del transporte bajo demanda— si bien bajo diferentes requisitos y condiciones. Esa es una nota común en prácticamente todas las ciudades europeas. En el caso del taxi encontramos una frecuente barrera de entrada consistente en la contingentación de los títulos administrativos habilitantes[5] concedidos por los entes locales —las licencias— que en la práctica supone, por regla general, el mantenimiento de un número

---

[1] Principalmente la *Comunicación de la Comisión sobre un transporte local de pasajeros bajo demanda que funciones correctamente y sea sostenible (taxis y VTC)*, DOUE, de 4 de febrero de 2022 (C-62/1).

[2] Caso de la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, excluye de su ámbito de aplicación los servicios de transporte, incluido el transporte urbano.

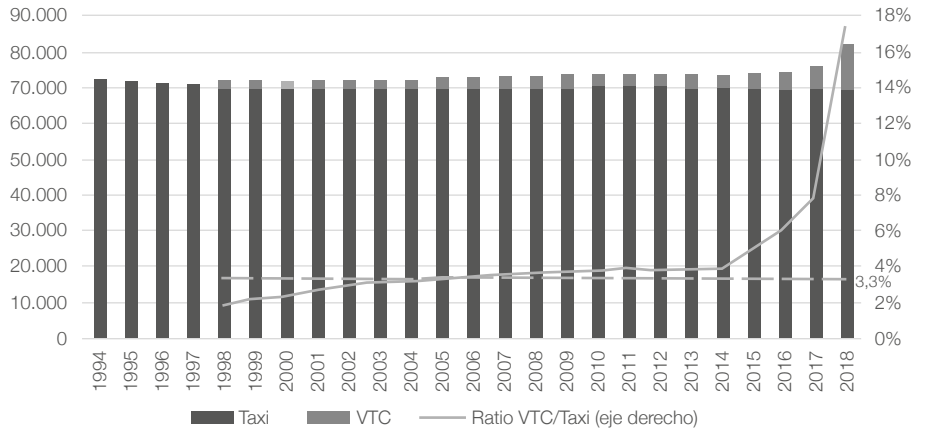
[3] *Comunicación…*, cit. pág. 2.

[4] Siguiendo esta Sentencia del TJUE y en consonancia con la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, véase la *STS 469/2024, Sala de lo Contencioso, de 13 de marzo de 2024 (recurso de casación 8543/2022)*.

[5] La imposición de limitaciones cuantitativas en el ejercicio de actividades privadas (caso del taxi, pero también, por ejemplo, de las oficinas de farmacia) constituye una problemática ampliamente debatida por la doctrina administrativista de diferentes países a tratar de justificar aquéllas en un contexto de libertad económica y libre prestación de servicios. Sobre la contingentación de las licencias de taxi en España y Francia, puede verse TARRÉS VIVES, M., *La regulación del Taxi. Legislación autonómica y experiencias de Derecho comparado*, Atelier, Barcelona, 2006, pp. 67 y ss. Para el supuesto italiano, véase DELSIGNORE, M., *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata*, Guiffrè, 2011, Milán, pp. 191 y ss.

estático del número de taxis. En nuestro país esa situación ha venido siendo puesta de relieve, entre otros, por la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia (CNMC) en su *Informe PRO/CNMC/003/18*, de 17 de enero de 2019, indicando que las licencias de taxi llevan estancadas, desde hace 30 años, en torno a las 70.000. En el caso de las autorizaciones VTC, sin embargo, su número se incrementó de manera exponencial en la pasada década para situarse actualmente en un escenario de relativa estabilidad.

Grafico 1. Taxi y VTC en España: 1994 – 2018

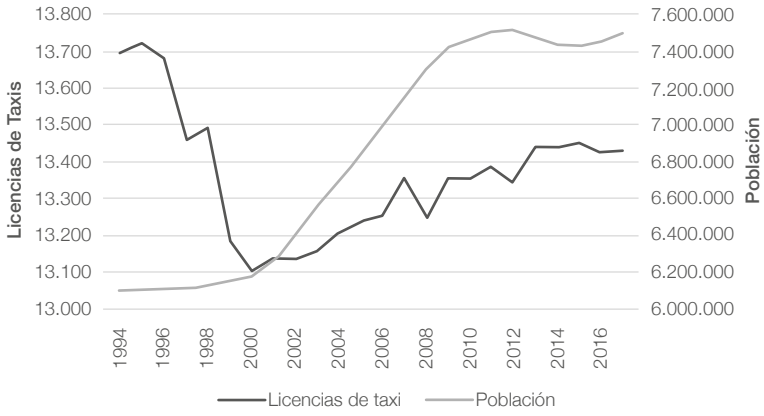


Fuente: CNMC (2019: 10)

2. EL TAXI EN CATALUÑA Y EN EL ÁREA METROPOLITANA DE BARCELONA: ALGUNOS DATOS

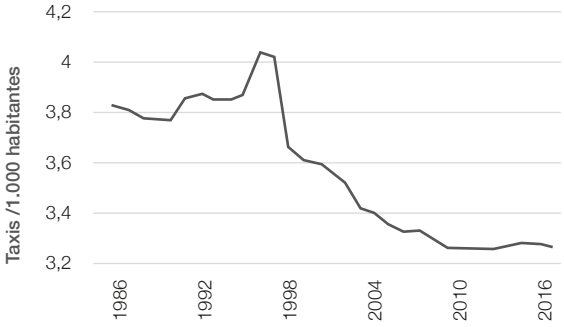
El caso de Cataluña sirve como ejemplo para comprobar como el incremento de población no ha comportado un incremento equivalente en el número de taxis, sino incluso una disminución como es en el caso del Área Metropolitana de Barcelona, en donde la ratio de taxi por 1.000 habitantes ha descendido progresivamente desde su punto álgido a finales de la década de los 90 (4 taxis por mil habitantes) para situarse en 3,2 taxis por mil habitantes desde la segunda década de este siglo. Pueden verse en este sentido los datos de la *Autoridad Catalana de la Competencia en su estudio 15/2018*.

Gráfico 2. Número de licencias de taxi y población en *Catalunya* (1994 – 2017)



Fuente: ACCO (2018: 16)

Gráfico 3. Evolución del número de licencias / 1.000 habitantes en AMB 1986 – 2016

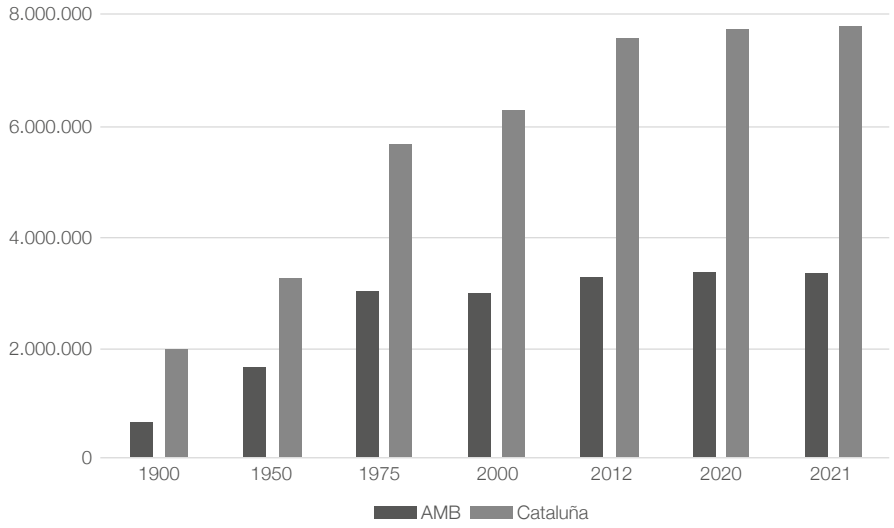


Fuente: ACCO (2018: 18)

La razón de esa ratio se debe al incremento de población que desde inicios de los años 2000 ha tenido el AMB (gráfico 4), mientras, como se ha indicado, el número de taxis (10.521 licencias) se ha mantenido estable[6]. Además, la creciente importancia de la ciudad de Barcelona en la organización de eventos, junto a su atractivo turístico, han comportado un aumento significativo del número de visitantes y de la demanda de servicios de taxi y VTC.

[6] Según datos del Instituto Metropolitano del Taxi (IMET) en marzo de 2023. El número de conductores de taxi en activo sería de 13.206. Es significativo el dato de 3.889 personas que entre los años 2013-2023 han aprobado el examen para la credencial de taxista, pero no ejercen la actividad.

Gráfico 4. Población en Cataluña y Área Metropolitana de Barcelona

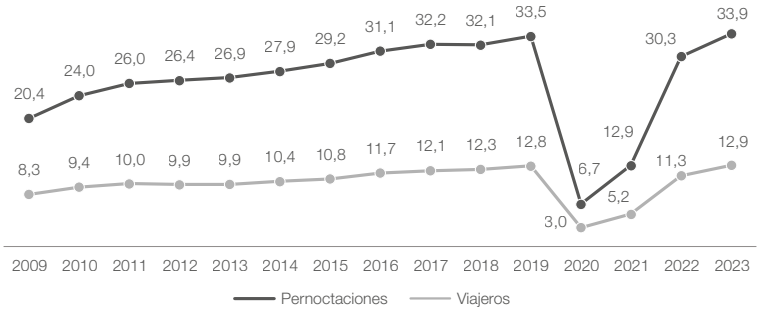


Fuente: https://www.amb.cat/s/es/web/area-metropolitana/coneixer-l-area-metropolitana/poblacio.html

3. LA PRESIÓN TURÍSTICA SOBRE LOS SERVICIOS DE TAXI Y VTC: DATOS COMPARATIVOS ENTRE CIUDADES EUROPEAS

Efectivamente, durante los últimos tres lustros la demanda de servicios de taxi y VTC se ha incrementado atendiendo a que el número de visitantes (por razones profesionales o de ocio) que llegan a Barcelona no ha dejado de aumentar —salvo el paréntesis de los años 2020 y 2021 a causa de la pandemia COVID-19—. Ese turismo, singularmente el que llega en avión al aeropuerto del Prat de Llobregat (dentro del AMB), pero también en los cruceros que recalan en el mismo puerto de Barcelona, supone una presión adicional sobre la oferta de servicios de taxi del AMB para la población residente. Los gráficos 5 y 6 son suficientemente expresivos e ilustran tanto el número de visitantes como, no menos importante, su pernoctación en la ciudad de Barcelona. La comparación de Barcelona con otras ciudades europeas, gráficos 7 y 8, permiten observar que la presión turística sobre esta ciudad se sitúa sólo por detrás de París, Roma, Milán y Praga (también de Lyon y Dublín, si bien estas ciudades tienen una población residente inferior al millón de habitantes).

Gráfico 5. Pernoctaciones y viajeros en establecimientos hoteleros (millones)
Provincia de Barcelona.



Fuente: INE. Encuesta de ocupación hotelera. *https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=2078&L=0*

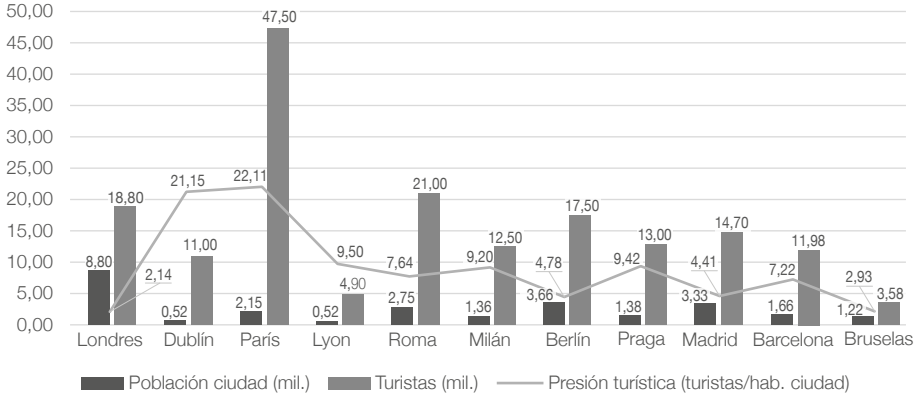
Grafico 6. Pernoctaciones y viajeros en establecimientos hoteleros (millones)
en Cataluña, provincia de Barcelona y Barcelona ciudad.

	Pernoctaciones		
	2019	2022	2023
Barcelona	21,36	19,70	21,71
Provincia de Barcelona	33,45	30,25	33,87
Cataluña	58,24	53,11	58,82
	Viajeros		
	2019	2022	2023
Barcelona	8,52	7,38	8,28
Provincia de Barcelona	20,75	19,10	21,26
Cataluña	12,81	11,27	12,92

Fuente: INE. Encuesta de ocupación hotelera. Viajeros y pernoctaciones por puntos turísticos.
https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=2078&L=0

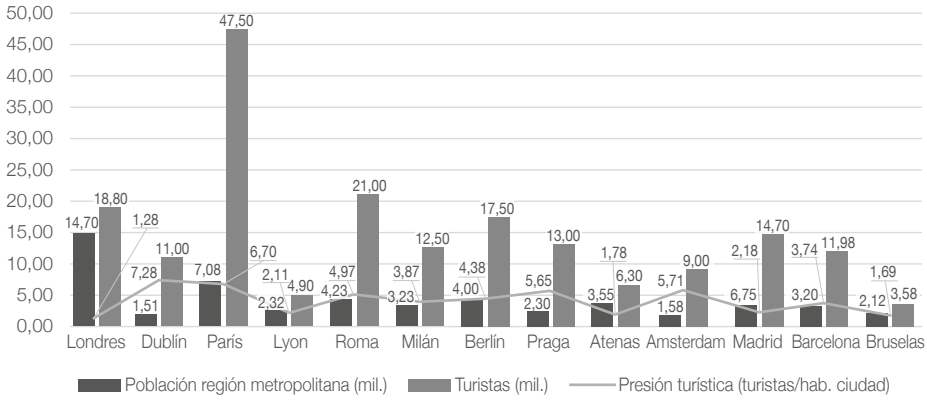
Datos sobre la presión turística en ciudades europeas y su conurbación:

Gráfico 7. Ratio de turistas por habitantes residentes en ciudad (cómputo anual).



Fuente: Elaboración propia con datos publicados en diferentes fuentes.

Gráfico 8. Ratio de turistas por habitantes residentes en áreas metropolitanas (cómputo anual).



Fuente: Elaboración propia con datos publicados en diferentes fuentes.

4. CONSIDERACIÓN AL RÉGIMEN DE CONTINGENTACIÓN EN EL NÚMERO DE LICENCIAS DE TAXI Y A LAS LIMITACIONES EN EL NÚMERO DE AUTORIZACIONES VTC

La restricción o contingentación en el número de licencias de taxi ha encontrado tradicionalmente su justificación en razones de interés público. Esas razones se han ligado a la finalidad de asegurar la viabilidad económica de una actividad sometida a obligaciones de servicio público. Sin embargo, esta motivación ha quedado comple-

tamente descartada por la ya referida Sentencia del TJUE en el caso *Prestige and Limousine* al indicar que «*el objetivo de garantizar la viabilidad económica de los servicios de taxi (…) debe considerarse un motivo de carácter puramente económico que no puede constituir una razón imperiosa de interés general*» (apdo. 71). Por tanto, esos criterios económicos, desde el Derecho europeo, no permiten justificar por sí solos limitaciones al libre acceso en el ejercicio de la actividad de taxi. Sí lo pueden ser, en cambio, criterios que se justifiquen en razones ambientales, de gestión del tráfico, o de una adecuada satisfacción de la demanda para lo cual se establecen obligaciones de servicio público. Sin embargo, tal como ha referido la muy reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 26 de noviembre de 2024 (recurso ordinario 147/2018), dictada en el asunto Prestige and Limousine SL que motivó el planteamiento de la previa cuestión prejudicial resuelta por la referida sentencia del TJUE, toda limitación de acceso para el desarrollo de la actividad (en este caso de VTC) necesita de motivación y no bastan genéricas referencias sobre ordenación de tráfico, mejora de movilidad, utilización de un dominio púbico escaso y protección del medio ambiente y la salud.

En lo que se refiere a los demás vehículos que no siendo taxi operan en el mercado, la jurisprudencia del TJUE, reconoce que corresponde a las autoridades competentes en cada Estado establecer en qué modo y bajo qué requisitos realizan la actividad de transporte, siendo perfectamente admisible la exigencia de una autorización previa. Ahora bien, esa misma jurisprudencia también se ha mostrado contraria a limitaciones de carácter cuantitativo, así como aquellas que justifiquen cuotas de mercado por razones puramente económicas, como sería el caso de la fijación de un número máximo de autorizaciones VTC motivado en garantizar la viabilidad económica del servicio de taxi o el precio de las licencias. En todo caso, el Tribunal de Luxemburgo no prohíbe la posibilidad de establecer medidas limitadoras en el número de VTC, pero esas restricciones deben obedecer a razones imperiosas de interés general como son, de un lado, la protección del medio ambiente en la conurbación de que se trate y, de otro, la gestión del transporte, del tráfico y del espacio público urbano. Razones que, en todo caso y según lo dicho anteriormente, deben resultar suficientemente motivadas.

Advirtamos que la situación de conflicto y marasmo normativo vivido en España en estos últimos tres lustros no ha sido privativa de nuestro país. En todos los países europeos ha habido tensiones regulatorias entre los taxistas, los conductores de vehículos de turismo autorizados para el transporte urbano y las plataformas digitales de intermediación[7]. En cada caso las respuestas regulatorias ofrecidas a lo largo de algo más de una década han sido diversas, pero en todas ellas podemos observar un trato

[7] El caso de Francia fue de los primeros en los que la irrupción de las plataformas de intermediación fue coincidente con la liberación de las autorizaciones VTC. Las regulaciones establecidas fueron objeto de sucesivos pronunciamientos judiciales que obligaron a nuevas modificaciones. Muchas de las controversias que allí se suscitaron se han planteado luego en nuestro país. Sin embargo, la descentralización normativa que en esta materia existe en España ha hecho imposible la existencia de un marco jurídico uniforme en todo el territorio nacional. Véase TARRÉS VIVES, M., «¿Shumpeter viaja en taxi? No en Fracia, por ahora». Disponible en *https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2015/11/23/schumpeter-viaja-en-taxi-no-en-francia-por-ahora-marc-tarres-vives/*

singularmente preferente hacia el taxi que, sin embargo, se ha conjugado con una voluntad de hacer compatibles —y complementarias— ambas modalidades de actividad y establecer una regulación clara respecto a las plataformas de intermediación en el ámbito que nos ocupa [8].

5. LA COMPLEJIDAD DE LA REGULACIÓN ESPAÑOLA FRENTE A LA DE OTROS PAÍSES

En el caso español a nuestro juicio serían tres los factores que explicarían el escenario de alta complejidad regulatoria vivido, especialmente durante el último lustro y que en algunas comunidades autónomas está aún lejos de haber quedado resuelto de un modo claro.

El primer factor sería la liberalización que se realizó hace más de una década sobre la actividad VTC a través de la llamada Ley Ómnibus de 2009 [9], si bien con posterioridad, a partir de 2015, se restablecieron limitaciones cuantitativas (la famosa ratio 1/30) e impusieron condiciones restrictivas de carácter operativo que han terminado por ser manifiestamente divergentes según cada comunidad autónoma; en segundo lugar, existe un factor tecnológico disruptivo consistente en la aparición de las plataformas digitales ligada a la extensión de los teléfonos inteligentes que posibilitan una inmediata intermediación en los servicios urbanos de transporte en vehículos de turismo (VTC pero también taxis); finalmente, se da un tercer elemento vinculado a la demanda que trae causa en el constante incremento del número de visitantes de aquellas grandes ciudades europeas que cuentan buenas infraestructuras (aeropuertos, puertos, estaciones de tren). Se trata, sin duda, de un factor importante que pone de manifiesto la tensión actual del servicio de taxi para tratar de cubrir esas necesidades adicionales de movilidad que cada vez son menos coyunturales o estacionales y, a la

[8] La situación actual adolece de la falta de un marco normativo claro y común en lo que se refiere a las plataformas de intermediación en los servicios de taxi y VTC. Son muy pocos los países que tienen una regulación general en ese ámbito de transporte. Entre ellos nos parece relevante el caso de Chile con su *Ley 21553, de 10 de abril de 2023, que Regula a las aplicaciones de transporte remunerado de pasajeros y los servicios que a través de ellas se presten*. En el ámbito europeo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha permitido establecer una jurisprudencia que distingue claramente lo que es la mera actividad de intermediación de lo que constituye una prestación de servicio de transporte a través de plataforma digital. En el primer caso se trataría de un «servicio de la sociedad de la información» (Directiva 200/31/CE) en el que no cabe ningún tipo de restricción para su prestación, mientras que en el segundo caso es posible que la autoridad competente en cada Estado miembro pueda establecer condiciones de acceso. Véanse las sentencias del TJUE de 20 de diciembre de 2017 (C-434/15) y de 3 de diciembre de 2020 (C-62/19). Más ampliamente puede verse TARRÉS VIVES, M., «Los servicios de plataforma: entre la innovación tecnológica y el interés general. El ejemplo de los servicios de movilidad», en VV. AA., *Servicios en plataforma. Estrategias regulatorias*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 161 y ss.; BOBOC, S., *Las plataformas en línea y el transporte discrecional de viajeros por carretera*, Marcial Pons, Madrid, 2021, especialmente pp. 144 y ss.

[9] Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

vez, genera, *tal como han reflejado los medios de comunicación*, una desatención del servicio hacia la población residente que, no olvidemos, fue la que en su momento se tomó en consideración para fijar el número de licencias de taxi. Además, se acredita también la emergencia de un nuevo tipo de demanda, singularmente ubicada en generaciones jóvenes que considera las ventajas —entre ellas el factor reputacional y de seguridad— que supone la contratación de esos servicios mediante el uso de las aplicaciones instaladas en sus *smartphones*[10].

La insatisfacción de la demanda no deja de estar, pues, vinculada a las referidas restricciones cuantitativas y de servicio establecidas por los reguladores del taxi. Nos referimos a la ya comentada contingentación en el número de licencias, pero también a los límites temporales (días festivos y horarios) impuestos a los titulares de licencias de taxi, aunque esas limitaciones pueden ser excepcionadas por el regulador en situaciones de previsible incremento de la demanda (determinados eventos o periodos vacacionales) o disminución de la propia oferta[11]. En todo caso, la contingentación supone en la práctica que el número de taxis en las grandes ciudades se haya mantenido inalterado durante décadas, mientras la realidad socioeconómica de aquéllas y sus necesidades de movilidad han cambiado radicalmente. Y, como señalábamos, no hay que obviar el impacto de los turistas que, salvo el intervalo provocado por la pandemia COVID-19, no ha dejado de crecer año tras año en la inmensa mayoría de las grandes ciudades europeas. Precisamente, ese incremento de demanda turística no deja de mostrar el hecho de que la oferta de servicios de taxi debe atender una demanda añadida proveniente de los aeropuertos y que tiene como consecuencia ser, en determinados momentos, insuficiente para satisfacer las demandas dentro de la ciudad. Sin embargo, la ausencia de controles efectivos por parte de las autoridades competentes ha hecho hasta ahora prácticamente imposible determinar la suficiencia o insuficiencia del número de taxis que permitan satisfacer de modo satisfactorio las pretendidas obligaciones de servicio público que se les asigna. Ahora bien, si tecnológicamente ello hoy día resulta perfectamente posible, lo cierto es que el actual marco regulatorio y las propias singularidades de la actividad de taxi en cada país, por no decir en cada ciudad, hacen que, por ahora, en términos generales, sea casi imposible poder conocer si existe una adecuada correlación entre la oferta a la demanda. Sí existen, en cambio, datos que permiten inferir esa insuficiencia, así como permiten deducir que una mayor oferta de vehículos de turismo con conductor no parece

---

[10] Véase el trabajo de los investigadores del proyecto de investigación NURETU, Guillen-Pujadas, M; Vizuete-Luciano, E.; Alaminos, D.; Gracia-Ramos, M. C., «Understanding evolving user choices: a neural network analysis of Taxi and ride-hailing services in Barcelona», *Soft Computing*, Springer, 2023, *https://doi.org/10.1007/s00500-023-09239-w*

[11] Por ejemplo, en el caso de la celebración de la festividad musulmana del Eld al-Adha en 2024, la gerencia del Instituto Metropolitano del Taxi IMET estableció que el domingo 16 de junio pudiesen trabajar todas las licencias desde las 7:00 horas hasta las 18:00 horas. La justificación es la previsible falta de taxistas trabajando ese día. Puede consultarse en: *https://taxi.amb.cat/es/imet/actualitat/noticies/detall/-/noticiataxi/ampliacio-de-l-horari-de-liberalitzacio-del-servei-de-taxi-per-al-16-de/17984209/956832?_NoticiaTaxiSearchListPortlet_WAR_AMBSearchPortletportlet_pageNum=1&_NoticiaTaxiSearchListPortlet_WAR_AMBSearchPortletportlet_detailBackURL=https por 1003A por 1002F por 1002Ftaxi.amb.cat por 1002Fes por 1002Fimet por 1002Factualitat por 1002Fnoticies*

afectar negativamente a la demanda de servicios de taxi. Para ello resultan ilustrativos los datos que ofrecemos en el siguiente apartado (6) sobre algunas ciudades europeas.

Una demanda adicional que ha favorecido e incluso justificado la implantación de los servicios VTC. Sobre ellos, y según las ciudades, se observa una muy diversa regulación en sus condiciones de prestación, pero también se aprecia que las restricciones numéricas resultan casi una excepción. Italia sería en este último sentido el caso más similar al español, si bien en ese país se han ido aprobando diferentes medidas que, sin cuestionar las competencias regionales y locales en la materia, han atribuido a una administración independiente, la Autoridad Reguladora del Transporte, una función de seguimiento y verificación de la correspondencia entre la oferta del servicio de taxi y la demanda que caracteriza los diversos contextos urbanos, según criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Un elemento distintivo entre taxi y VTC común a muchas ciudades es permitir al primero el uso de carriles exclusivos bus, sin que ello se considere una ayuda de Estado que comprometa fondos estatales y, por tanto, constituya una ventaja competitiva y, por tanto, falsee la competencia entre taxis y VTC[12]. Se ofrecen también en algunas ciudades exclusividades del taxi en determinadas zonas de la ciudad con acceso restringido a los demás vehículos (caso de Londres donde, en cambio, la actividad de *ride-hailing* está desregulada lo cual la convierte en la ciudad europea que numéricamente y en proporción tiene una mayor oferta de servicios equivalentes a los de VTC); o bien se establecen unos requisitos y exámenes de acceso muy rigurosos para los conductores de VTC (Francia). Otras medidas son el establecimiento de tiempos de precontratación o incluso duración mínima en la prestación del servicio (Bruselas y Luxemburgo). Precisamente, en España la cuestión de la previa contratación se ha establecido en algunas Comunidades Autónomas, caso de Cataluña que mediante el Decreto-ley 4/2019, de 29 de enero, de medidas urgentes en materia de alquiler de vehículos con conductor, fue la primera y a la que siguieron Aragón, la Comunidad Valenciana, País Vasco e Islas Baleares. Se trata de una cuestión controvertida contenida en normas de distinto rango normativo que ha hecho que en algunos casos el Tribunal Supremo ya se haya pronunciado en un sentido contrario a esas previsiones al considerarlas contrarias al principio de libertad de empresa (art. 38 CE). En otros supuestos el rango legal de la regulación llevó a que el Tribunal Supremo plantease una cuestión de inconstitucionalidad resuelta recientemente por el Tribunal Constitucional (*STC 112/2024, de 10 de septiembre de 2024*). Más allá de este aspecto no exento de interés, sí puede afirmarse que un elemento común e invariable en todas las ciudades europeas es la exclusividad del taxi en la mano alzada como modo de acceso al servicio de taxi, lo que los franceses vienen en llamar *à la maraude*, o, en expresión de los taxistas españoles, el «hacer pista» por las calles de las ciudades. De igual modo, el precio del servicio sigue siendo determinado en el caso del taxi por el régimen tarifario aprobado por la administración competente; mientras que en los servicios VTC la determinación del precio es libre, si bien en algunos casos, por

[12] Véase la *Sentencia Eventech (C-518/13), de 14 de enero de 2015*.

ejemplo, en el caso de la Comunidad de Madrid, ya se han establecido previsiones legales para establecer precios máximos [13].

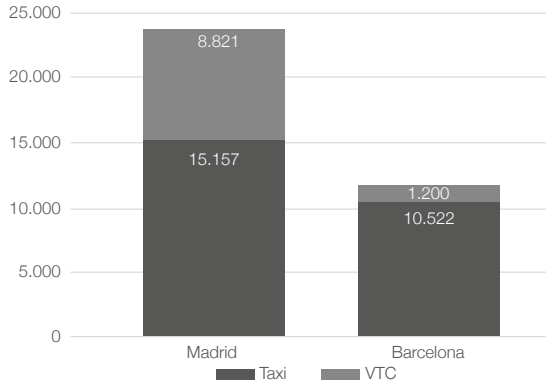
6. EL TURISMO COMO ELEMENTO ADICIONAL DEMANDA DE LOS SERVICIOS DE MOVILIDAD URBANA EN VEHÍCULOS DE TURISMO CON CONDUCTOR. DATOS COMPARATIVOS ENTRE CIUDADES EUROPEAS

6.1. La oferta taxis-VTC en el mercado del transporte urbano en vehículos de turismo de algunas ciudades europeas.

Los datos que hemos podido extraer de diferentes ciudades europeas en las que el turismo es significativo nos muestran que si, por un lado, el número de taxis se ha mantenido estanco; por otro y por diferentes motivos se ha ido incrementando la oferta de transporte en vehículo de turismo (VTC).

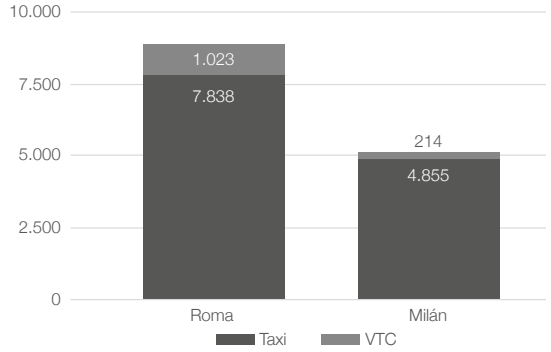
Tal como indicábamos, el caso español e italiano han venido siendo similares en términos regulatorios respecto a limitaciones cuantitativas, tanto del número de taxis como de VTC (NCC en el país transalpino). Ahora bien, en el caso español las competencias regulatorias atribuidas desde el año 2018 (mediante el RD-ley 13/2018) por parte del Estado a las Comunidades Autónomas han llevado a un escenario territorial de modelos divergentes con datos dispares en lo que se refiere al número de VTC y su relación con el de taxis. Así, por un lado, puede observarse el caso de Madrid y, de otro, el de Barcelona (gráfico 9). Esta última, en sus datos, más comparable a Roma y Milán que no a la capital española (gráfico 10).

Gráfico 9. Madrid y Barcelona



[13] Es el caso del *Decreto 5/2024, de 10 de enero, por el que se desarrolla la Ley 20/1998, de 27 de noviembre, de Ordenación y Coordinación de los Transportes Urbanos de la Comunidad de Madrid, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor* (artículo 8.4).

Gráfico 10. Roma y Milán



Fuente: Elaboración propia con datos publicados en diferentes fuentes.

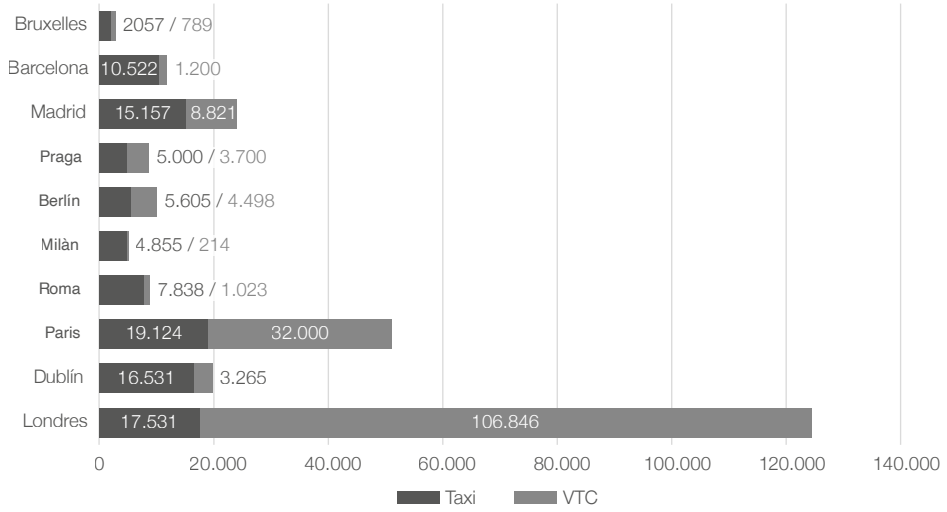
El número de vehículos de turismo con título administrativo habilitante (taxi y VTC) varía, pues, según las ciudades. La regulación existente en cada una de ellas sobre cada actividad permite entender y explicar tanto el número de operadores, como el modo en que prestan el servicio.

En el caso concreto del taxi esa variación obedece a la intensidad de la regulación existente o, en otras palabras, a la existencia o no de contingentación en el número de licencias. En el caso de las ciudades españolas, al igual que las italianas, ya hemos indicado que ese número es prácticamente estático desde hace décadas. En cambio, en otras ciudades nos encontramos, desde inicios de este siglo, con modelos desregulatorios en el acceso a la actividad, si bien manteniendo regulación en el precio (tarifas). Es el caso de ciudades como Dublín o Ámsterdam.

De igual modo, en el caso de las VTC se nos presentan también diferentes modelos regulatorios. En unos casos, el acceso a la actividad se ve sometido también a restricciones que limitan el número de operadores, en otros no las hay formalmente, aunque puede haber otras exigencias como, por ejemplo, la obtención de una credencial específica para el conductor (Francia). También puede observarse que existen otros condicionantes en el ejercicio de la actividad de VTC para diferenciarla claramente de la del taxi. Así, por ejemplo, se excluye el acceso de las VTC a determinadas zonas de la ciudad (las que se corresponden con el centro histórico o comercial) que son atendidas exclusivamente por el taxi (es el caso de Londres).

Cada una de esas circunstancias, o en su conjunto, puede ayudar a explicar las diferencias en el número de licencias de taxi y VTC y su ratio con la población residente de cada ciudad y de su conurbación. Los datos reflejados en los gráficos 11, 12 y 13 resultan elocuentes.

Gráfico 11. Composición del mercado del transporte urbano en vehículos de turismo en áreas metriopolitanas



Fuente: Elaboración propia con datos publicados.

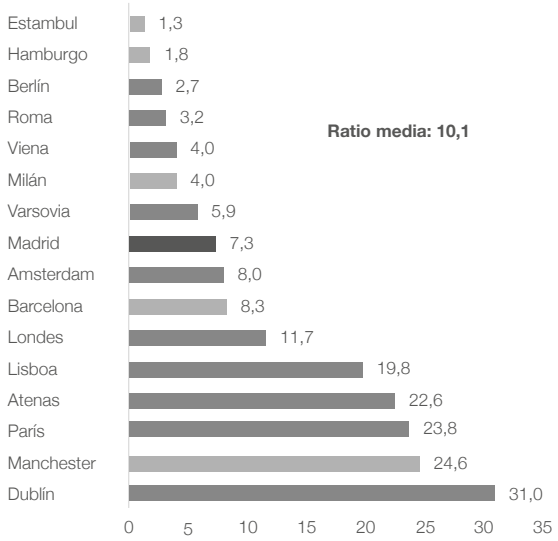
Advertencia: el número de VTC en el Área Metropolitana de Barcelona ha sido estimado en función de diferentes datos que han podido obtener los autores de trabajo. Ese número es inferior a los datos publicados en los *Datos del registro general del Ministerio de Transportes y Movilidad Sostenible en diciembre de 2024*. En el caso de la provincia de Barcelona el número de autorizaciones VTC se cifraba a 1 de diciembre de 2024 en 3.498, dato muy superior a las 1.200 que consideramos pueden estar operativas en estos momentos y que en su inmensa mayoría prestan servicio en el área metropolitana de Barcelona. Señalemos que, en cambio, el número de 8.821 autorizaciones VTC operativas en Madrid es casi coincidente con el de 8.841 que publica el Ministerio.

Si atendemos exclusivamente al número de taxis (tomando en consideración únicamente los residentes de la ciudades —excluyendo la población residente en otros municipios incluidos en áreas metropolitanas o áreas de prestación conjunta— y los turistas) los datos mostrarían un porcentaje similar en el caso de Barcelona y Madrid, que resulta casi el doble de otras grandes ciudades europeas en las que el número de taxis por mil habitantes se situaría muy por debajo. Esa diferencia puede deberse a diversos factores. Apuntamos sólo dos: 1) existencia de taxis propios en los municipios metropolitanos; 2) existencia de un número mayor de VTC respecto a los taxis (esto es claro en el caso de Londres y su área metropolitana, pero también en París). El caso de Dublín, en cambio, ofrece una ratio de taxis muy superior debido al proceso desregulatorio que terminó conduciendo a una libertad de entrada en la actividad de taxi[14], lo cual ayuda a entender también el relativamente bajo número de VTC. En el caso de Madrid y Barcelona si al número de taxis añadimos los vehículos VTC los datos entre ambas ciudades no resultan

[14] Sobre los procesos de liberalización en esos países llevados a cabo a finales de la década de los años 90 de inicios de esta centuria, véase TARRÉS VIVES, M., *La regulación del Taxi*, *op. cit.*, págs. 26-27, en nota. Con mayor detalle puede verse también el informe de la *Autoritat Catalana de la Competència* (ACCO), «*Estudio sobre el sector del transporte de viajeros en vehículos de hasta nueve plazas: el taxi y los vehículos de alquiler con conductor*» (junio 2018) y, anterior, el extenso informe de la OCDE «*Taxi Services Regulation and Competition*» (2007).

excesivamente divergentes (gráfico 12), algo más si nos referimos a su área de prestación conjunta o área metropolitana, respectivamente (gráfico 13).

Gráfico 12. Ratio licencias/1000 habitantes (ciudad)



Fuente: VASSALLO, J. M.: Estimación de las licencias necesarias de vehículos con conductor (taxi y VTC) en Madrid (Noviembre 2024).

Gráfico 13. Ratio licencias/1000 habitantes (área metropolitana)

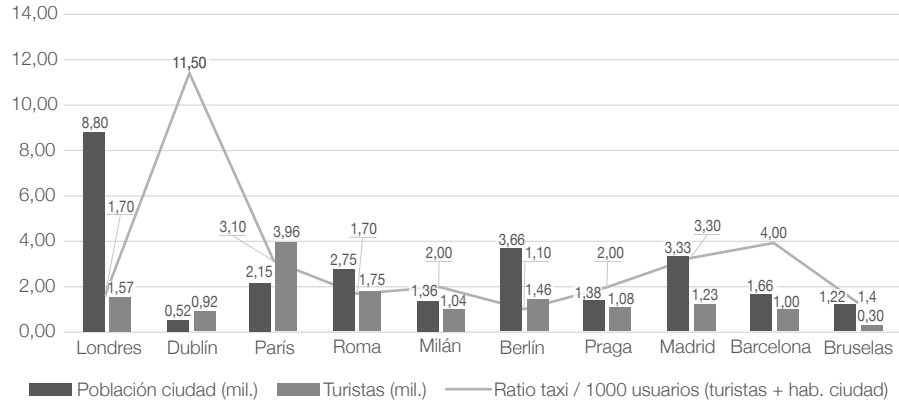
Fuente: VASSALLO, J. M.: Estimación de las licencias necesarias de vehículos con conductor (taxi y VTC) en Madrid (Presentación pública en noviembre 2024.)

5.2 Turismo como factor de demanda adicional de los servicios de taxi y VTC.

Los datos presentados en el apartado 3) sobre el número de turistas podemos trasladarlos a la presión que el turismo supone sobre la oferta o composición del mercado del transporte urbano de viajeros en taxi y VTC. Los gráficos 14 y 15 nos permiten observar diferencias entre ciudades europeas con distinta población residente y superficie, pero todas ellas con gran número de visitantes. En el gráfico 14 se atiende estrictamente a las ciudades; en el 15 al conjunto de la zona metropolitana.

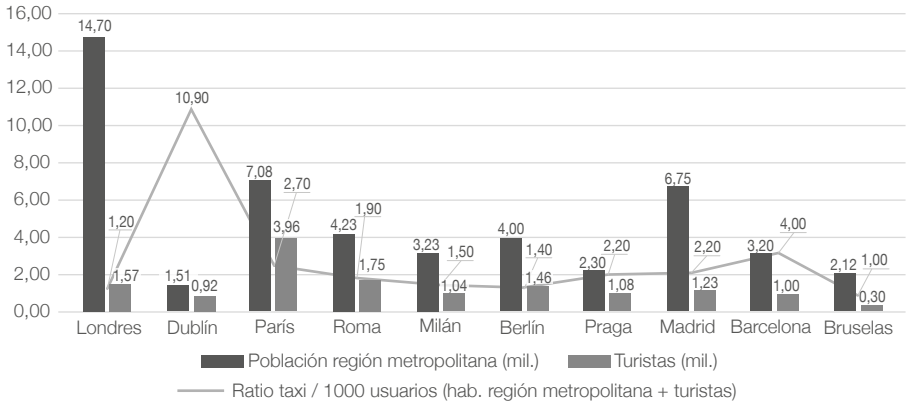
En los gráficos 16 y 17 se toma también en cuenta el número de VTC. El número de turistas ha sido promediado en los 12 meses del año, aunque es evidente que en ciertos periodos del año la media puede ser inferior o superior. Por ejemplo, en el mes de agosto puede haber una mayor demanda por parte de visitantes, pero inferior en lo que se refiere a la población residente que, en buena medida, por razones vacacionales, estará fuera de la ciudad. En los datos del número de taxis por potenciales usuarios (residentes + turistas) en diferentes ciudades europeas, vemos que las ratios por mil usuarios en la todos los casos se sitúan, salvo Dublín por lo ya comentado, se sitúa en una horquilla entre 1,1 taxi de Berlín y 4 de Barcelona por mil usuarios (refiriendo sólo la ciudad). Las ratios varían al incluir las zonas metropolitanas, oscilando entre 1 taxi por mil usuarios de Bruselas y los 2,7 de París (nuevamente Dublín supera con creces la ratio).

Gráfico 14. Número de taxis por potencial usuarios (ciudad)



Fuente: Elaboración propia con datos publicados en diferentes fuentes.

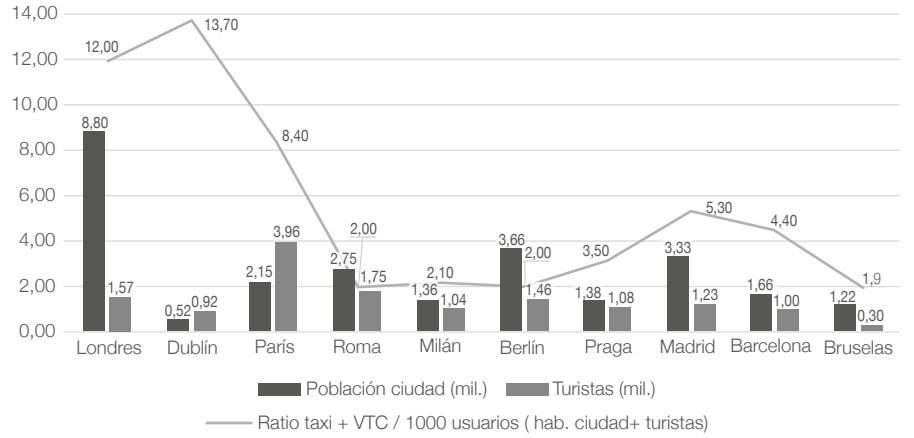
Gráfico 15. Número de taxis por potencial usuarios (región metropolitana)



Fuente: Elaboración propia con datos publicados en diferentes fuentes.

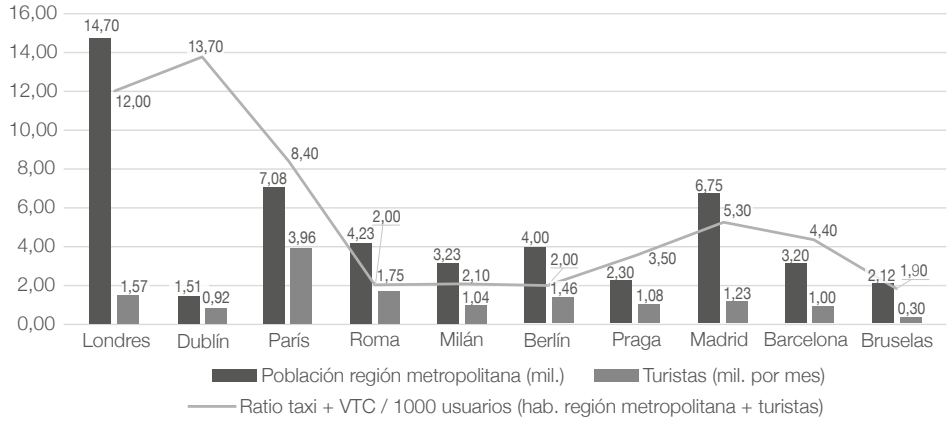
Si al número de taxis se suma el de VTC o equivalentes, la ratio de vehículos por mil usuarios (residentes + turistas) sube en un gran número de ciudades. Es el caso de Londres, Dublín, París y Madrid. Todas ellas ciudades en la que la actividad de VTC está liberalizada, o bien no sometida a regulaciones manifiestamente restrictivas, tal como es el caso de Roma, Milán, Berlín, Barcelona, y Bruselas. Nuevamente ofrecemos los datos referidos a población de ciudades (gráfico 16) y de áreas metropolitanas (gráfico 17).

Gráfico 16. Número de taxis y VTC por potencial usuaio (ciudad)



Fuente: Elaboración propia con datos publicados en diferentes fuentes.

Gráfico 17. Número de taxis y VTC por potencial usuaio (región metropolitana)



Fuente: Elaboración propia con datos publicados en diferentes fuentes.

La reflexión que se impone sobre ese último número de ciudades que ofrecen una ratio inferior a la de ciudades como París y Londres es la de si la demanda potencial encuentra o no una oferta suficiente en el número global de taxis y VTC existentes. En las ciudades con esa mayor oferta se observa que la misma parece ser absorbida sin dificultad por la demanda; en cambio en aquellas ciudades con menor oferta podría advertirse una posible insatisfacción de la demanda. Una demanda creciente por el número de turistas que en el caso de las grandes ciudades españolas era impensable hace más de cuarenta años cuando se contingentaron el número de licencias de taxi. Añadamos que la aparente satisfacción de la demanda en, por ejemplo, Barcelona ciudad supone en la práctica que los ciudadanos de las poblaciones del área metropolitana están desatendidos en la prestación de los servicios de taxi y VTC. La insuficiencia de taxis, recordemos que sometidos a obligaciones de servicio público, es reconocida por los propios reguladores, en tanto que la ciudad y las grandes infraestructuras de transporte actúan como fuertes polos de atracción de la demanda hacia la oferta de taxi. Es evidente que en esas localidades periféricas el servicio de taxi precisa de unas características diferentes a los supuestos citados.

7. CONCLUSIONES.

A tenor de los datos expuestos podemos extraer dos conclusiones principales: *1)* con carácter general la ciudades europeas que cuentan con elevadas cifras de visitantes han mantenido estático el número de taxis en servicio, pero han visto incrementado el número de vehículos que prestan servicios previa contratación (VTC); *2)* en aquellas ciudades en las que la oferta de vehículos se ha incrementado —predominantemente con VTC— los taxis existentes han seguido operando, sin que aparentemente ello haya significado una merma en los

ingresos [15], ni tampoco en el precio de transmisión de las licencias (cuando esta está permitida) [16].

Los nuevos servicios de movilidad tienen como elemento común su acceso a través de aplicaciones ofrecidas por plataformas digitales. La digitalización comporta, por diferentes vías, un ingente acceso de datos que, con una adecuada gestión, hacen posible una óptima asignación de la oferta de servicios de movilidad bajo demanda. En los últimos años esos servicios han eclosionado, especialmente respecto a los medios de la llamada micromovilidad en uso compartido (bicicleta, patinete o moto), si bien con un éxito desigual y no sin ciertas tensiones según las ciudades [17]. Lo cierto es, sin embargo, que las plataformas (operen en taxi, VTC, o en ambas modalidades de transporte) han conformado en términos de valor una clara propuesta para los pasajeros al ofrecer seguridad, transparencia, asequibilidad, comodidad, flexibilidad y calidad [18]. La inminente Ley de Movilidad Sostenible, en la que es posible que pueda contenerse alguna previsión sobre este tema, tiene precisamente entre uno de sus objetivos la obtención y gestión de datos que permitan garantizar ese nuevo derecho de la ciudadanía a la movilidad.

---

[15] No disponemos de datos comparativos sobre los ingresos de los taxistas en el AMB. La última información hecha pública por parte de Instituto Metropolitano del Taxi (IMET) sobre esta cuestión data de abril de 2020. Se trata del *estudio técnico de facturación del taxi del área metropolitana de Barcelona durante el estado de alarman covid-19*. En el mismo se indicaba una media mensual de facturación de un taxista entre septiembre 2019 y febrero 2020 que se estimaba en 3.645 euros; mientras que entre el 4 de marzo de 2020 y el 3 de abril de 2020 fue estimada en 924 euros. Por tanto, hubo una reducción superior al 75 por 100 de la media de facturación respecto al semestre anterior señalado. Ese informe fue requerido por el sector del taxi para acreditar las condiciones para la solicitud de ayudas y exenciones que se articularon durante el periodo del primer estado de alarma declarado por la emergencia sanitaria del COVID-19. Tras la vuelta a la normalidad, no consta la reivindicación a la administración de un nuevo informe que acredite una menor facturación por causas debidas a otros operadores de transporte, concretamente VTC.

En el último año las movilizaciones de taxi en el AMB han ido referidas principalmente a dos aspectos: 1) *denunciar la circulación de vehículos VTC que presuntamente incumplen la normativa autonómica, exigiendo la restricción de su número*; 2) *reclamar la acción de las administraciones públicas para reducir los elevados importes de las pólizas de seguro de los vehículos. En este último caso la reivindicación tiene carácter estatal*.

[16] El precio de las licencias de taxi en el AMB es difícil de concretar por falta de información transparente. El propio IMET reconoce que se limitan a ofrecer información de las licencias que pueden transmitirse y a autorizarlas previa satisfacción de la correspondiente tasa. Por diversas informaciones obtenidas del propio sector el importe de esas transmisiones (sin vehículo) se situarían en una horquilla entre 110.000 y 120.000 euros. *Algún medio de comunicación apunta en esa estimación*.

[17] En este tema puede verse BACH, X., *Desigualtats territorials i regulació en l'accés a la micromobilitat compartida. El cas dels serveis de moto compartida a la metròpoli de Barcelona*. Tesis doctoral (por ahora inédita) defendida en la UAB el 1 de julio de 2024.

[18] Véase De MIGUEL MOLINA, M. *et alii*, «Connecting Passenger loyalty to preferences in the urban Passenger transport: Trends from an empirical study of taxi vs. VTC services in Spain», en *Research in Transportation Business and Management*, 41 (2021).

8. BIBLIOGRAFÍA.

AUTORITAT CATALANA DE LA COMPETÈNCIA (ACCO), «*Estudio sobre el sector del transporte de viajeros en vehículos de hasta nueve plazas: el taxi y los vehículos de alquiler con conductor*» (junio 2018)

BACH, X., *Desigualtats territorials i regulació en l'accés a la micromobilitat compartida. El cas dels serveis de moto compartida a la metròpoli de Barcelona*. Tesis doctoral (*Universitat Autònoma de Barcelona* – UAB).

BOBOC, S., *Las plataformas en línea y el transporte discrecional de viajeros por carretera*, Marcial Pons, Madrid, 2021.

COMISIÓN EUROPEA: *Comunicación de la Comisión sobre un transporte local de pasajeros bajo demanda que funciones correctamente y sea sostenible (taxis y VTC)*, DOUE, de 4 de febrero de 2022 (C-62/1).

DELSIGNORE, M., *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata*, Guiffrè, Milán, 2011

De MIGUEL MOLINA, M. *et alii*, «Connecting Passenger loyalty to preferences in the urban Passenger transport: Trends from an empirical study of taxi vs. VTC services in Spain», en *Research in Transportation Business and Management*, 41 (2021).

GUILLEN-PUJADAS, M; VIZUETE-LUCUANO, E.; ALAMINOS, D.; GRACIA-RAMOS, M. C., «Understanding evolving user choices: a neural network analysis of Taxi and ride-hailing services in Barcelona», *Soft Computing*, Springer, 2023.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD) «*Taxi Services Regulation and Competition*» (2007).

TARRÉS VIVES, M., «Los servicios de plataforma: entre la innovación tecnológica y el interés general. El ejemplo de los servicios de movilidad», en VV. AA., *Servicios en plataforma. Estrategias regulatorias*, Marcial Pons, Madrid, 2021

TARRÉS VIVES, M., «¿Shumpeter viaja en taxi? No en Francia, por ahora» (2017). Disponible en *https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2015/11/23/schumpeter-viaja-en-taxi-no-en-francia-por-ahora-marc-tarres-vives/*

TARRÉS VIVES, M., *La regulación del Taxi. Legislación autonómica y experiencias de Derecho comparado*, Atelier, Barcelona, 2006

Cuadernos de Derecho Regulatorio
Vol. 2 | 2024
Estudios III: Movilidad y Colaboración Público-Privada. pp. 305–314
Madrid, 2024
DOI: 10.37417/cudere/vol_2_2024_3007
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
© Fernanda Navarro Pérez
© Sebastián Herrera Tapia
ISSN: 3020-6162

HACIA UNA REGULACIÓN PARA LAS PLATAFORMAS DIGITALES QUE PRESTAN SERVICIOS DE MOVILIDAD. EL EJEMPLO CHILENO*

Fernanda Navarro Pérez
Ministerio de Transportes de Chile

Sebastián Herrera Tapia
Investigador predoctoral
Universitat de Barcelona

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. EL CASO DE LA CIUDAD DE CHICAGO.— 3. EL CASO DE CHILE.— 4. CONCLUSIONES.— 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El año 2009 comenzó a operar «Ubercab», la primera plataforma digital que permitió la intermediación entre pasajeros y conductores de vehículos. Desde entonces, el transporte de pasajeros a través de aplicaciones (en adelante, indistintamente «aplicaciones de transporte» o «las plataformas») ha crecido exponencialmente a nivel mundial, estimándose que en la actualidad, las plataformas digitales intermedian más de 35 mil millones de viajes al año.[1] A pesar de que ha transcurrido más de una década desde su irrupción, el debate respecto de cómo regular a las plataformas digitales está lejos de ser resuelto.

Desde el momento que comenzaron a operar las aplicaciones de transporte, en diversas latitudes se ha discutido cómo se deberían regular. El debate al respecto ha sido intenso, dado que las aplicaciones de transporte introdujeron competencia desregu-

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto «Nuevas Regulaciones en el Transporte Urbano de Personas y Mercancías en un Entorno Digital – NURETU» (PID2023-149612OB-100), concedido por la Agencia Estatal de Investigación.

[1] De acuerdo con información reportada por Uber, el año 2023 la empresa intermedió 9.447 millones de viajes en el mundo. De acuerdo con estimaciones de Statista, la participación de Uber se encontraría en torno al 25 por 100 a nivel global.

lada a un mercado altamente regulado en el que la autoridad tradicionalmente define tanto las tarifas como la cantidad de vehículos que pueden servir la demanda. Así, los actores que operan en el sector del transporte han sostenido que su funcionamiento debiese estar prohibido o, que en caso de estar permitido, se les debiese aplicar la misma regulación a la que se encuentran sujetos los taxis. Ello, argumentan, porque de cualquier otra manera existiría problemas asociados a la libre competencia en este mercado. Por otra parte, otros actores, incluidas las plataformas han sostenido que se requiere una regulación mucho más laxa que no restrinja el desarrollo tecnológico asociado a esta tecnología.

En los últimos años, en paralelo al debate sobre las normas que deberían regular el funcionamiento de las plataformas, ha cobrado especial relevancia la regulación de la información que gestionan las aplicaciones de transporte, arista que se ha tornado central en la discusión en muchos países. Ello porque, gracias a su funcionamiento a través de aplicaciones que aprovechan los avances tecnológicos en los teléfonos inteligentes, sistemas de geolocalización, 5G, big data, inteligencia artificial y sistemas de almacenamiento en la nube, las plataformas han podido recolectar, almacenar y procesar grandes volúmenes de información que caracterizan los patrones de movilidad de millones de personas con un nivel de detalle inédito.

Estas nuevas bases de datos, de propiedad predominante privada, ofrecen en teoría, una herramienta sin precedentes para el diseño de políticas públicas eficaces en materia de movilidad.

Para ello, sin embargo, se hace necesario que el regulador cuente con acceso a dicha información cumpliendo con los más altos estándares de protección de datos personales, además de salvaguardar los derechos de las empresas en materia de libre competencia, y de los consumidores.

La discusión respecto a la regulación de las plataformas ha dejado en evidencia que los marcos normativos vigentes no resultan suficientes para establecer reglas para su funcionamiento, especialmente en lo referido al acceso por parte de las autoridades competentes, a las bases de datos de las plataformas.

A la fecha no existe consenso de cuál es la forma de regular las bases de datos generadas por estas empresas, lo que se traduce en una ausencia de modelos consolidados de regulación a nivel mundial. No obstante, hay algunos países que han diseñado regulaciones ad hoc para estos menesteres, con algunas diferencias. Tal es el caso de la ciudad de Chicago en el Estado de Illinois y el de Chile. El propósito de este trabajo es analizar ambos modelos regulatorios y contribuir a la literatura respecto a la regulación de las plataformas digitales desde el punto de vista del acceso a la información que estás generan.

2. EL CASO DE LA CIUDAD DE CHICAGO

En Estados Unidos, la regulación de los medios de transporte, el funcionamiento de empresas de transporte digitales, como Uber o Lyft, así como la entrega de in-

formación y datos por parte de las mismas para su uso en el desarrollo de políticas públicas, está regulada en normativas federales, estatales y locales.

En el caso de Chicago, Illinois, objeto de análisis de este estudio las plataformas están reguladas principalmente a través de leyes municipales, en lo que se refiere a requisitos de la operación y para entregar las licencias a las empresas, registro y reporte de datos, requerimientos para los vehículos, estándares de accesibilidad y protocolos generales de la operación. La regulación municipal se complementa con la normativa a nivel estatal que resguarda la privacidad de los usuarios y establece bajo qué condiciones las plataformas pueden recopilar y entregar información a la autoridad. De esta manera, la regulación permite a la ciudad de Chicago utilizar las bases de datos generadas por las plataformas para planificar mejoras en el transporte público y la infraestructura vial.

El marco regulatorio implementado por la ciudad de Chicago para regular el acceso a las bases de datos de las compañías de redes de transporte (en inglés, Transportation Network Companies, TNCs), se encuentra definido en las Reglas de los Proveedores de Transportes o TNP (Transportation Network Provider Rules). Las reglas TNP fueron dictadas por el departamento de Asuntos de Negocios y Protección al Consumidor (BACP, por sus siglas en inglés) el 10 de agosto de 2020, las que incluyen normas referidas al intercambio de datos entre las TNCs y la autoridad de la Ciudad de Chicago.

En las reglas TNP 2.01, TNP 2.02 y TNP 2.03 la BACP ha regulado qué tipos de datos deben proporcionar las empresas de transportes a la autoridad municipal, cómo tienen que hacerlo, con qué periodicidad, entre otros aspectos.

De acuerdo a la regulación vigente en Chicago, las empresas de transporte deben entregar datos relacionados con solicitudes de viajes, viajes realizados, conductores, sesiones, vehículos, ubicaciones, pagos y comunicaciones entre conductores y usuarios, según lo indicado en la regla TNP 2.01, letra B. No obstante, el comisionado de la BACP tiene la facultad de requerir información adicional, tal y como se define en la regla TNP 2.01, letra A.

El formato en que la información debe entregarse, el procedimiento para hacer el reporte, la frecuencia y otros elementos específicos serán definidos por el comisionado del BACP, de acuerdo a lo establecido en la letra C, de la regla TNP 2.01.

La letra D de la misma regla señala «A TNP licensee shall submit latitude and longitude coordinates of vehicle locations at a precision level of 4 decimal places or less; the required level of precision will be published in directives at the Website. The foregoing notwithstanding, the BACP Commissioner may request submission of latitude and longitude coordinates of vehicle locations at a precision level greater than 4 decimal places, or require the submission of location data at a frequency greater than every 60 seconds to conduct studies or analysis of traffic flow and density; public safety and infrastructure initiatives; and plans to improve transportation access to underserved passengers and neighborhoods» (City of Chicago, 2020, p. 14).

Por tanto, las TNCs deben enviar las coordenadas de ubicación de los vehículos con una determinada precisión y frecuencia, con el objeto de realizar análisis de flujo y densidad de tráfico, iniciativas de seguridad pública e infraestructura, y planes para mejorar el acceso al transporte en áreas y vecindarios desatendidos. La regla establece una determinada precisión y frecuencia, pero además permite que el comisionado requiera parámetros más exigentes.

Toda la información que se les solicite a las TNCs, en los términos señalados en la TNP 2.01, debe ser entregada al Comisionado de la BACP, en un plazo que no supere los 21 días, para el caso que no se trate de información que deba estar publicada previamente en el sitio web del BACP.

Finalmente la regla TNP 2.03, establece 3 materias adicionales en que las TNCs, deben entregar reportes mensuales al Comisionado. La norma se refiere en primer lugar a informes sobre el programa de vehículo accesible/ vehículos accesibles para silla de ruedas, en segundo lugar a reportes para saber la tasa de impuestos aplicable y en tercer lugar toda información adicional que el Comisionado del BACP pueda requerir, en cumplimiento del código municipal de Chicago y de la normativa aplicable a dicha ciudad.

Un ejemplo de cómo los datos entregados por las plataformas han sido utilizados para planificar mejoras en el transporte público y la infraestructura vial de la ciudad se encuentra en el «Plan Estratégico para el Transporte»[2] realizado por el Departamento de Tránsito de Chicago (CDOT, por sus siglas en inglés).

Este plan estratégico, utilizó información obtenida, entre otros de empresas de transporte para llevar a cabo variadas medidas concretas:

— Se logró «desarrollar una herramienta basada en la equidad para evaluar y priorizar barrios de la ciudad que históricamente han sido pasados por alto al planificar los proyectos de infraestructura de transporte» (Traducción propia, Chicago Department of Transportation, 2021, p. 14).

— Se llevó a cabo una política denominada Vision Zero, en la cual se tomaron medidas para reducir los accidentes de tránsito, en las áreas más empobrecidas de la ciudad, lo que ha tenido como resultado concreto una mayor inversión, «en un corto periodo desde el lanzamiento del plan Vision Zero, se han invertido más de 6 millones de dólares en infraestructura, mejoras, planificación y programas en dichas comunidades» (Traducción propia, Chicago Department of Transportation, 2021, p. 42)

— Se implementaron 30 millas de ciclovías,

— Se reacondicionaron 50 millas de ciclovías ya existentes.

— Se instalaron 7.6 millas de carriles temporales para autobuses" (Traducción propia, Chicago Department of Transportation, 2021, p. 11)

---

[2] *https://www.chicago.gov/content/dam/city/depts/cdot/CDOT%20Projects/Strategic_Plan/Strategic_Plan_for_Transportation21.pdf*

Como se señaló anteriormente esta regulación ha sido dictada por autoridades de la ciudad de Chicago, pero existen límites que tanto las autoridades locales como las empresas de transporte deben respetar al momento de solicitar, recopilar y compartir información.

Es el caso la Ley de Protección de Datos Biométricos de Illinois (BIPA), la que en su sección 1,5 regula la conservación, recolección, divulgación y destrucción de la información o identificaciones biométricas[3].

Finalmente es importante señalar que la Ciudad de Chicago, junto con utilizar esta información para el desarrollo de políticas, ha establecido como un objetivo en sí, que toda la información recabada en materia de TNCs sea accesible a la ciudadanía, esto fue decidido antes de la dictación de las Regla de los Proveedores de Transportes, de hecho en el año 2019 se convirtió en la primera ciudad de Estados Unidos en hacer pública la información obtenida de las NTCs, en palabras del Mayor de la época Rahm Emanuel «La ciudad está publicando datos anonimizados obtenidos en aplicaciones de transporte a demanda como Uber, Lyft o Via, en su portal de datos abiertos. Esto, de acuerdo a la misma ciudad, la convirtió en la primera ciudad de Estados Unidos en publicar datos detallados acerca de aplicaciones de transporte a demanda.» (Barton, 2019).

3. EL CASO DE CHILE

En abril de 2023, Chile publicó la Ley N° 21.553[4], que regula las aplicaciones de transporte remunerado de pasajeros y los servicios que a través de ellas se presten. Este cuerpo normativo regula expresamente los servicios que prestan las aplicaciones que permiten conectar a los pasajeros con los conductores, haciendo énfasis en la prestación del servicio que realizan las plataformas, y no en los taxis[5]. Este cuerpo normativo es de interés para el presente trabajo, ya que establece obligaciones para las empresas de alquiler de vehículos con conductor de proporcionar información sobre la operación de los servicios, como las zonas y horarios de operación, y los kilómetros recorridos por los vehículos con y sin pasajeros, además, de establecer facultades para realizar regulación a partir de los datos.

---

[3] La letra A, sección 15 de la BIPA señala que «Una entidad privada en posesión de identificadores biométricos o información biométrica debe desarrollar una política escrita, disponible para el público, que establezca un cronograma de conservación y pautas para destruir permanentemente los identificadores biométricos…» (Traducción propia, General Assembly of the State of Illinois, 2008)

[4] La Ley Chilena que regula a las aplicaciones de transporte remunerado de pasajeros y los servicios que a través de ellas se presten se estructura en cinco títulos, con un total de 19 artículos y disposiciones transitorias. El primer título versa sobre las empresas de aplicación de transportes y su registro. El segundo título establece los requisitos para la prestación del servicio. El tercer título aborda la gestión y tratamiento de la información. El cuarto título de las infracciones y sanciones. El quinto título abarca otras disposiciones.

[5] El artículo 8 de la mencionada ley establece que los taxis en cualquiera de sus modalidades, con excepción de la de taxi colectivo podrán adscribirse a una o más empresas de aplicación de transporte.

Cabe señalar que la ley aún no entra en vigor, ya que, de acuerdo con el artículo primero transitorio[6], su vigencia se encuentra condicionada a la publicación del reglamento que debe elaborar el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. Actualmente, dicho reglamento está siendo revisado por la Contraloría General de la República de Chile.

Los aspectos centrales que aborda la ley son los siguientes:

1. Define a la Empresa de Aplicación de Transportes (en adelante e indistintamente «EAT»). El artículo primero de la mencionada ley establece la definición de EAT como «toda persona jurídica que preste o ponga a disposición de las personas un servicio de plataforma digital, sistema informático o tecnología de cualquier tipo, que permita a un pasajero contactarse con el propietario, administrador o conductor de un vehículo menor de pasajeros, para ser transportado desde un origen a un destino determinado, mediante el pago de una tarifa por el servicio recibido». Adicionalmente, señala expresamente que los servicios prestados a través de este tipo de empresas son calificados como un servicio de transporte remunerado de pasajeros.

2. Crea un registro de EAT. Las empresas, los conductores y los vehículos deberán inscribirse en un Registro Electrónico que estará a cargo de la Subsecretaría de Transportes (artículo 2).

3. Establece exigencias para la prestación de los servicios. Por ejemplo, se debe informar al pasajero la marca, modelo, año y placa patente del vehículo que presta el servicio, así como la identificación del conductor, incluyendo su nombre y la calificación efectuada por otros usuarios (letra e) del artículo 5).

4. Fija deberes de informar a las EAT. La ley establece expresamente que las empresas deben proporcionar información sobre la operación de los servicios (artículo 10). Esta información comprende, entre otras, zonas y horarios de operación y kilómetros recorridos por los vehículos con y sin pasajeros, en la forma, plazo y condiciones que establezcan en el reglamento.

5. Contempla exigencias para los conductores y los vehículos (artículos 6 y 7, respectivamente). En el caso de los conductores de los vehículos de transporte remunerado de pasajeros adscritos a una EAT, deberán contar con licencia profesional. En el caso de los vehículos, deberán cumplir con las exigencias de seguridad, de antigüedad técnica y tecnológica que defina el reglamento.

6. Infracciones y sanciones (artículos 11-15). Se establece un catálogo de infracciones para las empresas de aplicación de transportes, los conductores y los pasajeros. A las EAT se les podrán imponer sanciones pecuniarias y la sanción de cancelación del registro en el caso de acumulación de diez sanciones graves en el caso de un año calendario.

---

[6] Artículo primero de las disposiciones transitorias. - «El Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones dispondrá de nueve meses para dictar el reglamento a que se refiere esta ley, contados desde la publicación de ésta en el Diario Oficial, la que a su vez comenzará a regir en los treinta días posteriores a la total tramitación y publicación del referido reglamento […]».

Uno de los aspectos destacados de la regulación chilena a las plataformas digitales es lo relativo a los deberes de información de las EAT: primero, establece la obligación de entregar información respecto a la operación de sus servicios; segundo, la solicitud de la información no se circunscribe solo a fines estadísticos, sino también para regular y fiscalizar; tercero, se establecen sanciones en caso de incumplimiento de los deberes de información; y cuarto, se otorgan facultades al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones de Chile para establecer condiciones de operación a partir de la información.

En cuanto a la obligación de entregar información respecto a la operación de sus servicios de las EAT, el legislador establece en el mencionado artículo 10, el tipo de información que se podrá solicitar a las empresas de forma ejemplificativa y no taxativa indicando que, entre otras, esta comprenderá información sobre zonas y horarios de operación, así como también kilómetros recorridos con o sin pasajeros, dejando para desarrollo reglamentario el detalle de la información que se debe solicitar. Además, el reglamento debe establecer la forma, plazos y condiciones en que deberá ser entregada la información.

Por otro lado, otra característica destacada de la regulación chilena es que establece que el órgano competente, el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones de Chile, debe establecer condiciones de operación a partir de los datos. Así es como el artículo 17 dispone «El Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones podrá establecer condiciones de la operación a las empresas de aplicación de transportes, mediante resolución fundada del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.

Las condiciones a que se refiere el inciso anterior se exigirán a las empresas de aplicación de transportes y a los vehículos adscritos a ellas en determinadas áreas geográficas, por un plazo determinado, a efectos de establecer medidas para favorecer el acceso, la calidad y cobertura de los servicios de transporte y para contrarrestar eventuales impactos de la congestión. Se podrán fijar para tales efectos requerimientos técnicos, tarifarios, de circulación, tecnológicos o administrativos, entre otros […]».

Cabe señalar que el legislador dejó de manifiesto en la historia de la ley la importancia de que el establecimiento de las condiciones de operación sea basado en datos, señalando que «Con el fin de establecer medidas para el acceso, la calidad y cobertura de los servicios de transporte, así como para contrarrestar eventuales impactos en la congestión, se faculta al Ministerios de Transportes y Telecomunicaciones a establecer condiciones de operación para las EAT, esto basado en los datos objetivos que se logren recopilar de las mismas con tal de evitar impactos ambientales, congestión y otros» (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2023, p.8).

Dado que la implementación de la Ley N° 21.553 aún está pendiente, no podemos determinar con precisión si los datos solicitados permitirán construir patrones de movilidad de las personas que utilicen estas plataformas digitales. Sin embargo, no podemos restarle mérito a esta ley por ser uno de los primeros intentos de un país en regular formalmente el acceso a los datos de las plataformas que prestan servicios de movilidad para la elaboración de políticas públicas.

4. CONCLUSIONES

La regulación de las plataformas digitales de transporte y del servicio que prestan es un tema complejo y que ha sido regulado de distinta manera dependiendo del país que observemos.

La naturaleza misma de estas plataformas, con su carácter tecnológico e innovador, ha provocado que la regulación siempre vaya un paso por detrás, no obstante lo cual, han existido esfuerzos por regular la actividad en sí y también otros aspectos importantes relacionados con la misma, como es el caso del uso y acceso a los datos generados las plataformas.

Esto es lo ocurrido con los dos casos analizados, el de la Ciudad de Chicago, en el Estado de Illinois y el de Chile, los que con sus similitudes y diferencias, son ejemplos pioneros en la materia.

Ambos casos comparten el objetivo de establecer un marco normativo para la prestación del servicio de transporte a través de plataformas digitales y también el de regular el acceso a los datos generados por estas, reconociendo su importancia para el desarrollo de políticas públicas. Sin embargo, también existen diferencias significativas relacionadas con su ámbito de aplicación, desarrollo de obligaciones específicas y estado de implementación.

Por un lado, el ámbito de aplicación es un reflejo de la organización político-administrativa que cada país tiene. En Chicago, las TNCs, se encuentran reguladas principalmente a nivel municipal, siempre teniendo en consideración la normativa estatal en materia de privacidad y datos. Por otro lado, en Chile, la Ley N° 21.553 tiene un carácter nacional, encontrándose en un solo marco normativo la regulación de las plataformas digitales de transporte.

Otra diferencia se refiere a la obligación que tiene la autoridad competente en cada caso, de publicar y mantener actualizada la información que obtengan de las empresas de transporte. En el caso de Chicago, la ciudad se ha convertido en pionera dentro de Estados Unidos, al publicar, de manera anonimizada, en un portal de datos abiertos, toda la información obtenida. En tanto, en el caso chileno no se establecen obligaciones de publicar datos para el acceso público.

Ambas regulaciones se encuentran en un distinto estado de desarrollo e implementación. Las TNP de Chicago fueron dictadas en el año 2020, y por lo mismo, ya se encuentran plenamente implementadas, incluso permitiendo que se haga un seguimiento y evaluación de los resultados de la normativa, en cambio en el caso chileno, si bien la ley fue aprobada en el año 2023, está aún no entra en vigor, ya que la misma ley condiciona su entrada en vigencia a la dictación de un reglamento por parte del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, lo que a la fecha, no se ha producido.

Esta última diferencia, muestra una oportunidad para el caso chileno, si bien enfrenta el desafío de acelerar la implementación del reglamento pendiente, también

es una oportunidad para que en Chile se aproveche la experiencia internacional, por ejemplo, lo realizado en Chicago con la implementación de un portal de datos abiertos.

De todas formas, es necesario entender que la regulación en Chile se encuentra en una etapa inicial, dándose un marco normativo de carácter nacional, pero cuya efectividad dependerá de la pronta implementación y desarrollo del reglamento.

Además, es importante señalar que la regulación de las plataformas de transporte no solo tienen que abordar lo relativo al servicio de transporte, sino que también tienen que procurar un correcto manejo de la información y datos que generan, ya que estos son un eje estratégico para el diseño de políticas públicas.

Los casos de Chicago y Chile nos enseñan cómo estos dos aspectos, están profundamente interconectados y cómo contar con una buena regulación, que pueda adecuarse a la realidad que enfrenta este servicio, es fundamental, en primer lugar, para el correcto funcionamiento del mismo, pero también para la creación, desarrollo, implementación y evaluación de políticas públicas.

En Chicago, observamos un sistema robusto y asentado, que ha permitido el desarrollo de políticas públicas de transportes, como las expuestas en el presente trabajo, en tanto que en Chile, nos encontramos frente a un sistema normativo incipiente, pero de avanzada en la región, en cuanto a la regulación de las empresas de transportes y la información que ellas recopilan y manejan y que, a la espera de la dictación del reglamento pendiente, se muestra como un avance importante en la materia.

Finalmente es importante señalar que ambos casos han elegido una técnica legislativa y una forma de regular distinta a la que ha seguido la nueva Ley de Movilidad Sostenible en España, ya que esta regula con mucho mayor detalle qué datos deben entregarse y la forma en que esto debe hacerse, en tanto que en el caso de Chicago estos aspectos quedan entregados al comisionado de la autoridad de transporte y por otra parte en el caso chileno esto será materia de un reglamento, el que actualmente se encuentra en discusión.

En conclusión, es importante señalar que regular el servicio de transporte de pasajeros prestado a través de plataformas digitales, por un lado implica la necesaria y urgente adecuación a la realidad de un mercado que existe hace 15 años y que en muchos países aún no se ha hecho, y por otro lado es una oportunidad para aprovechar el flujo de datos que estas empresas generan, como una herramienta para mejorar la calidad de vida en nuestras ciudades. En el caso de Chicago, esto ya se está logrando, en tanto que en el caso chileno, la regulación ya dio el primer paso en esa dirección y solo queda esperar para ver cuáles son los resultados.

5. BIBLIOGRAFÍA

Barton, C. (2019, abril 12). Emanuel: Chicago is now the first U.S. city to publish detailed ride-hailing data. Streetsblog Chicago. *https://chi.streetsblog.org/2019/04/12/emanuel-chicago-is-now-the-first-u-s-city-to-publish-detailed-ride-hailing-data*

City of Chicago. (2020). Transportation Network Providers rules: Amended and effective August 10, 2020. Departamento de Asuntos Comerciales y Protección al Consumidor. https://www.chicago.gov/content/dam/city/depts/dol/rulesandregs/TNPRulesAmendedeff81020.pdf

City of Chicago. (2021). Strategic Plan for Transportation. Chicago Department of Transportation. *https://www.chicago.gov/content/dam/city/depts/cdot/CDOT por 10020Projects/Strategic_Plan/Strategic_Plan_for_Transportation21.pdf*

General Assembly of the State of Illinois. (2008). Public Act 095-0994. Illinois General Assembly. Recuperado de *https://www.ilga.gov/legislation/publicacts/95/PDF/095-0994.pdf*

Cuadernos de Derecho Regulatorio
Vol. 2 | 2024
Estudios III: Movilidad y Colaboración Público-Privada. pp. 315–328
Madrid, 2024
DOI: 10.37417/cudere/vol_2_2024_3008
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
© Olha Tylchyk
ISSN: 3020-6162

LA TRANSFORMACIÓN DE LA MOVILIDAD URBANA UCRANIANA EN TIEMPOS DE GUERRA. EL AJUSTE A LA ESTRATEGIA DE LA UE PARA UNA MOVILIDAD SOSTENIBLE E INTELIGENTE

Olha Tylchyk
State Tax University of Ukraine
Profesora visitante en la Universitat de Barcelona

SUMARIO: 1. PROBLEMAS DE REGULACIÓN LEGAL EN LA GESTIÓN DEL SECTOR PÚBLICO DESPUÉS DEL COLAPSO DE LA UNIÓN SOVIÉTICA Y LA IMPORTANCIA DE LA DESCENTRALIZACIÓN EN UCRANIA PARA EL DESARROLLO DE LA MOVILIDAD URBANA.— 2. POLÍTICA ESTATAL PARA EL DESARROLLO DE LOS TERRITORIOS EN EL MARCO DE LA REFORMA ADMINISTRATIVO-TERRITORIAL EN EL PERÍODO ANTERIOR A LA GUERRA SOBRE EL EJEMPLO DE LA GESTIÓN DEL TRANSPORTE.— 3. EL CONCEPTO DE MOVILIDAD URBANA SOSTENIBLE SEGÚN LA LEGISLACIÓN DE UCRANIA.— 4. REGULACIÓN LEGAL DE LA MOVILIDAD URBANA EN UCRANIA EN EL CONTEXTO DEL ATAQUE ARMADO DE RUSIA: DESAFÍOS Y SOLUCIONES.— 5. CONCLUSIONES.

1. PROBLEMAS DE REGULACIÓN LEGAL EN LA GESTIÓN DEL SECTOR PÚBLICO DESPUÉS DEL COLAPSO DE LA UNIÓN SOVIÉTICA Y LA IMPORTANCIA DE LA DESCENTRALIZACIÓN EN UCRANIA PARA EL DESARROLLO DE LA MOVILIDAD URBANA

Durante los primeros años después de la proclamación de la independencia de Ucrania en 1991, se reconoció como prioritaria la necesidad de una transformación del sistema soviético de administración pública de acuerdo con los principios de la democracia real. Sin quedarse solo en una declaración en cuanto a la urgencia de estos procesos, sino también realizando una estrategia real y exigiendo acciones concretas por parte de un determinado sistema de entidades de la administración pública, las que de acuerdo con los principios reconocidos, debían garantizar el respeto de los derechos humanos.

El análisis de los actos jurídicos y su aplicación práctica atestiguan los importantes esfuerzos y el logro de ciertos resultados positivos en la reorientación de la política estatal, la aplicación de mecanismos internacionales para garantizar el respeto de los derechos individuales y la dirección de las actividades de todas las instituciones estatales y los órganos de gobierno autónomo local establecidos en Ucrania.

La transformación de la administración pública en todas las esferas no está completada en la actualidad. Como parte de los preparativos para las negociaciones sobre la adhesión de Ucrania a la UE, se están celebrando debates de expertos sobre el desarrollo de una hoja de ruta en el ámbito de la «reforma de la Administración pública», que es uno de los requisitos previos para iniciar negociaciones sobre el grupo 1 «Áreas fundamentales» y tiene un estatuto especial, ya que se abre primero en el proceso de negociación y se cierra en último lugar. [1]

En la Constitución de Ucrania, aprobada en 1996, la mayoría de las normas eran de carácter declarativo, las normas-objetivos, los vectores que definían las tareas de los representantes de la administración pública y los ciudadanos de Ucrania, los extranjeros y los apátridas que residían en el territorio de Ucrania [2]. Expertos y opinión pública eran conscientes del carácter gradual y a largo plazo de las reformas, en particular de las reformas administrativas. En el marco de las reformas administrativas, se analizan en este artículo las siguientes áreas: gestión del transporte, seguridad nacional, gestión de instalaciones de infraestructura crítica.

El principal problema que determinó el calendario de ciertas etapas de la reforma fueron los indicadores iniciales de macroeconomía y microeconomía y el estado del apoyo legal durante el período del colapso de la Unión Soviética. La crisis económica ha dificultado mucho más la financiación de las transformaciones institucionales necesarias en todos los ámbitos sociales. Esto también influyó en la adopción gradual de normas que regulen la estrategia en su conjunto y en la adopción de medidas específicas en las áreas.

En el momento del colapso de la Unión Soviética en Ucrania, todos los actos jurídicos se basaban en principios que correspondían a un vector específico de administración estatal centralizada centrada en Moscú. Esta centralización de la administración y la economía de la Unión Soviética también influyó en la formación de ciclos de producción en las empresas, incluida la producción de elementos de infraestructura de transporte y vehículos. La localización de plantas de ciclo completo en Ucrania se redujo al mínimo. En la Ucrania independiente, esto ralentizó considerablemente la modernización del material rodante y los equipos de infraestructura.

---

[1] Snizhana Diachenko, Viktoria Melnyk, Dmytro Naumenko. 12.11.2024.Negociaciones de adhesión de Ucrania a la Unión Europea: reformas emprendidas en diez años y retos futuro *https://www.robert-schuman.eu/en/european-issues/768-ukraine-s-accession-negotiations-with-the-european-union-reforms-undertaken-in-ten-years-and-the-challenges-ahead*

[2] **CONSTITUTION OF UKRAINE.** Adopted at the Fifth Session of the Verkhovna Rada of Ukraine on 28 June 1996. *https://rm.coe.int/constitution-of-ukraine/168071f58b*

En el ejemplo del sistema de gestión del transporte, es posible rastrear el predominio del enfoque estratégico y la doctrina formada por toda la Unión Soviética de regulación legal en todas las repúblicas soviéticas. Su objetivo era garantizar normas mínimas de movilidad por parte de las autoridades ejecutivas centrales, centrándose en la satisfacción interna de las necesidades de movilidad de la población dentro de los límites territoriales de la Unión Soviética y sobre la base de una alta centralización con una consideración mínima de las características de ciertos territorios. Se tendía a desarrollar las zonas industriales de las ciudades y a dotar de infraestructuras mínimas a las pequeñas ciudades y pueblos. En la legislación se prestó, en cambio, mucha más atención a la estandarización y certificación.

Los requisitos contenidos en esas normas no siempre se basaban en indicadores de rendimiento y necesidades económicas. Hay ejemplos de instalaciones de infraestructura urbana sobre la base de la determinación de la conveniencia política con el fin de formar el «prestigio» de una determinada región o ciudad, lo que se basaba en la visión personal de los funcionarios. Ciertas normas se consagraron en los actos jurídicos de la dirección de toda la Unión Soviética y se integraron en la legislación de la Ucrania soviética.

El desarrollo de la comunicación dentro de la ciudad mediante el metro fue posible, en primer lugar, gracias a la disponibilidad de un indicador como el número total de habitantes censados. Esta cifra se fijó en más de un millón de personas. Según este indicador, en Ucrania, que en el momento del colapso de la Unión Soviética tenía 52 millones de habitantes, sólo se construyeron sistemas de metro en tres ciudades: Kiev, Járkov y Dnipro.

Los Ferrocarriles Ucranianos siguen utilizando el estándar de ancho de vía de 1520 mm, que se remonta a los tiempos del Imperio Ruso (el mismo ancho de vía se sigue utilizando en países de la UE como Finlandia, Lituania, Letonia y Estonia). La mayoría de los demás países de Europa continental (excepto España 1674 mm y Portugal 1665 mm) utilizan un ancho de vía de 1435 mm. Hay varios ferrocarriles con este ancho de vía en el oeste de Ucrania, pero ahora en su mayoría no se utilizan[3].

El legado soviético es evidente en la lenta transición a un mercado abierto y competitivo en el campo del transporte, especialmente en el caso del transporte ferroviario, donde la empresa estatal Ukrzaliznytsia sigue siendo un monopolio. El proceso de modernización de la administración de otros tipos de transporte público también se lleva a cabo desde hace mucho tiempo. Existe un monopolio de la propiedad y la gestión comunal del metro, el uso del transporte eléctrico y la flota de autobuses de las empresas de servicios públicos, que a menudo se asocia con la baja calidad de los servicios y la falta de preparación para la modernización de acuerdo con los principios de la «Ciudad Verde».

---

[3] Centre for economic policy research. Відбудова України: принципи та політика. Володимир Білоткач, Марк Івальді. Відбудова транспортної інфраструктури України. 2022. P. 242. https://cepr.org/system/files/202212/reconstruction%20book_Ukrainian_0.pdf

2. POLÍTICA ESTATAL PARA EL DESARROLLO DE LOS TERRITORIOS EN EL MARCO DE LA REFORMA ADMINISTRATIVO-TERRITORIAL EN EL PERÍODO ANTERIOR A LA GUERRA SOBRE EL EJEMPLO DE LA GESTIÓN DEL TRANSPORTE

Las cuestiones de apoyo jurídico a la movilidad sostenible están relacionadas con el desarrollo de la autonomía local, la regulación y la elaboración de leyes de las comunidades territoriales. Es a nivel de los actos jurídicos de estas entidades donde se proyectan planes para modernizar el sistema de apoyo al transporte de territorios específicos, el desarrollo de espacios verdes y la introducción de medidas específicas para construir una movilidad sostenible.

Se reconoció que el enfoque soviético de la máxima centralización, en la Ucrania independiente era insatisfactorio y que necesitaba ser reconsiderado y actualizado. La reorganización sistémica de la gestión está asociada a la aprobación del Decreto del Presidente de Ucrania «Sobre medidas para aplicar el concepto de reforma administrativa de Ucrania».

Las tareas de la reforma administrativa se definieron como la formación de una organización efectiva del poder ejecutivo tanto a nivel central como local de gobierno; la formación de un sistema moderno de autogobierno local; la introducción de una nueva forma de funcionamiento del poder ejecutivo y del autogobierno local como actividades para garantizar la aplicación de los derechos y libertades de los ciudadanos, la prestación de servicios estatales y públicos; la organización de la administración pública y de la función en los órganos de gobierno autónomo local sobre una nueva base; la creación de un sistema moderno de formación y readaptación del personal directivo; introducción de una estructura administrativa-territorial racional[4].

Dado que los órganos de gobierno autónomo local no se desarrollaron en el sistema de administración pública de la Unión Soviética, su origen y desarrollo en Ucrania fue bastante difícil. La transferencia de poderes de las autoridades ejecutivas centrales se llevó a cabo gradualmente, primero a los órganos ejecutivos territoriales, luego redistribuidos parcialmente entre estos órganos y los órganos de gobierno autónomo local, sus comités ejecutivos. Estas medidas fueron percibidas como una pérdida de control estatal, especialmente en lo que respecta a la formación y distribución de los presupuestos locales y la disposición de la propiedad comunal. Todavía hoy hay preguntas sobre la determinación del estatus legal de la propiedad comunal separada.

Durante mucho tiempo, no se hizo en Ucrania, un registro público de bienes comunales pertenecientes a comunidades territoriales individuales, y ha habido disputas sobre la determinación de los límites territoriales entre comunidades. La na-

[4] Decreto del Presidente de Ucrania 810/98 de 22.07.1998. Sobre las medidas para aplicar el Concepto de Reforma Administrativa en Ucrania. *https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/810/98#Text*

turaleza no resuelta de tales problemas llevó a la falta de medidas no solo para modernizar la flota de vehículos, sino incluso para reparar la superficie de la carretera. Tales problemas se han resuelto parcialmente en la actualidad. Establece el derecho de los órganos de gobierno autónomo local a elaborar listas de bienes comunales de conformidad con los Reglamentos del Ministerio de Finanzas de Ucrania o a adoptar su propio marco normativo para la contabilidad de esos bienes.

En la actualidad funciona el Registro Unificado de Bienes Comunales, que es un sistema automatizado de recopilación, contabilidad, acumulación, procesamiento, protección, publicación y suministro de información sobre bienes inmuebles y terrenos, incluidos los arrendados, arrendados, concesionados o pignorados por las empresas de servicios públicos, sus asociaciones, instituciones y organizaciones[5].

El derecho de propiedad comunal se ejerce de conformidad con el artículo 60 de la Ley Sobre la autonomía local en Ucrania[6]. El inventario de los bienes comunales se lleva a cabo de acuerdo con la Orden del Ministerio de Finanzas de Ucrania «Sobre la aprobación del Reglamento sobre el inventario de activos y pasivos» del 02.09.2014 n.º 879[7].

Como último paso importante de la reforma administrativa territorial, tuvo lugar la formación de Comunidades Territoriales Unidas, que se suponía que concentraban poderes suficientes para la implementación real de los derechos e intereses de la población de un territorio en particular, la característica principal de tales comunidades es la voluntariedad de dicha asociación y la presencia de objetivos comunes de desarrollo, en particular, en el campo de garantizar la movilidad sostenible utilizando la propiedad comunal y bajo control público sistemático. De acuerdo con la Ley de Ucrania «Sobre la fusión voluntaria de comunidades territoriales» del 5 de febrero de 2015. Es decir, de hecho, estas comunidades territoriales unidas amalgamadas se formaron como un órgano de autogobierno local después de 2018 en el contexto de la anexión de Crimea y partes de las provincias de Donetsk y Lugansk.

De conformidad con lo dispuesto en la Ley principal de Ucrania sobre la autonomía local, se prevé que los presupuestos locales sean independientes de los presupuestos estatales y que, en nombre de las comunidades territoriales y en interés de éstas, los derechos de las entidades de propiedad comunal sean ejercidos por los consejos pertinentes o sus órganos ejecutivos. A su vez, el consejo podrá delegar parte de sus

---

[5] *https://bissoft.org/ua/reestr-komun-zemel.*

[6] LEY DE UCRANIA 280/97 21.05.1997 «Sobre la autonomía local en Ucrania» *https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/280/97-%D0%B2%D1%80.*

[7] Las descripciones de inventario, las actas de inventario y las declaraciones de conciliación se elaboran de acuerdo con los requisitos del Reglamento aprobado por la Orden del Ministerio de Finanzas de Ucrania de fecha 24.05.1995 n.º 88.Los organismos de gobierno autónomo local pueden adoptar su propio marco regulatorio para la contabilidad de la propiedad comunal, por ejemplo, Decisión del Ayuntamiento de Lviv Nº 790 de 27.07.2018, Decisión del Ayuntamiento de Mykolaiv Nº 11/19 de fecha 02.03.2007, Decisión del Ayuntamiento de Vinnytsia Nº 1933 de fecha 30.08.2019, Decisión del Ayuntamiento de Dnipro de fecha 25.04.2018 n.º 70/31.

atribuciones en los órganos de autoorganización de la población, transfiriéndoles los fondos adecuados, recursos materiales, técnicos y de otra índole[8].

La regulación legal de la movilidad urbana, además de la formación de documentos programáticos de importancia nacional, ha pasado a ser competencia de los órganos de gobierno autónomo local y de los órganos ejecutivos territoriales. En la actualidad, las administraciones militares regionales funcionan bajo la ley marcial, con la que deben acordarse las decisiones relativas a las cuestiones de seguridad en los territorios pertinentes. En este sentido, por ejemplo, es necesario aprobar la decisión del ayuntamiento y de la administración militar regional de restringir la circulación del transporte público, los taxis y los coches particulares en las ciudades durante los toques de queda, así como los motivos para excluir de tales restricciones a determinadas categorías de conductores.

Los órganos de gobierno autónomo local adoptaron un gran número de instrumentos jurídicos normativos que regulaban las cuestiones de transporte, principalmente en forma de órdenes y decisiones. Esas decisiones suelen ser objeto de revisión sobre la base de un cambio en las circunstancias, sobre una cuestión ya resuelta, y como resultado de la impugnación de sus disposiciones y de la existencia de decisiones judiciales que las declaran ilegales. Por ejemplo, en Lviv, el Ayuntamiento decidió limitar el número de viajes gratuitos para los ciudadanos en edad de jubilación en el transporte público de propiedad comunal. Se reconoció que tal decisión restringía ilegalmente el derecho de los ciudadanos a la libre circulación, establecido a nivel de la legislación nacional y anulado por el Tribunal Administrativo[9].

Recientemente, se ha puesto de relieve la necesidad de sistematizar los actos jurídicos normativos de importancia local, armonizándolos, en primer lugar, con los actos normativos del más alto nivel y entre sí.

3. EL CONCEPTO DE MOVILIDAD URBANA SOSTENIBLE SEGÚN LA LEGISLACIÓN DE UCRANIA

No existe una definición de movilidad sostenible en la legislación de Ucrania, pero el análisis de las principales normas jurídicas que regulan las relaciones públicas en el transporte y la gestión del transporte, la prestación de servicios en este ámbito puede dar una idea de su contenido. Dichas regulaciones pueden ser sistematizadas dependiendo del ente competente del que provienen. Actos jurídicos internacionales y resoluciones del Parlamento Europeo que definen los principios por los que debe guiarse el ordenamiento jurídico nacional. Leyes que regulan las cuestiones generales de la política estatal en una zona determinada Leyes de Ucrania «Sobre el transporte»,

---

[8] LEY DE UCRANIA 280/97 21.05.1997«Sobre la autonomía local en Ucrania» *https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/280/97-%D0%B2%D1%80.*

[9] Decisión del Tribunal Administrativo del Distrito de Lviv de 02.11.2024 en el caso 380/848/23 *https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/120375489*

«Sobre el transporte ferroviario», «Sobre el transporte eléctrico urbano», etc. Leyes que regulan el estatuto de las entidades con poderes especiales para aplicar la política estatal en la esfera del transporte, en particular el Reglamento sobre el establecimiento de órganos ejecutivos centrales y su interacción con los órganos de gobierno autónomo local. Estatutos de los órganos de gobierno autónomo local sobre cuestiones de su competencia.

Los órganos locales del poder ejecutivo, los órganos de autogobierno local adoptan programas regionales y locales para el desarrollo del transporte eléctrico urbano y garantizarán su implementación, fijarán tarifas, organizarán el transporte de pasajeros y ejercerán control sobre él, establecerán el procedimiento para el cobro de tarifas, informarán a la población sobre los cambios relacionados con la prestación de servicios de transporte, asegurarán la coordinación de los trabajos relacionados con el funcionamiento del transporte eléctrico urbano y otros tipos de transporte urbano, crear condiciones viales adecuadas para el transporte, implementar medidas para el desarrollo, la mejora y la disposición de la red de rutas, realizar otras funciones para crear condiciones seguras para las actividades en el campo del transporte eléctrico urbano de conformidad con la legislación, introducir un sistema automatizado de contabilidad de tarifas, establecer el procedimiento para su funcionamiento, determinar la persona autorizada para cobrar el pago de los servicios de transporte en caso de Introducción de un sistema automatizado de contabilidad de tarifas. De acuerdo con la Ley de Ucrania «Sobre el Transporte Eléctrico Urbano»[10].

Antes de la guerra, el sistema de entidades de gestión del transporte se presentaba según el principio de verticalidad: el órgano ejecutivo central que implementaba la política nacional pertinente en esta área y sus subdivisiones estructurales territoriales. El Servicio Estatal de Ucrania para la Seguridad del Transporte, el órgano ejecutivo central, cuyas actividades son dirigidas y coordinadas por el Gabinete de Ministros de Ucrania a través del Viceprimer Ministro para la Restauración de Ucrania - Ministro de Desarrollo de Comunidades, Territorios e Infraestructura, y que implementa la política estatal sobre seguridad del transporte terrestre, el Reglamento sobre el Servicio Estatal de Ucrania para la Seguridad del Transporte, funciona como control de la seguridad del transporte[11]. Las siguientes autoridades públicas participan en medidas específicas para garantizar la logística del transporte: el Servicio Estatal para la Seguridad del Transporte; Ministerio de Energía; Ministerio de Política Agraria; Ministerio del Interior; Policía Nacional; Servicio de Impuestos del Estado; Agencia para la Restauración y el Desarrollo de Infraestructura; Servicio Estatal de Seguridad Alimentaria y Protección al Consumidor; Empresa Estatal «Centro Sectorial de Digitalización y Ciberseguridad».

---

[10] Ley de Ucrania «Sobre el Transporte Eléctrico Urbano» 1914-4 29.06.2004.

[11] Resolución del Consejo de Ministros de Ucrania «Sobre la aprobación del Reglamento sobre el Servicio Estatal de Ucrania para la Seguridad en el Transporte» No 103 11.02.2015 *https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/103-2015-%D0%BF#Text*

La movilidad urbana sostenible puede describirse como la garantía de accesibilidad, seguridad, elección de transporte para satisfacer las necesidades de las personas, empresas, comunidades, sobre la base del cumplimiento de los principios de competencia, desarrollo de los territorios, reducción de emisiones nocivas y basura, difusión de fuentes de energía renovables, reducción de los niveles de ruido e impacto negativo en el ecosistema. De conformidad con la séptima parte del artículo 15-1 y la séptima parte del artículo 15-2 de la Ley de Ucrania «Sobre la regulación de la actividad de planificación urbana», el Consejo de Ministros de Ucrania aprobó el Procedimiento para desarrollar, celebrar debates públicos, aprobar programas para la recuperación integral de la región, el territorio de la comunidad territorial (parte de ella) y modificarlos[12].

4. REGULACIÓN LEGAL DE LA MOVILIDAD URBANA EN UCRANIA EN EL CONTEXTO DEL ATAQUE ARMADO DE RUSIA: DESAFÍOS Y SOLUCIONES

En las condiciones de guerra, se hicieron evidentes los errores de cálculo en el desarrollo e implementación de una estrategia de apoyo legal a la movilidad sostenible. La comprensión misma del significado de la movilidad sostenible y la necesidad de correlacionarla con los problemas de seguridad en caso de emergencia ha cambiado. Por ejemplo, la importancia del metro para garantizar la movilidad urbana como uno de los tipos de comunicación dentro de la ciudad y proporcionar una alternativa al transporte terrestre frente a las amenazas a la seguridad nacional durante los ataques aéreos ha cambiado.

En las condiciones de agresión armada abierta de la Federación de Rusia, entre las características del metro como medio para garantizar la movilidad urbana, vale la pena destacar las propiedades de una estructura fortificada, que puede y fue utilizada con fines de seguridad y al mismo tiempo como un tipo de enlace de transporte. Se han creado aulas separadas para niños en las estaciones de metro de Járkov y Kiev, sometidas a constantes bombardeos de la aviación rusa, y se han identificado lugares para que los civiles se refugien.

A la vista de la reciente tragedia ocurrida en Valencia, se llama la atención sobre la importancia de percibir el sistema de transporte público como parte del sistema de

[12] Ley «sobre la regulación del desarrollo urbano» 17.02.2011 3038-17 *https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/3038-17*.

El programa para la recuperación integral de la región, el territorio de la comunidad territorial (su parte) debe contribuir a la introducción de enfoques y prácticas modernas para el desarrollo de las regiones, las comunidades territoriales, los asentamientos y partes de sus territorios como la centralidad humana y la justicia social, la planificación espacial racional, la garantía de un equilibrio entre el asentamiento y la colocación de puestos de trabajo, la movilidad urbana sostenible, la inclusión, la eficiencia energética, el respeto al medio ambiente, la preservación de la diversidad cultural y la diversidad nacional así como cumplir con los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Ucrania para el período hasta 2030, definidos por el Decreto del Presidente de Ucrania del 30 de septiembre de 2019 No. 722.

seguridad nacional de una manera particularmente equilibrada. En este sentido, es innegable que se justifica tener en cuenta la experiencia de Ucrania. Como argumento, permítanme poner un ejemplo del uso del actualizado sistema de alerta en forma de sirena a través de dispositivos móviles, que se introdujo en toda España recién en 2022, tras el inicio de la guerra en Ucrania. Las víctimas en Valencia y los analistas identifican ciertas deficiencias en el método introducido para alertar a la población sobre la amenaza, a saber, la intempestiva y baja intensidad del mensaje de audio. Al mismo tiempo, es difícil imaginar las posibles consecuencias y el número de víctimas en ausencia de una advertencia tan audible.

Actualmente, las medidas activas del gobierno y los abogados en Ucrania tienen como objetivo resolver problemas críticos relacionados con la eliminación de las consecuencias negativas de los ataques del país agresor y garantizar la seguridad de los ciudadanos, teniendo en cuenta estar bajo amenaza. La regulación jurídica de las características de estos procesos se define en una serie de actos jurídicos[13].

Las emergencias se convierten en una prueba de fuego que permite, por una parte, identificar errores de cálculo de la regulación y la práctica jurídicas y, por otra, se convierten en un impulso para el desarrollo intensivo de medios y técnicas individuales y la regulación jurídica de su aplicación.

En cuanto al desarrollo de los servicios de entrega durante la pandemia de Covid-19 en Ucrania, así como en otros países, hubo un aumento significativo de la variación, la rápida introducción de tecnologías utilizadas en particular en los Estados Unidos en el mercado nacional. Así, las empresas de reparto de alimentos y comestibles Glovo, Bolt y Rocet trabajaron en 27 ciudades de Ucrania utilizando una aplicación móvil. La entrega de los pedidos se realizaba en motocicletas y coches, bicicletas o a pie. De acuerdo con los representantes de estas empresas, con el fin de optimizar y reducir la contaminación ambiental, se consideró la posibilidad de utilizar autos eléctricos y drones para el transporte. Para ello, se estudió la experiencia de la empresa estadounidense Wing, que fue la primera (entre otros servicios de entrega) en recibir el permiso para la entrega comercial de mercancías mediante drones[14].

---

[13] En la Ley de Ucrania «Sobre el régimen legal de la ley marcial» del 12.05.2015 No. 389-VIII y el Decreto del Presidente de Ucrania «Sobre la imposición de la ley marcial en Ucrania» del 24 de febrero de 2022 No. 64/2022, aprobado por la Ley de Ucrania «Sobre la aprobación del Decreto del Presidente de Ucrania »Sobre la imposición de la ley marcial en Ucrania" del 24 de febrero de 2022 No. 2102-IX. En primer lugar, se determina que las características de la gestión en este período son proporcionar a las autoridades estatales pertinentes, el mando militar, las administraciones militares y los órganos de gobierno autónomo local las facultades necesarias para evitar la amenaza, repeler la agresión armada y garantizar la seguridad nacional, eliminar la amenaza a la independencia estatal de Ucrania, su integridad territorial, así como temporal, debido a la amenaza, la restricción de los derechos humanos y las libertades constitucionales y un ciudadano y los derechos e intereses legítimos de las personas jurídicas, indicando la duración de estas restricciones.

[14] Hay muchas empresas que desarrollan drones de reparto. Algunos de ellos son: Amazon Prime Air; Ala del Proyecto Google; DHL Parcelcopter es un proyecto del servicio postal alemán Deutsche Post DHL, que utiliza drones para entregar correo y medicamentos a regiones de difícil acceso; Zipline es una empresa estadounidense que se especializa en la entrega de medicamentos y sangre en diferentes

El 17 de noviembre de 2021, Nova Poshta, empresa privada que presta servicios de transporte de mercancías y documentos tanto dentro de las ciudades, envíos de larga distancia como internacionales, realizó una entrega de prueba de un paquete por un dron de la empresa ucraniana Ukrspecsystems desde la terminal de Kiev a Leópolis. El dron cubrió una distancia de 500 kilómetros en 6 horas. En un vuelo, el dron transportó 10 paquetes con un peso total de más de 2 kilogramos [15].

En Ucrania, se han dado los primeros pasos para regular el uso de drones con fines civiles en la Ley «Sobre la Administración Estatal de Aviación de Ucrania» y las Reglas para el Vuelo de Vehículos Aéreos No Tripulados aprobadas por el Servicio Estatal de Aviación. De acuerdo con la Resolución N° 215, todos los vehículos aéreos no tripulados, incluidos los drones, están sujetos a registro obligatorio en caso de exceder ciertas características técnicas (peso, rango de vuelo). Este decreto regula tanto el uso civil de los drones como su operación para las necesidades del Estado [16].

Aunque hoy en día, en relación con la guerra, existen restricciones a los vuelos, es obvio que los requisitos de estas regulaciones se desarrollarán en el contexto del esperado retorno a la vida pacífica. Porque en las condiciones de guerra, para satisfacer las necesidades militares, ya se ha introducido el entrenamiento en el montaje de drones FPV, incluso en casa. Para ello, basta con iniciar sesión en la plataforma de información sobre drones de ciudad Zhytomyr en la aplicación DIIA (traducción del acrónimo «State and I» (Estado y Yo)) [17]. Esta es una señal de que en tiempos de paz, los drones serán reconfigurados para su uso activo en los servicios de entrega de carga civil y, por supuesto, continuarán siendo utilizados por el Servicio Estatal de Emergencias. Esta plataforma fue lanzada por el Ayuntamiento de ciudad Zhytomyr como una plataforma que reúne a ingenieros, proveedores, logísticos y donantes para aumentar el número de drones en el frente [18].

En Ucrania, al igual que en España, junto con los servicios públicos, tienen un papel especial las asociaciones públicas y los movimientos de voluntarios, que han demostrado ser eficaces y estar listos para utilizar medios y herramientas alternativas,

---

regiones del mundo. La empresa utiliza drones para entregar medicamentos en zonas de difícil acceso. Flirtey es una empresa australiana que desarrolla sistemas de entrega con drones. https://termobud.com.ua/ua/products/bespilotniki-kvadrokopteri-i-droni/droni-dostavshchiki/

En septiembre de 2024, Londres puso en marcha un programa de pruebas de seis meses para la entrega de sangre donada por drones. Revolucionando la logística sanitaria: El impacto de las entregas con drones en las operaciones del NHS en Londres *https://masquedron.es/2024/09/revolucionando-la-logistica-sanitaria-el-impacto-de-las-entregas-con-drones-en-las-operaciones-del-nhs-en-londres/*

[15] *https://www.village.com.ua/village/business/news/318883-nova-poshta-dostavila-posilku-dronom-z-kieva-do-lvova*

[16] *https://pravo.ua/pravovi-naslidky-vykorystannia-droniv-i-viiskovykh-tekhnolohii-v-ukraini-mizhnarodni-vyklyky-ta-vnutrishni-ryzyky/.*

[17] Diia es una aplicación móvil, portal web y marca del estado digital en Ucrania desarrollada por el Ministerio de Transformación Digital de Ucrania (el Ministerio de Transformación Digital). Diia se presentó por primera vez en 2019 y se lanzó oficialmente en 2020.

[18] *https://diia.gov.ua/news/zbirajte-fpv-dron-z-diyapidpisom-yak-pracyuye-informacijna-platforma-zhitomirskij-dron*

en particular la entrega de bienes necesarios, alimentos y agua. Muchos de ellos están listos para usar «tecnologías más verdes». En Valencia, por ejemplo, había una asociación muy consolidada de ciclistas que organizaban entregas de bicicletas a zonas donde no había posibilidad de entregas rápidas y seguras en coche[19].

El desarrollo de caminos especiales para bicicletas antes de la guerra en Ucrania se llevó a cabo activamente, sobre todo teniendo en cuenta que fueron utilizados y seguirán siendo utilizados por los conductores de patinetes eléctricos.

En febrero de 2023, la *Rada* Suprema de Ucrania (Parlamento de Ucrania) adoptó la Ley sobre el Reconocimiento de los Vehículos de Ruedas Ligeros Propulsados exclusivamente por Motores de Tracción Eléctricos con una potencia de hasta 1000 vatios como Vehículos. Sus propietarios no tienen que registrarse y no necesitan una licencia de conducir, solo es necesario el cumplimiento de las normas de tránsito, al igual que los ciclistas[20].

En Ucrania, los órganos de gobierno autónomo local, dentro de sus competencias, están introduciendo cambios en la regulación jurídica de la movilidad urbana y proyectos piloto. Dado que, para garantizar la seguridad, se restringen los movimientos nocturnos, los llamados «toques de queda», se restringe la circulación del transporte público urbano, pero no se restringe la circulación del transporte ferroviario de larga distancia. Para resolver el problema del transporte de pasajeros en Lviv, el ayuntamiento, de acuerdo con la administración militar regional, decidió introducir un proyecto piloto. Este proyecto proporciona un permiso para moverse durante el toque de queda por la noche para los taxis atendidos a través del sistema Bolt y Uber[21]. Cabe señalar aquí que puede obtener una licencia en Ucrania para el transporte de pasajeros en línea, en el portal del Servicio Nacional DIIA, el costo de la licencia es de 2500 UAH, que son aproximadamente 50 euros.

A nivel estatal, los incentivos fiscales para la importación de vehículos eléctricos, generadores, etc., a Ucrania también son una decisión más dictada por las realidades de los tiempos de guerra. Sin embargo, debido a que el sector privado automotriz ya está bastante lleno de vehículos de este tipo. Es de esperar que el desarrollo de la infraestructura urbana satisfaga sus necesidades. En el futuro, es necesario revisar el enfoque para determinar las tarifas y tener en cuenta la necesidad de desarrollar y modernizar la flota de vehículos y la infraestructura. Actualmente, la decisión de fijar las tarifas del transporte público la toma el Ayuntamiento, y el principal argumento para aumentar el coste es el aumento del coste del combustible. Esas decisiones son

---

[19] Rafa Vidiella Valencia: decenas de ciclistas llegan a lugares inaccesibles para ayudar a las víctimas de la catástrofe. 01.11.2024. *https://ciclosfera.com/a/valencia-decenas-de-ciclistas-llegan-a-lugares-inaccesibles-para-ayudar-a-las-victimas-de-la-catastrofe*

[20] La ley «Sobre determinadas cuestiones del uso de vehículos equipados con motores eléctricos y enmiendas a determinadas leyes de Ucrania sobre la superación de la dependencia del combustible y el desarrollo de la infraestructura de recarga eléctrica y los vehículos eléctricos.» № 2956-IX 24.02.2023.

[21] *https://city-adm.lviv.ua/news/society/social-sphere/304055-u-lvovi-u-komendantskyi-chas-dozvolyly-pratsiuvaty-bolt-ta-uklon-vodii-iakykh-matymut-vidpovidni-dozvoly*

apeladas ante los tribunales administrativos por representantes de ciertos grupos de la población de la comunidad. Esto indica, por un lado, la falta de motivación de las decisiones sobre la modificación de las tarifas y, por otro, que la población, ejerciendo el control público, tiene derecho a declarar algunos cambios específicos en los servicios, siempre que se haya incrementado la tarifa.

El seguimiento del desarrollo del transporte en términos de cumplimiento de los principios de accesibilidad se realiza tanto por parte de las entidades de la administración pública como del público, de hecho, durante el estudio de la situación inmobiliaria en este ámbito, se prevé la interacción e inclusión del público en determinados procedimientos de seguimiento. En 2023-2024, el Ministerio de Infraestructura de Ucrania, de acuerdo con el procedimiento definido por el «Procedimiento para monitorear y evaluar el grado de accesibilidad de las instalaciones y servicios del entorno físico para personas con discapacidad», aprobado por la Resolución del Gabinete de Ministros de Ucrania del 26 de mayo de 2021 No. 537 para recopilar datos estadísticos y cubrir el número máximo de transportistas en todas las regiones controladas de Ucrania, presentó solicitudes a las Administraciones Regionales o de los Estados de la Ciudad de Kiev [22].

5. CONCLUSIONES

Primera. En Ucrania, tras el colapso de la Unión Soviética, durante los primeros diez años, se produjo una revisión completa de los principios básicos de la gestión y la preparación de actos jurídicos básicos en todas las esferas de la administración pública, incluido el transporte. Tras la aprobación de la Constitución en 1996, de conformidad con los principios consagrados en ella, se adoptó la Ley de Reforma Administrativa y Territorial. En el marco de esta nueva normativa inicia la descentralización y la formación de órganos de gobierno autónomo local. Desde 2014, con la mirada puesta en la futura adhesión a la Unión Europea (UE, la legislación nacional se ha modificado intensamente teniendo en cuenta el derecho europeo. Los principales actos normativos relacionados con la garantía de los derechos humanos y las libertades fueron ratificados por la *Rada* (Parlamento) o se adoptaron leyes nacionales de conformidad con las disposiciones fundamentales de la legislación de la UE.

Segunda. El desarrollo de la regulación legal de la movilidad se lleva a cabo en dos niveles. El primer nivel, nacional, se lleva a cabo mediante leyes que determinan las peculiaridades de la gestión del transporte según tipos de vehículos. El segundo

[22] Resultados del seguimiento de la accesibilidad de los servicios de transporte para las personas con movilidad reducida, incluidas las personas con discapacidad https://mtu.gov.ua/files.pdf] Cabe señalar que, en virtud de la ley marcial, son estos órganos ejecutivos los que se encargan de la gestión del transporte, mientras que las medidas de seguridad durante este período a nivel de los órganos de gobierno autónomo local de conformidad con la Ley de Ucrania «Sobre la seguridad nacional», el Decreto Presidencial, se llevan a cabo en los territorios donde tienen lugar las hostilidades o en los que se encuentran actualmente, las administraciones militares.

nivel se materializa con actos normativos de los órganos de los gobiernos autónomos locales, teniendo en cuenta las peculiaridades de las necesidades y el desarrollo de las infraestructuras, así como sus capacidades presupuestarias. En la actualidad, desde febrero de 2022, los principales cambios en las leyes tanto del primer como del segundo nivel se relacionan con cuestiones de seguridad frente a las amenazas exteriores. Bajo la ley marcial, la tarea principal es eliminar las consecuencias de los ataques de la Federación Rusa contra instalaciones de infraestructura crítica y objetivos civiles en las grandes ciudades que son centros regionales: Kyiv, Odesa, Lviv, Dnipro, Zaporizhzhia, Zhytomyr y otras; los cambios en la legislación actual cumplen con el principio de rápida respuesta a la amenaza actual.

Tercera. Se introducen cambios en las normativas que imponen restricciones al tráfico durante las señales de amenaza y durante los toques de queda. Este enfoque es razonable, pero vale la pena considerar la naturaleza temporal de estos cambios. Por lo tanto, la adopción de estas medidas requiere una prescripción clara sobre el momento que permita determinar su finalización. En estas condiciones, debe continuar el desarrollo de legislación que regule en general de la movilidad urbana. Dado que se han elaborado y aplicado parcialmente estrategias o planes para garantizar la movilidad urbana en las distintas ciudades creemos llegado el momento para adoptar en Ucrania una estrategia nacional de movilidad sostenible.

Cuarta. España, a la vista del acontecimiento acaecido en Valencia con la DANA, puede tomar en cuenta la experiencia ucraniana en la toma de decisiones operativas a nivel de los órganos de gobierno local. Por un lado, se ha producido una revisión de las normas que determinan el procedimiento de respuesta rápida de los centros de poder autorizados y las relaciones entre estos y los órganos de autogobierno local; por otro, se ha agilizado la conexión con las organizaciones que agrupan a voluntarios en determinados territorios. Las asociaciones voluntarias de ciudadanos tienen el objetivo de ofrecer una respuesta rápida para proteger y satisfacer las necesidades prioritarias de las víctimas y han demostrado ser efectivas en Ucrania. Curiosamente, al mismo tiempo, estas asociaciones de voluntarios están dispuestas a utilizar medios como el transporte eléctrico, las bicicletas, los drones, etc.

Quinta. Por otra parte, es evidente la necesidad de coordinar las actividades de estas asociaciones con los órganos de gobierno autónomo local y los servicios especialmente autorizados en circunstancias de mayor peligrosidad para eliminar los riesgos de violación injustificada de los derechos individuales y lograr el uso más racional de los medios técnicos. La alerta en caso de una amenaza grave se puede cambiar para incluir no solo la alerta por teléfono, sino también la alerta sonora en las áreas que se encuentran en la zona de amenaza. Dicha alerta puede incluir no solo sonidos, sino explicaciones claras y diferentes del protocolo de actuaciones en caso de una amenaza específica. Estas asociaciones de ciudadanos y la conexión con ellas pueden utilizarse para garantizar el seguimiento del desarrollo del transporte a fin de garantizar el principio de movilidad.

Sexta. La plataforma nacional de información *Diia* está reconocida como una de las mejores de Europa y permite digitalizar documentos que están disponi-

bles en los registros estatales, en particular con el fin de identificar a una persona, obtener un certificado de registro, una póliza de seguro de vehículo, etc. Dichos documentos digitales están equiparados por ley a los de plástico o papel; es decir, tienen la misma fuerza legal. Actualmente, la cantidad de servicios que se pueden obtener a través de esta plataforma es cada vez mayor, incluyendo el pago de multas por infracciones de tránsito, etc. Esta experiencia en la formación de una plataforma única de propiedad estatal, con un alto nivel de protección de datos personales para los servicios que necesitan los ciudadanos en el día a día, puede resultar es interesante para otros Estados.