

Administración de Andalucía

Revista Andaluza de Administración Pública

■ 108/2020
Septiembre-Diciembre

ESTUDIOS

Lourdes de la Torre Martínez
La prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por Organismos Públicos: ¿Nuevos operadores?

Juan Alejandro Martínez Navarro
La nanomedicina. Marco normativo regulador y retos jurídicos

Ariana Expósito Gázquez
La sinergia entre Administración y sociedad: Análisis del "Plan España Digital 2025"

Jesús Enrique Martín Martín
Hacia una nueva Administración del agua en Andalucía

JURISPRUDENCIA

Comentarios de Jurisprudencia

El sentido del silencio de la Administración ante la solicitud de revisión de un acto administrativo firme
(*Antonia Raquel Venegas Carmona*)

Notas de Jurisprudencia

CRÓNICA PARLAMENTARIA

Sobre la expulsión de diputados "tránsfugas". La quiebra del Grupo Parlamentario Adelante Andalucía
(*Victor Vázquez Alonso*)

CRÓNICAS Y DOCUMENTOS

Crónica de la III Jornada Internacional de estudios mineros "Minería y medio ambiente en el Siglo XXI: Una visión global y de Derecho Comparado"
(*Josep Ramón Fuentes Gasó*)

Medidas y responsabilidades en el sector alimentario
(*Pedro Rodríguez Guillén*)

RESEÑA LEGISLATIVA

NOTICIAS DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

INFORME: La reforma de los plazos concesionales en los puertos de Andalucía
(*Carmen Núñez Lozano*)

NOTICIA DE REVISTAS AUTONÓMICAS BIBLIOGRAFÍA

Administración Pública

■ 108
2020



Junta de Andalucía



Junta de Andalucía

Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior
Instituto Andaluz de Administración Pública



UNIVERSIDAD
de SEVILLA



ADMINISTRACIÓN DE ANDALUCÍA

REVISTA ANDALUZA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Nº 108

Septiembre - Diciembre 2020

Revista cuatrimestral, esencialmente jurídica, cuyo objeto es la investigación, análisis y divulgación de las fuentes y actividades jurídicas relativas a la Administración Pública de la Comunidad Autónoma, ello sin exclusión de estudios o documentaciones referidas a otros poderes, instituciones o problemas de la propia Comunidad Autónoma u otras Administraciones Públicas por su incidencia en el ámbito de intereses de la Junta de Andalucía.

La Revista carece de adscripción ideológica o política determinada persiguiendo exclusivamente poner sus contenidos científicos, de modo objetivo e imparcial, al servicio de los intereses generales de Andalucía, respondiendo a su esencial caracterización de Revista científica, universitaria, libre y pluralista.



UNIVERSIDAD DE SEVILLA

INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Consejo Asesor

MANUEL FRANCISCO CLAVERO ARÉVALO. *Catedrático de Derecho Administrativo. (Presidente)*
Cámara Villar, Gregorio. *Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Granada.*
Escribano Collado, Pedro. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
Flores Domínguez, Luis Enrique. *Secretario del Ayuntamiento de Sevilla.*
González González, Juan Carlos. *Director del Instituto Andaluz de Administración Pública.*
Gutiérrez Colomina, Venancio. *Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Málaga.*
Secretario del Ayuntamiento de Málaga (en excedencia).
Horgué Baena, Concepción. *Catedrática de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla*
Jiménez Blanco y Carrillo de Albornoz, Antonio. *Catedrático de Derecho Administrativo.*
Universidad Politécnica de Madrid.
Jiménez López, Jesús. *Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía.*
López Menudo, Francisco. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
López-Sidro Gil, Joaquín José. *Director General de Administración Local.*
Márquez García, Natalia Silvia. *Directora General de Recursos Humanos y Función Pública.*
Martínez Fernández, Julián. *Vicerrector de Investigación. Universidad de Sevilla.*
Moreno Andrade, Antonio. *Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.*
Ortiz Mallol, José. *Letrado de la Junta de Andalucía.*
Pardo Falcón, Javier. *Letrado del Parlamento de Andalucía.*
Pérez Moreno, Alfonso. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
Pérez Naranjo, María Gema. *Directora General de Transformación Digital.*
Puya Jiménez, Rafael. *Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.*
Valles Ferrer, José. *Catedrático de Política Económica. Universidad de Sevilla.*

Director:

JESÚS JORDANO FRAGA. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*

Secretaria:

MARIA DEL CARMEN NÚÑEZ LOZANO. *Catedrática de Derecho Administrativo. Universidad de Huelva.*

Consejo de Redacción:

Arana García, Estanislao. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Granada.*
Barrero Rodríguez, Concepción. *Catedrática de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
Carbonell Porras, Eloisa. *Catedrática de Derecho Administrativo. Universidad de Jaén.*
Carrillo Donaire, Juan Antonio. *Catedrático (acreditado) de Derecho Administrativo. Profesor Asociado. Universidad de Sevilla.*
Castillo Blanco, Federico. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Granada.*
Escribano López, Francisco. *Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Sevilla.*
Fernández Ramos, Severiano. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Cádiz.*
Gamero Casado, Eduardo. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Pablo de Olavide.*
González Rios, Isabel. *Catedrática de Derecho Administrativo. Universidad de Málaga.*
Guichot Reina, Emilio. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
Millán Moro, Lucía. *Catedrática de Derecho Internacional Público. Universidad Pablo de Olavide.*
Pérez Andrés, Antonio Alfonso. *Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
Pérez Gálvez, Juan Francisco. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Almería.*
Rebollo Puig, Manuel. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Córdoba.*
Rivero Ysern, José Luis. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
Vázquez Alonso, Víctor J. *Profesor Ayudante Doctor. Universidad de Sevilla.*
Vera Jurado, Diego. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Málaga.*

Consejo Científico.

Alenza García, José Francisco. *Universidad de Navarra.*
Amado Gomes, Carla. *Universidad de Lisboa.*
Cano Campos, Tomas. *Universidad Complutense de Madrid.*
Casado Casado, Lucia. *Universidad Rovira Virgili.*
Civitaresse Matteucci, Stefano. *Universidad "G. d'Annunzio" Chieti - Pescara.*
Domenech Pascual, Gabriel. *Universidad de Valencia.*
Fernández Torres, Juan Ramón. *Universidad Complutense de Madrid.*
Galán Galán, Alfredo. *Universidad de Barcelona.*
Gómez Puente, Marcos. *Universidad de Cantabria.*
Hernández González Francisco Lorenzo. *Universidad de La Laguna.*
López Ramón, Fernando. *Universidad de Zaragoza.*
Lozano Cutanda, Blanca. *CUNEF.*
Mir Puigpelat, Oriol. *Universidad de Barcelona.*
Montoya Martín, Encarnación. *Universidad de Sevilla.*
Nogueira López, Alba. *Universidad de Santiago de Compostela.*
Parejo Alfonso, Luciano. *Universidad Carlos III.*
Piñar Mañas, José Luis. *Universidad San Pablo –CEU de Madrid.*
Rodríguez Arana, Jaime. *Universidad de la Coruña.*
Santamaría Pastor, Alfonso. *Universidad Complutense de Madrid.*
Sanz Rubiales, Iñigo. *Universidad de Valladolid.*
Soro Mateo, Blanca. *Universidad de Murcia.*
Tavares da Silva, Suzana. *Universidad de Coimbra.*
Tolivar Alas, Leopoldo. *Universidad de Oviedo.*
Valcárcel Fernández, Patricia. *Universidad de Vigo.*
Valencia Martín, Germán. *Universidad de Alicante.*

Secretaría de Redacción:

Facultad de Derecho. Campus Ramón y Cajal C/ Enramadilla, 18 -20. 41018 Sevilla.
Tlf.: (95) 455 12 26. Fax: (95) 4557899

Realización:

Instituto Andaluz de Administración Pública

Edita:

Instituto Andaluz de Administración Pública

ecoedición 		
Tinta sin metales pesados y papeles procedentes de una gestión forestal sostenible		
Impacto ambiental por producto impreso	 Agotamiento de recursos fósiles 0,76 kg petróleo eq	 Huella de carbono 2,62 Kg CO ₂ eq
por 100 g de producto	0,06 kg petróleo eq	0,22 Kg CO ₂ eq
% medio de un ciudadano europeo por día	16,73 %	8,54 %

reg. nº: 2021/027



Junta de Andalucía

ISSN: 1130-376X- Depósito Legal: SE-812-1990

Talleres: Servicio de Publicaciones y BOJA

Suscripción anual (3 números): 36 euros. (IVA incluido)

Número suelto: 12 euros. (IVA incluido)

Pedidos y suscripciones: Instituto Andaluz de Administración Pública

Servicio de Documentación y Publicaciones

Calle Torneo núm. 26

41002 SEVILLA

Tlf.: 95 504 24 00 - Fax: 95 504 24 17

www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica

Email: publicaciones.iaap@juntadeandalucia.es





SUMARIO

Pág.

ESTUDIOS

Lourdes de la Torre Martínez <i>La prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por Organismos Públicos: ¿Nuevos operadores?</i>	19
Juan Alejandro Martínez Navarro <i>La nanomedicina. Marco normativo regulador y retos jurídicos</i>	73
Ariana Expósito Gázquez <i>La sinergia entre Administración y sociedad: Análisis del “Plan España Digital 2025”</i>	115
Jesús Enrique Martín Martín <i>Hacia una nueva Administración del agua en Andalucía</i>	153

JURISPRUDENCIA

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

El sentido del silencio de la Administración ante la solicitud de revisión de un acto administrativo firme <i>(Antonia Raquel Venegas Carmona)</i>	211
---	-----

NOTAS DE JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- I. Constitución.- II. Derechos y Libertades.- III. Principios Jurídicos Básicos.- IV. Instituciones de Estado.- V. Fuentes.- VI. Organización Territorial del Estado.- VII. Economía y Hacienda.-
(Francisco Escribano López)

223

TRIBUNAL SUPREMO Y TRIBUNAL SUPERIOR

DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

- I. Acto Administrativo.- II. Administración Local.- III. Administración Pública.- IV. Bienes Públicos.- V. Comunidades Autónomas.- VI. Contratos.- VII. Corporaciones de Derecho Público.- VIII. Cultura, Educación, Patrimonio Histórico.- IX. Derecho Administrativo Económico.- X. Derecho Administrativo Sancionador.- XI. Derechos Fundamentales y Libertades.- XII. Expropiación Forzosa.- XIII. Fuentes.- XIV. Hacienda Pública.- XV. Jurisdicción Contencioso-Administrativa.- XVI. Medio Ambiente.- XVII. Organización.- XVIII. Personal.- XIX. Procedimiento Administrativo.- XX. Responsabilidad.- XXI. Salud y Servicios Sociales.- XXII. Urbanismo y Vivienda.-

Tribunal Supremo

(Eduardo Gamero Casado)

253

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

(José L. Rivero Ysern)

291

CRÓNICA PARLAMENTARIA

- Sobre la expulsión de diputados “tránsfugas”. La quiebra del Grupo Parlamentario Adelante Andalucía
(Victor Vázquez Alonso)

327

CRÓNICAS Y DOCUMENTOS

- Crónica de la III Jornada Internacional de estudios mineros
“Minería y medio ambiente en el Siglo XXI: Una visión global y de
Derecho Comparado”
(José Ramón Fuentes Gasó) 335
- Medidas y responsabilidades en el sector alimentario
(Pedro Rodríguez Guillén) 339
-

RESEÑA LEGISLATIVA

- Reseña de disposiciones de la Unión Europea
(Lucía Millán Moro) 369
- Crónica normativa de la Junta de Andalucía
(Emilio Guichot Reina) 411
- Otras disposiciones de interés para la Administración Autonómica
(Carmen Núñez Lozano) 431
-

NOTICIAS DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

- INFORME: La reforma de los plazos concesionales
en los puertos de Andalucía
(Carmen Núñez Lozano) 443

NOTICIAS DE REVISTAS AUTONÓMICAS

(Severiano Fernández Ramos)

459

RECENSIONES

- CASTILLO BLANCO, F., Defensa del patrimonio público y represión de conductas irregulares, Iustel, Madrid, 2020, 776 págs.
(Juan Alejandro Martínez Navarro) 473
- DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., Derecho e incertidumbre: disputas metodológicas de ayer y hoy, Iustel, 2020, 174 págs.
(Antonio Martí del Moral) 480
- GARRIDO JUNCAL, A., Los servicios sociales en el S. XXI. Nuevas tipologías y nuevas formas de prestación, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, 313 págs.
(Alejandro Román Márquez) 484
-

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA SOBRE DERECHO AUTONÓMICO

(Javier E. Quesada Lumbreras)

491

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

1. TEMAS DE INTERÉS PARA LA REVISTA

La *Revista Andaluza de Administración Pública* publica trabajos originales sobre Derecho Administrativo y Administración Pública, dispensando especial atención a los que puedan resultar de interés para el conocimiento del Derecho y de las instituciones autonómicas.

2. ENVÍO DE ORIGINALES

Los trabajos deberán ser originales e inéditos. Se enviarán por correo electrónico a las direcciones raap@us.es o maria.lozano@dpub.uhu.es o en papel, acompañados, en todo caso, de soporte electrónico a la Secretaría de la Revista, Facultad de Derecho, Avda. Enramadilla, 18-20, 41018. Sevilla.

El envío de un trabajo implica el compromiso de no retirarlo, a menos que la Revista rechace su publicación; se esté en desacuerdo con la sección que el Consejo de Redacción haya determinado para su publicación; o se esté en desacuerdo con las modificaciones que el Consejo de Redacción haya estimado necesarias. Implica asimismo el compromiso de no publicar el trabajo en lugar alguno hasta que el Consejo de Redacción se haya pronunciado. La aceptación expresa de estas condiciones es requisito previo indispensable para poner en marcha el proceso de evaluación del trabajo. Su incumplimiento permitirá a la Revista rechazar de plano cualquier otro trabajo de la misma autoría.

3. NORMAS DE EDICIÓN

a) Formato. Los originales deberán ir escritos a espacio y medio, en letra Times New Roman, normal, tamaño 12 en texto y 10 en notas a pie de página. Su extensión total no deberá superar las 40 páginas.

La primera página incluirá el título, nombre del autor o autores, filiación académica o profesional, direcciones de correo electrónico y ordinario y teléfono de contacto. En una segunda página se presentarán dos resúmenes, uno en español y otro en inglés, de unas 120 palabras cada uno. Igualmente deberá contener palabras claves –de 3 a 5– en cada idioma.

Los originales deberán incluir al principio un Sumario según el siguiente modelo que es el que ha de seguirse, además, en los distintos epígrafes del texto:

I. EPÍGRAFE DE PRIMER NIVEL. MAYÚSCULAS PRECEDIDAS DE NÚMERO ROMANO

1. Epígrafe de segundo nivel, en negrillas

A. Epígrafe de tercer nivel, en letra normal

a). *Epígrafe de cuarto nivel. Cursivas*

b) Notas a pie de página. Todas las notas irán a pie de página, a espacio sencillo. Serán numeradas mediante caracteres arábigos, en formato superíndice. Tras la primera referencia bibliográfica completa, sólo se redactarán de forma abreviada. Ejemplos:

- CLAVERO ARÉVALO, M.F., *El nuevo régimen de licencias de urbanismo*, Civitas, Madrid, 1976, p. 34.

CLAVERO ARÉVALO, M.F. (1976: 34).

- CLAVERO ARÉVALO, M.F. “La inejecución de sentencias contencioso-administrativas y del Tribunal Constitucional”, en F. LÓPEZ MENUDO (coord.) *Derechos y garantías del ciudadano: estudios en homenaje al profesor Alfonso Pérez Moreno*, Iustel, Madrid, 2011, p. 501.

CLAVERO ARÉVALO, M. F. (2011: 501).

- CLAVERO ARÉVELO, M. F.. “Instituciones autonómicas de Andalucía”, en *Administración de Andalucía, Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 1 (1990), p. 21.

CLAVERO ARÉVALO, M.F. (1990: 21).

c) Bibliografía. Las referencias bibliográficas irán al final y se limitarán a las obras citadas en el trabajo. Se ordenarán alfabéticamente por el primer apellido del autor, en mayúsculas, bajo el título “Bibliografía”.

4. PROCESO DE PUBLICACIÓN

La Revista Andaluza de Administración Pública decidirá, a través de su Consejo de Redacción, la publicación de los trabajos, una vez que hayan sido informados por dos evaluadores externos, especialistas en la materia, aplicándose el método ciego.

Los autores de artículos aceptados para publicación podrán ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el

plazo de 8 días. En caso contrario podrá determinarse su publicación sin más, o la no publicación. No se permitirá la introducción de cambios sustanciales en las pruebas, quedando limitados a la corrección de errores.

5. COPYRIGHT

El autor o los autores ceden a la Revista, en exclusiva, los derechos de reproducción en revistas científicas de los textos admitidos.

ESTUDIOS



**La prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por Organismos Públicos:
¿Nuevos operadores?¹**

**The provision of electronic communications services
by Public Organizations:
¿New operators?**

Lourdes de la Torre Martínez

Profesora Titular de Derecho Administrativo

Universidad de Jaén

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL MECANISMO “CONECTAR EUROPA”. III. EL REGLAMENTO EUROPEO WiFi4EU DE 2017. IV. ¿LOS MUNICIPIOS TIENEN QUE CONSTITUIRSE EN OPERADOR? LA NECESIDAD O NO DE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE OPERADORES POR PARTE DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. LA CIRCULAR DE LA CMT 1/2010 Y EL ACUERDO DE LA CNMC DE 10 DE MAYO DE 2018. 1. La Circular de la CMT 1/2010 por la que se regulan las condiciones de explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas. A. Autoprestación. B. Principio de inversor privado en una economía de mercado (PIPEM). C. La jurisprudencia de la Audiencia Nacional sobre la Circular de la CMT 1/2010. 2. El Acuerdo de la CNMC 2018 por el que se da contestación a las consultas planteadas sobre la compatibilidad

¹ Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto I+D+i del Plan Nacional: “Las Entidades locales, sus relaciones y competencias. Realidad, efectos y consecuencias de la racionalización y sostenibilidad financiera en clave nacional y europea” (DER2016-74843-C3-1-R), del que la Investigadora Principal es Eloísa Carbonell Porras. A su vez, se integra en el proyecto subordinado “Las entidades locales, sus relaciones y competencias. Realidad, efectos y consecuencias de la racionalización y sostenibilidad financiera en Andalucía” (DER2016-74843-C3-3-R), del que soy investigadora principal. Ambos se desarrollan en el Grupo de Investigación del Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación (PAIDI) SEJ-630, “Administración Pública y Ciudadanos: Régimen Jurídico” (ACPI) y en la Estructura de investigación de la Universidad de Jaén EL_SEJ9_2019. Red Temática *Gobiernos locales y Economía Colaborativa*, (GOBECOL), con referencia RED2018-102319-T.

Recibido: 10/11/2020

Aceptado: 12/11/2020

del programa WiFi4EU con la normativa y regulación sectorial nacional aplicable a la prestación de actividades de telecomunicaciones por las Administraciones Públicas. A. Los beneficiarios del Programa WiFi4EU. B. Las condiciones de prestación del servicio de acceso a Internet. C. El papel de la Circular de la CMT 1/2010 y el régimen jurídico español. ¿Afecta el Programa WiFi4EU de forma significativa a la competencia? D. Algunas contestaciones a consultas de la CNMC en 2019 aplicando su Acuerdo de 2018. V. REFLEXIONES FINALES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: En España muchos ayuntamientos prestan el servicio de Internet a sus ciudadanos, y esta actuación ha dado lugar a controversias en torno a clarificar cuándo lo hacen como auxiliares a un servicio propio, recogido en el art. 25 LBRL, en régimen de autoprestación y sin constituirse como operador de comunicaciones electrónicas, o como mera prestación de servicios a terceros. Por ello, en el caso primero, el art. 6.2 LGTel les excluye de la obligación de comunicarlo previamente al inicio de la actividad al Registro de Operadores, aun tratándose de una prestación a terceros. Estas cuestiones han intentado solventarse, inicialmente, por la CMT, en la Circular 1/2010, donde delimita los conceptos de autoprestación y principio de inversor privado en una economía de mercado. Después, tras la aprobación del Reglamento WiFi4EU y su Programa WiFi4EU, esta problemática se ha avivado y ha tratado de ser resuelta por la CNMC, en su Acuerdo de 10 de mayo de 2018.

ABSTRAC: Many Municipalities in Spain provide Internet service to their citizens, and this way of acting has generated controversies regarding the need of clarification on when they provide it as an ancillary activity to a service specified in art. 25 LBRL, in self-provision regime, or with limitations and without becoming electronic communications operator. Therefore, in the first case, art. 6.2 LGTel excludes them from the obligation to communicate the Registry of Operators prior to the start of the activity, even in the case of a provision to third parties. These issues were first tried to be solved by the CMT, in Circular 1/2010, where it delimits the concepts of self-provision and the principle of private investor in a market economy. And then, after the approval of the WiFi4EU Regulation and its WiFi4EU Program, the problematic around this issue has increased and tried to be solved by the CNMC, in its Agreement of May 10, 2018.

PALABRAS CLAVE: prestación de servicio de Internet por Administraciones públicas, autoprestación, principio de inversor privado en una economía de mercado, Programa WiFi4EU, centros de vida pública local, comunicación previa al Registro de Operadores.

KEY WORDS: provide Internet service by public administrations, self-provision, the principle of private investor in a market economy, the Wi-Fi4EU initiative, centres of local public life, previous notification to the Registry of Operators.

I. INTRODUCCIÓN

Hablar hoy en día de modernización del Derecho², servicio universal de comunicaciones electrónicas³, acceso a una Internet abierta⁴, Agenda Digital⁵, o incluso de ciudades inteligentes⁶ no nos resulta nada extraño y, menos aún, referido al ámbito local. Hace ya unos años que desde el ámbito europeo se promovió la liberalización

² JIMÉNEZ-BLANCO recuerda que, hace un siglo, “la inmensa mayoría participaba de la idea de que España era un país que se había quedado históricamente a medias y que modernización y europeización constituían dos palabras equivalentes para identificar lo que sólo era, por desgracia, el objetivo, el deseo. “España es el problema, Europa la solución”. Ha sido Europa la que se ha españolizado (esto es, estropeado) y no al revés. El enfermo ha contagiado al sano”. JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *España, Europa, Globalización: La modernización del Derecho*. Estudios (2014-2019), Global Law Press, Allen & Overy, 2019, pp. 20 y 21. También pueden consultarse: TARRÉS, M., y DARNACULLETA, M. M., “Adelgazamiento y modernización administrativa. A propósito del Informe ‘Schlanker Staat’”, en *Revista Autonomías*, núm. 26, 2000, pp. 335 y ss; NIETO, A., *Testimonios de un jurista (1930-2017)*, Global Law Press, Editorial Derecho Global, INAP, 2017, pp. 137 y 138.

³ El derecho de acceso universal a Internet se regula en la actualidad en el ámbito europeo en la Directiva 2018/1972 del Parlamento europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas y en España en el art. 25 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel), y en el art. 81 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., “Capítulo cuadragésimo tercero. Los servicios de interés General en Europa: hacia la clarificación y determinación jurídica”, L., PAREJO ALFONSO, L., y VIDA FERNÁNDEZ, J., (Coords.), *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI: libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 1251-1280.

⁴ Reglamento (UE) 2015/2120 del Parlamento europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una Internet abierta y se modifica la Directiva (UE) 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas y el Reglamento (UE) 531/2012 relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión; Directiva (UE) 2016/2102 del Parlamento europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2016 sobre la accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles de los organismos del sector público.

⁵ La Agenda Digital para Europa se creó en mayo de 2010 para impulsar la economía europea aprovechando las ventajas económicas y sociales sostenibles del mercado único digital con retos como lograr Internet de banda ancha o un mercado único en las telecomunicaciones. En España ya se ha aprobado la Agenda España Digital 2025.

⁶ Sobre ciudades inteligentes podemos encontrar en la actualidad numerosas publicaciones. Resaltamos el Libro de Actas del XV Congreso organizado por la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo y celebrado en Ibiza los días 7 y 8 de febrero de 2020. El tema del Congreso fue “La ciudad del siglo XXI” y durante esos días se debatieron cuestiones de gran interés sobre la citada materia. BARREO RODRÍGUEZ, C., y SOCÍAS CAMACHO, J., (Coord.), *La ciudad del siglo XXI: transformaciones y*

del sector de las telecomunicaciones⁷, que dio lugar en nuestro ordenamiento jurídico a la aprobación de la, ya derogada, Ley 12/1997 de 24 de abril, de liberalización de las telecomunicaciones, que además creaba la, ya extinta, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), como bien sabemos, ahora subsumida en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), tras la aprobación de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

La liberalización ha supuesto que todos los operadores, incluidas las Administraciones públicas, que cumplen los requisitos fijados en la normativa aplicable, en principio, puedan explotar redes o prestar servicios de telecomunicaciones. De hecho, en la actualidad es bastante frecuente encontrar Administraciones públicas, - municipios sobre todo-, que explotan redes o prestan servicios de Internet WiFi⁸,

retos, AEPDA, INAP, Madrid, 2020. Resaltamos de esta obra colectiva ahora: CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “Los servicios de la ciudad inteligente”, pp. 419-459.

⁷ La liberalización de servicios y redes en las telecomunicaciones y energía lleva consigo una cierta “despoliticización” y la búsqueda de la neutralidad política en la regulación de los sectores económicos y en su ejecución. MARTI DEL MORAL, A., “La incidencia del Derecho comunitario en la formación de las autoridades reguladoras como administraciones independientes”, en REBOLLO PUIG, M., CARBONELL PORRAS, E. y LÓPEZ BENÍTEZ, M. (Coords.), *Régimen jurídico básico de las Administraciones Públicas. Libro Homenaje al Profesor Luis Cosculluela*, Iustel, 2015. Al respecto puede consultarse, entre otros, el libro colectivo publicado en español y alemán DARNACULLETA I GARDELLA, M. M., ESTEVE PARDO, J. y SPIECKER G. DÖHMANN, I. (Dirs.), *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Marcial Pons, 2015; Nomos, 2015. En particular, los trabajos: MARTI DEL MORAL, A., “La neutralidad política de los expertos en las autoridades reguladoras y la cooperación europea en el mercado interior del gas y de la electricidad”, pp. 119-136, en el libro español”; pp. 132-154, en el libro alemán; DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., “El fomento de la neutralidad política de los expertos y la cooperación transnacional de entidades reguladoras. La regulación europea en materia de comunicaciones electrónicas”, pp. 103-118, en el libro español; pp. 112-131, en el libro alemán; DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., “Independencia y neutralidad política de los expertos que integran las Autoridades Nacionales de Reglamentación en Europa”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 95, mayo-agosto 2016, IAAP, Sevilla.

⁸ La CMT se pronunció en numerosas ocasiones sobre la posibilidad de que un ayuntamiento prestara el servicio WiFi de forma gratuita. Resaltamos la Resolución de la CMT de 18 de septiembre de 2008 (Resolución por la que se aprueba el Informe de la CMT en relación con el régimen jurídico aplicable a la explotación de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones públicas). En ella se refiere a un servicio de acceso a bases de datos, a determinadas páginas web públicas, y recuerda la doctrina de la Comisión Europea, por todas, la Decisión de la Comisión Europea, de 30 de mayo de 2005, en el caso de Ayuda de Estado n.º NN 24/2007 –República Checa, sobre la Red inalámbrica del municipio de Praga, y afirma que el establecimiento y operación, por parte de la autoridad local, de una red radio que permita a todos los ciudadanos de las áreas de cobertura el tener acceso gratuito en banda ancha (usando su ordenadores portátiles, sus terminales móviles, ...) limitado a las “websites” del sector público y a su contenido no constituye una ayuda de estado contraria al art. 87 del Tratado de la Unión Europea (RO 2007/1339). Con relación a la gratuidad del servicio y el respecto a la libre competencia, FUERTES LÓPEZ considera que no existe relación de identidad entre gratuidad y quiebra de la competencia. La autora considera que son parámetros distintos a examinar por separado. A su juicio, el hecho de

ya sea por sí mismos o a través de diferentes operadores. Ahora bien, esta actuación por parte de las Administraciones públicas viene acarreado controversias generadas, sobre todo, en torno a dos cuestiones: primera, al régimen jurídico aplicable, y segunda, a su desarrollo en un marco de respeto y garantía de la libre competencia en el mercado. Esta problemática ha dado lugar a numerosas consultas planteadas por parte de los operadores de comunicaciones electrónicas y de ayuntamientos a la CNMC⁹ (y con anterioridad, a la CMT¹⁰). También se han pronunciado la Audiencia

que los ayuntamientos intervengan en este sector no debe perjudicar la competencia, sino todo lo contrario. Es decir, la existencia de un servicio básico local no tiene por qué impedir la existencia de otras ofertas privadas. Más bien, debería servir como aliciente para que los empresarios de comunicaciones electrónicas mejoren las ofertas de los servicios prestados. Existen muchos ejemplos en la vida local, en los que el ayuntamiento presta un servicio y los empresarios, según su iniciativa, ofrecen otras prestaciones de mayor calidad o más personales a cambio de una remuneración. Por ello, a juicio de la autora, el acceso a Internet no debe ser una excepción. FUERTES LÓPEZ, M., *Redes inalámbricas municipales. Nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 96 a 107. VALERO TORRIJOS, J., “La prestación de servicios de la Sociedad de la Información por la Administración municipal. Especial referencia a los servicios de intermediación relacionados con Internet”, *Revista de estudios locales*, n. extra 1 (Ejemplar dedicado a: Las tecnologías de la Información y la Comunicación y las Entidades Locales. La Administración electrónica), 2004, pp. 19 a 28; Sobre las ayudas en el sector: LAGUNA DE PAZ, J. C., “Ayudas para redes de nueva generación: ¿impulso a servicios avanzados de comunicación electrónica o caballo de Troya en el sector?”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, n. 15, 2010, pp. 9 a 25.

⁹ Véase por ejemplo: la Contestación de la CNMC de 9 de octubre de 2014 a la Consulta planteada por el ayuntamiento de Santander sobre su red WiFi CNS/DTSA/560/14/Cesión red WiFi Ayto. Santander; el Acuerdo de 6 de octubre de 2016, por el que se da contestación a la consulta planteada por Vodafone España, S.A. sobre la aplicación del art. 9 de la LGTel, a los operadores privados de comunicaciones electrónicas con los que contratan las Administraciones públicas (CNS/DTSA/063/16/VODAFONE WIFI MUNICIPAL); el Informe de la CNMC de 10 de febrero de 2017 sobre la reclamación presentada al amparo del art. 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, contra la denegación presunta de la aprobación del Plan de despliegue de una red de comunicaciones electrónicas en el municipio de Beniganim (UM/024/17). Un estudio completo de la CNMC puede consultarse, entre otros: CARLÓN RUIZ, M., *La Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia*, Aranzadi, 2014; GUILLÉN CARAMÉS, J., “Las competencias de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia y las Autoridades autonómicas en la aplicación del Derecho de la competencia”, *Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto*, Vol. 63, n. 1, 2015, pp. 37-83.

¹⁰ Existen numerosas Resoluciones de la CMT en esta materia. Resaltamos algunas por su interés: Catálogo de buenas prácticas, de la CMT de 2005; de 17 de abril de 2008 por la que se da contestación a la consulta formulada por el ayuntamiento de Xeraco sobre la necesidad de constituirse en operador para la explotación de una red inalámbrica y la prestación de determinados servicios de comunicaciones electrónica, requisitos legales y posible gratuidad del servicio; de 23 de julio de 2008 por la que se da contestación a la consulta formulada por el ayuntamiento de Málaga sobre la necesidad de constituirse en operador para la prestación del servicio de acceso a Internet, así como sobre la posible gratuidad del servicio; de 18 de septiembre de 2008, procedimiento número RO 2008/1350, por el que se aprueba el Informe en relación con el Régimen jurídico aplicable a la explotación de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones públicas; de 28 de noviembre de 2008 por la que se da contestación a la consulta formulada por el ayuntamiento de Avilés en relación con la financiación por medio de publicidad o patrocinio del servicio de acceso a Internet sobre una red pública de comuni-

Nacional (AN en lo sucesivo) y el Tribunal Constitucional (en adelante TC) sobre estas cuestiones¹¹.

Recordemos que, en un primer momento, el reto marcado por la Unión Europea fue la consecución de la liberalización efectiva del sector. Ahora, una vez logrado tal cometido, el nuevo propósito marcado en los últimos tiempos es otro: conseguir el despliegue de redes y servicios de comunicaciones electrónicas con el objetivo de crear un mercado único digital, en el marco configurado por la Agenda Digital 2020, y que todos los ciudadanos cuenten con banda ancha básica con acceso a velocidades mucho más altas de Internet¹².

caciones electrónicas inalámbricas de titularidad municipal; de 28 de noviembre de 2008 por la que se da contestación a la consulta formulada por el ayuntamiento de Motril sobre distintos aspectos de la explotación de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas; de 26 de febrero de 2009 por la que se da contestación a la consulta formulada por el ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz sobre la posibilidad de establecer un periodo promocional para la prestación gratuita del servicio de comunicaciones electrónicas de acceso a Internet; de 18 de junio de 2010, de la Presidencia de la CMT, la Circular 1/2010, de la CMT, por la que se regulan las condiciones de explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas; de 24 de marzo de 2011 por la que se da contestación a la consulta planteada por la entidad S.P.M. PROMOCIONS MUNICIPALS DE SANT CUGAT DEL VALLÉS sobre la necesidad de inscribirse como operador para la explotación de redes WiFi y la prestación del servicio de acceso a Internet en sus promociones de viviendas de protección oficial en régimen de alquiler (RO 2010/1886).

¹¹ En el trabajo analizaremos diversas Sentencias de la AN. Del TC recordamos ahora la Sentencia 20/2016, de 4 de febrero de 2016, recurso de inconstitucionalidad número 709/2015, interpuesto por la Generalitat de Cataluña en relación con diversos preceptos de la LGTel de 2014. En concreto, sobre la nulidad del precepto legal que establece que los planes de despliegue o instalación de red pública de comunicaciones electrónicas se entenderán aprobados si la Administración pública competente no hubiese dictado resolución expresa transcurridos dos meses desde su presentación. El TC, en el fallo, estima en parte el recurso y, de un lado, declara inconstitucional y nulo el inciso “transcurridos dos meses desde su presentación” del párrafo quinto del art. 34.6 LGTel; y, de otro, desestima el recurso en todo lo demás. El TC consideró que los arts. 149.1.13 y 21 CE no amparan la fijación del plazo concreto de dos meses para la aprobación de los planes, porque no es necesaria o imprescindible para garantizar la virtualidad del sistema e invade las competencias autonómicas.

¹² Reglamento (UE) 2015/2120 del Parlamento europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una Internet abierta y se modifica la Directiva (UE) 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas y el Reglamento (UE) 531/2012 relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión y la Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas. Es importante resaltar la trascendencia de la conectividad territorial con internet de banda ancha como objetivo transversal de muchas políticas públicas. Un ejemplo reciente lo encontramos en nuestro país con relación al reto demográfico. El Ministerio de Política Territorial y Función pública ha aprobado, el 29 de marzo de 2019, unas Directrices Generales de la Estrategia Nacional frente al Reto Demográfico recoge en el punto 5.2 entre los objetivos transversales el de “garantizar una plena conectividad territorial, con una adecuada cobertura de internet de banda ancha y de telefonía móvil en todo el territorio nacional, de acuerdo con la Agenda Digital Europea 2020”. Por su parte, en el punto 6.2

El último desafío europeo en esta materia es ofrecer y conseguir una conectividad inalámbrica local, con carácter gratuito y sin condiciones discriminatorias, de alta capacidad, en los denominados “centros de vida pública local” o espacios públicos, como parques, plazas, edificios administrativos, bibliotecas, centros de salud, etc.¹³ En este contexto se aprobó en 2017 un Reglamento dirigido a fomentar la conectividad WiFi gratuita para los ciudadanos y transeúntes, que entró en vigor el 4 de noviembre de 2017, conocido como Reglamento WiFi4EU¹⁴. La materialización de este Reglamento se está llevando a cabo mediante el Programa WiFi4EU para garantizar a los ciudadanos de los municipios que obtengan esta subvención: una navegación de alta calidad -rápida, estable y segura-, con equipos, de última generación, con mayor velocidad disponible en la zona, al menos 30Mbps de velocidad y una conexión gratuita y de calidad durante los tres años siguientes a su instalación. Dicha red WiFi4EU tendrá carácter gratuito para los usuarios y no podrá incluir ningún tipo de publicidad, con prohibición de obtención de datos personales. Otro requisito es que al menos 50 usuarios puedan conectarse a la vez sin disminuir su rendimiento¹⁵. Tampoco podemos olvidar que uno de los rasgos más característicos de nuestro Derecho en los últimos años es que se desarrolla en un entorno de incertidumbre como el que atravesamos, al que se añade ahora la pandemia mundial del

hace referencia a las diversas acciones adoptadas por los Ministerios competentes, como el de Economía y Empresa que para fomentar la conectividad territorial, la Secretaría de Estado para el Avance Digital afronta el reto demográfico con diversos planes y programas: el programa PEBA-NGA, para el despliegue de banda ancha en determinadas zonas blancas; el plan 800 que trata de materializar el compromiso adquirido con la Orden ECE 1166/2018, de 29 de octubre, por la que se aprueba el Plan para proporcionar cobertura que permita el acceso a servicios de banda ancha a velocidad de 30 Mbps o superior, a ejecutar por los operadores titulares de concesiones demaniales en la banda de 800 Mhz; programa ayudas de fomento de la demanda de banda ancha fija a 30 mbps; escuelas conectadas; y plan nacional de territorios inteligentes. En la doctrina: CARBONELL PORRAS, E., “El transporte de personas en las zonas rurales”, en DE SANTIAGO IGLESIAS, D., *Instrumentos jurídicos para la lucha contra la despoblación*, Aranzadi Thomson Reuters, 2021.

¹³ No podemos obviar la problemática acaecida en los últimos años en torno a la formación del Derecho público en Europa, con carácter general, y en materia de comunicaciones electrónicas, también. ESTEVE PARDO analiza las transformaciones sociales ocurridas en los últimos años y entra de lleno en la crítica al parlamentarismo y al positivismo legalista, que no es otra cosa que a la ley como manifestación de la soberanía. Resaltamos los capítulos V y VI, dónde el autor realiza un conjunto de aportaciones, incluso algunas controvertidas, una “nueva arquitectura del poder” que busca la “recomposición de las relaciones del legislador parlamentario con otros poderes del Estado”. ESTEVE PARDO, J., *El pensamiento antiparlamentario y la formación del Derecho público en Europa*, Marcial Pons, Madrid, 2ª edición 2020, pp. 167 a 190.

¹⁴ Reglamento (UE) 2017/1953 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2017, por el que se modifican los Reglamentos (UE) n. 1316/2013 y n. 283/2014 en lo que atañe al fomento de la conectividad a Internet de las comunidades locales.

¹⁵ El Programa pretende conseguir que la citada conectividad ayude a cerrar la brecha digital, sobre todo, en los lugares con menor alfabetización digital, incluidas las zonas rurales y los lugares remotos. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/wifi4eu-wifi-gratis-para-los-europeos>

COVID-19¹⁶, y, como no podía ser de otra manera, está teniendo un notable impacto en la realización del citado Programa WiFi4EU¹⁷.

En este trabajo analizamos la problemática jurídica generada en los municipios españoles a la hora de ejecutar el Programa WiFi4EU¹⁸. En particular, tratamos de dilucidar los supuestos en los que las Administraciones públicas, sobre todo las locales, prestan servicios de Internet como auxiliares a un servicio propio, -recogido en art. 25 LBRL- y lo hacen en régimen de autoprestación, o con unas limitaciones de servicio y, por ello, se les excluye de la obligación de comunicarlo previamente al inicio de la actividad al Registro de Operadores, -del art. 6.2 LGTel y art. 7.3 LGTel- aun tratándose de una prestación a terceros, y no precisan constituirse como operador de comunicaciones electrónicas para prestar estas actividades.

II. EL MECANISMO “CONECTAR EUROPA”

El mecanismo Conectar Europa¹⁹ es un instrumento financiero creado por la Comisión Europea para desarrollar las Redes Transeuropeas de Transporte, Energía y Telecomunicaciones y financiar, de forma preferente entre sus objetivos, las infraestructuras de conectividad digital que se desarrollan mediante actuaciones en tres ámbitos: primero, con la creación de redes de banda ancha de muy alta capacidad, el desarrollo de la infraestructura física necesaria para permitir el despliegue de servicios digitales, de forma que suponga una transformación digital de la sociedad y la economía; segundo, apoyando proyectos adaptados a la Estrategia de la sociedad del Gigabit de 2016, esenciales para el éxito del mercado único digital, mediante una conectividad de alta velocidad para los órganos de desarrollo social, tales como hospitales, centros médicos, escuelas y centros de investigación, o el despliegue de las redes 5G a lo largo de las principales vías de transporte; tercero, con una conectividad inalámbrica de muy alta calidad para las comunidades locales, como los ayunta-

¹⁶ ESTEVE PARDO, J., “La apelación a la ciencia en el Gobierno y gestión de la crisis de la COVID-19”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Vol. 2, 2020, pp. 35-50; DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., *Derecho e incertidumbre: disputas metodológicas de ayer y hoy*, Prólogo del profesor José ESTEVE PARDO, Iustel, 2020.

¹⁷ Por ejemplo en la página web del programa en la lista de FAQs incluye un apartado relativo al COVID 19 “10.4. ¿Existen directrices que sean aplicables en relación con aspectos de la contratación pública afectados por la COVID-19?”, en la que se afirma la dificultad de seguir los plazos ordinarios de los procedimientos de contratación nacionales, pues pueden resultar demasiado restrictivos. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/wifi4eu-preguntas-y-respuestas?lang=es#main-content>

¹⁸ ZRRINHO, C., “WiFi4EU una contribución a la unión digital progresista”, *Temas para el debate*, n. 270, 2017 (Ejemplar dedicado a: Retos energéticos para Europa y España), pp. 48-49; RENDA, A., “WiFi4EU ¿un paso adelante, dos pasos atrás?”, *Temas para el debate*, n. 272 (julio), 2017 (Ejemplar dedicado a: El nuevo consenso europeo de desarrollo), pp. 45-46.

¹⁹ Conocido por sus siglas en inglés, CEF.

mientos, y una contribución importante a la conexión de las comunidades y todos los hogares de toda la UE mediante redes de muy alta capacidad²⁰.

En marzo de 2010, la Comisión Europea impulsó la estrategia Europa 2020²¹ y uno de los objetivos prioritarios o de las “siete iniciativas emblemáticas” fue “Una Agenda Digital para Europa”²².

El 14 de septiembre de 2016, la Comisión adoptó un paquete de conectividad para 2025, que incluye una serie de iniciativas y propuestas legislativas en ejecución de la Estrategia del Mercado Único Digital de Europa²³. En particular, las siguientes: a) dos comunicaciones relativas a los Objetivos comunes de conectividad Gigabyte a alcanzar en 2025; en 2016 se aprueba la Comunicación de la Comisión sobre “La conectividad para un mercado único digital competitivo – hacia una sociedad europea del Gigabit”²⁴ y el Plan de Acción 5G para establecer un marco de cooperación

²⁰ https://ec.europa.eu/commission/publications/connecting-europe-facility-digital-euro-pe-and-space-programmes_es

²¹ En la Comunicación, de 19 de mayo de 2010, la Comisión señaló la necesidad de elaborar una política global para garantizar la cobertura universal de la banda ancha (combinando la fija y la inalámbrica) con velocidades de Internet que vayan aumentando gradualmente hasta los 30 Mbps y, con el tiempo, fomentar el despliegue y la adopción de las redes de acceso de nueva generación (NGA), para hacer posibles conexiones ultrarrápidas de Internet por encima de los 100 Mbps.

²² En la Comunicación de la Comisión, de 26 de agosto de 2010, titulada “Una Agenda Digital para Europa”, se resalta la importancia del despliegue de la banda ancha para fomentar la inclusión social y la competitividad en la Unión y reiteraba el objetivo de que en 2020 todos los ciudadanos de la Unión tuvieran acceso a unas velocidades de Internet por encima de los 30 Mbps, y que el 50% o más de los hogares europeos estén abonados a conexiones de Internet por encima de los 100 Mbps. La Comunicación de la Comisión de 14 de septiembre de 2016 llamada “La conectividad para un mercado único digital competitivo –hacia una sociedad europea del Gigabit” establece una visión europea de la conectividad a Internet de ciudadanos y empresas en el mercado único digital y describe una serie de medidas para reforzar la conectividad de la Unión.

²³ Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Comité económico y social y al Comité de las regiones, “Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa”, (SWD(2015) 100 final), COM(2015) 192 final, 6 mayo de 2015.

²⁴ La Comisión advirtió que en los últimos años se habían introducido importantes cambios en el sector de las comunicaciones electrónicas, desde que el marco regulador de las telecomunicaciones se revisara por última vez en 2009, y resaltó la importancia de la conectividad a Internet para el mercado único digital. También se contempla la iniciativa “Wifi para Europa”, que pretende fomentar “la oferta de acceso gratuito a la WiFi a los ciudadanos en todos los servicios públicos (p.ej., Administraciones públicas, escuelas, bibliotecas, centros de salud, museos, parques públicos y plazas) para integrar mejor las comunidades en el Mercado Único Digital, dar una idea de la sociedad Gigabit a los usuarios, aumentar la alfabetización digital y complementar los servicios públicos prestados en esas ubicaciones. La Comisión creará un sistema de bonos WiFi para que las autoridades públicas ofrezcan conexiones WiFi gratuitas en los centros de la vida comunitaria”. Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones “La conectividad para un mercado único digital competitivo – hacia una sociedad europea del Gigabit”, {SWD(2016) 300 final}, Bruselas, 14.9.2016 COM(2016) 587 final.

entre los Estados Miembros y la industria que desarrolle la tecnología 5G en la Unión Europea²⁵; b) un Reglamento, 2017/1953, aprobado el 25 octubre de 2017, conocido como Reglamento Wi-Fi4EU, dirigido a fomentar la conectividad Wi-Fi gratuita para los ciudadanos y transeúntes, que entró en vigor el 4 de noviembre de 2017 (Reglamento Wi-Fi4EU)²⁶; y c) una Directiva -la 2018/1972- relativa al establecimiento de un Código Europeo de Comunicaciones Electrónicas, cuyo objetivo es realizar una profunda revisión del marco regulador de las comunicaciones electrónicas vigente desde 2009²⁷.

Todos estos documentos europeos pretenden lograr el despliegue de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas para crear un mercado único digital²⁸, en el marco configurado por la Agenda Digital 2020. Éste propone explotar mejor el potencial de las tecnologías de la información y la comunicación para favorecer la innovación, el crecimiento económico y el progreso²⁹. En definitiva, el fin principal marcado por Europa es conseguir la conectividad a Internet a través de la banda ancha básica para todos los ciudadanos y garantizar a todos el acceso a

²⁵ COM (2016) 590 final; 2016/0288 (COD).

²⁶ Reglamento (UE) 2017/1953 del Parlamento europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2017, por el que modifican los Reglamentos (UE) núm. 1316/2013 y (UE) núm. 283/2014 en lo que atañe al fomento de la conectividad a Internet de las comunidades locales.

²⁷ La Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas (DOUE de 17 de diciembre de 2018), que viene a integrar las anteriores Directivas -Directivas 2002/19/CE, 2002/20/CE, 2002/21/CE y 2002/22/CE- y el Reglamento 1211/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo. Los Estados miembros aplicarán dichas disposiciones a partir del 21 de diciembre de 2020. No obstante, el art. 53, apartados 2, 3 y 4, de la Directiva se aplicará a partir del 20 de diciembre de 2018, cuando las condiciones armonizadas hayan sido establecidas por medidas técnicas de ejecución conforme a la Decisión (UE) n. 676/2002/CE a fin de permitir la utilización del espectro radioeléctrico para las redes y servicios de banda ancha inalámbrica. Por lo que respecta a las bandas del espectro radioeléctrico para las que no se hayan adoptado condiciones armonizadas a más tardar el 20 de diciembre de 2018, el art. 53, apartados 2, 3 y 4, de la Directiva será de aplicación a partir de la fecha de adopción de las medidas técnicas de ejecución, de conformidad con el artículo 4 de la Decisión (UE) n. 676/2002/CE. No obstante, lo dispuesto en el apartado 1 del art. 124 de la Directiva, los Estados miembros podrán aplicar las medidas necesarias para cumplir el art. 54 a partir del 31 de diciembre de 2020 (art. 124). La Directiva contempla en el art. 125 la derogación expresa de las anteriores Directivas reguladoras de las comunicaciones electrónicas: las Directivas 2002/19/CE, 2002/20/CE, 2002/21/CE y 2002/22/CE, que quedan derogadas con efectos a partir del 21 de diciembre de 2020, sin perjuicio de las obligaciones de los Estados miembros relativas a los plazos de transposición al Derecho nacional.

²⁸ DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., “Régimen jurídico de los servicios de interés general en Europa. La calidad y los llamados ‘servicios innovadores’ en un mercado único digital como últimos retos”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, Iustel n. 43, octubre 2016.

²⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 19 de mayo de 2010, titulada “Agenda digital para Europa” COM (2010) 245 final.

Internet a velocidades mucho más altas³⁰. Desde 2017 la apuesta europea se centra en conseguir la conectividad inalámbrica en los Entes locales, con carácter gratuito y sin condiciones discriminatorias, en espacios al aire libre accesibles al público en general y, también, en las zonas rurales y lugares remotos. A continuación, nos detenemos en el análisis del Reglamento WiFi4EU y en el Programa europeo diseñado para su materialización³¹.

III. EL REGLAMENTO EUROPEO WiFi4EU DE 2017

La aprobación del Reglamento 2017/1953, conocido como Reglamento WiFi4EU³², como hemos adelantado, procede de un conjunto de medidas normativas adoptadas por la Comisión Europea en 2016 integrado en el paquete de conectividad para 2025. Esta norma prevé que la Unión Europea preste apoyo al suministro gratuito y sin condiciones discriminatorias³³ de una conectividad inalámbrica local de alta capacidad en los, denominados por él, centros de vida pública local³⁴, incluidos

³⁰ La Directiva (UE) 2014/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a medidas para reducir el coste del despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad, que entro en vigor en junio de 2014 y fijó un plazo de adaptación por los Estados miembros hasta el 1 enero de 2016.

³¹ Hasta la fecha han tenido lugar cuatro convocatorias. En la última, la previsión era de conceder un número aproximado de 947 bonos. El importe indicativo previsto para asignar la iniciativa WiFi4EU es de 14 205 000 EUR. El importe de cada bono es de 15 000 EUR en forma de importe a tanto alzado. En la cuarta convocatoria de propuestas de WiFi4EU, abierta el 3 y 4 de junio de 2020, se han seleccionado 924 municipios, entre ellos, 224 españoles, y de éstos 25 están en Andalucía. Nos referimos a: Albánchez, Alicún de Ortega, Roquetas de Mar (Almería), Santa Fe de Mondújar, Senés, Tijola (Almería); Tarifa (Cádiz); Hinojosa del Duque, Pedro Abad, y Peñarroya-Pueblonuevo (Córdoba); Cáñar (Granada), Cúllar (Granada), Cogollos de Guadix (Granada), Dílar (Granada), Los Guájares, Orce y Purullena (Granada); Almonaster la Real, Almonte, Cumbres de Enmedio, El Granada, Puebla de Guzmán, y Santa Ollala del Cala (Huelva); Baños de la Encina y Cazorra (Jaén).

³² Reglamento (UE) 2017/1953 del Parlamento europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2017, por el que modifican los Reglamentos (UE) núm. 1316/2013 y (UE) núm. 283/2014 en lo que atañe al fomento de la conectividad a Internet de las comunidades locales, conocido como Reglamento WiFi4EU, que entró en vigor el 4 de noviembre de 2017.

³³ Según indica el Reglamento WiFi4EU, dicha conectividad se ofrece sin exigir remuneración a cambio, ya sea por pago directo u otro tipo de contraprestación como la publicidad comercial (Considerando 4). En cuanto a la ausencia de condiciones discriminatorias, se refiere a la necesidad de garantizar el correcto funcionamiento de la red y de garantizar una distribución equitativa de la capacidad entre los usuarios en las horas punta (Considerando 19).

³⁴ El Reglamento WiFi4EU destaca que el despliegue de puntos locales de acceso inalámbrico constituye una forma de contribuir a la mejora de las redes de comunicaciones inalámbricas y de facilitar una mayor cobertura granular en el territorio (Considerando 3). El Programa dispone de un presupuesto total de 120 millones de euros, procedente, sobre todo, del “Mecanismo Conectar Europa”. El 20 de marzo de 2018 se abrió el plazo de inscripción para los interesados en participar en la primera convocatoria del programa, de 15 de mayo de 2018. Los beneficiarios deben registrarse en el portal WiFi4EU habilitado

los espacios al aire libre accesibles al público en general, con el fin de cerrar la brecha digital e impulsar la inclusión digital, sobre todo, en las comunidades donde la alfabetización digital es menor, incluyendo las zonas rurales y lugares remotos.

Con relación a los posibles beneficiarios, el Reglamento contempla a “los organismos públicos” definidos en la Directiva (UE) 2016/2012³⁵, que, respetando el Derecho nacional, se comprometan a ofrecer una conectividad inalámbrica local con carácter gratuito y sin condiciones discriminatorias instalando puntos de acceso inalámbrico local³⁶. También recoge varios supuestos en los que se podrá optar a la ayuda financiera³⁷. No obstante, en la actualidad, sólo se admite la participa-

por la Comisión Europea, como requisito previo a la presentación de sus solicitudes a la convocatoria y las empresas de instalación de WiFi también. En el proceso se seleccionarán los municipios y asociaciones de municipios por orden de presentación de las solicitudes, que resultarán beneficiarios. De la página web de la Comisión Europea se desprende que los bonos, también denominados vales, son un documento que permite al beneficiario canjearlo por el importe de la ayuda y deberá presentarlo a la Comisión Europea para que se le ingrese el importe de la ayuda. En la citada convocatoria, el valor del bono es de 15.000 euros, que se pagará a una única empresa indicada por el municipio como su empresa de instalación de Wi-Fi.

³⁵ La Directiva (UE) 2016/2012, de 26 de octubre, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles de los organismos del sector público recoge en su art. 3.1 una definición de “organismos públicos” como “el Estado, las entidades territoriales, los organismos de Derecho público según se definen en el artículo 2, apartado 1, punto 4, de la Directiva 2014/24/UE, o las asociaciones constituidas por una o más de dichas entidades o uno o más de dichos organismos de Derecho público, si esas asociaciones se han establecido con el propósito específico de atender necesidades de interés general, sin tener carácter industrial ni comercial”.

³⁶ Según el Programa, los beneficiarios del mismo tienen que concretarse en cada convocatoria y se han de comprometer a completar la instalación de la red WiFi y ponerla en funcionamiento en el plazo de un año y medio desde la concesión del bono del Programa. En caso contrario, el bono, caduca y no puede canjearse. Los beneficiarios tienen que contratar por su cuenta con un operador de comunicaciones electrónicas la conexión de banda ancha de alta velocidad, que incluya el mantenimiento de los equipos financiados con fondos públicos durante al menos tres años.

³⁷ En particular, se refiere a los siguientes supuestos, cuando: 1) sean ejecutados por un organismo del sector público que goce de capacidad para planificar y supervisar la instalación en espacios públicos de puntos interiores o exteriores de acceso inalámbrico local y para garantizar la financiación de los costes operativos durante un mínimo de tres años; 2) se basen en una conectividad de banda ancha de alta velocidad, que sea capaz de ofrecer una experiencia de Internet de alta calidad a los usuarios. Para ello, ha de ser: a) de carácter gratuito y sin condiciones discriminatorias, de fácil acceso, segura y emplee equipos de los más recientes y disponibles, capaces de ofrecer conectividad de alta velocidad a sus usuarios; b) que se apoye el acceso a servicios digitales innovadores, tales como los ofrecidos a través de las infraestructuras de servicios digitales; 3) se utilicen la identidad visual común que establezca la Comisión y se conecten con las herramientas en línea asociados; 4) se respeten los principios de neutralidad tecnológica a nivel de red de retorno (*backhaul*), uso eficiente de los fondos públicos y capacidad de adaptación de los proyectos a las mejores ofertas tecnológicas; 5) se comprometan a adquirir el equipo necesario o los servicios de instalación correspondientes de conformidad con la normativa aplicable, a fin de que los proyectos no falseen la competencia indebidamente.

ción de municipios, o Administraciones locales equivalentes, o de asociaciones de municipios.

De otro lado, no podrán optar a la citada ayuda, “las acciones que vengan a duplicar ofertas gratuitas públicas o privadas de características similares, calidad incluida, existentes en el mismo ámbito público”. Esta duplicación podrá evitarse garantizando que el conjunto de puntos de acceso, financiados por el citado Reglamento, esté diseñado para cubrir principalmente espacios públicos, y no se solape con ofertas públicas o privadas ya existentes, de características similares³⁸. Así pues, permite el acceso al mercado correspondiente a cualquier operador interesado en el mismo, sin establecer prácticamente ninguna restricción al respecto³⁹.

³⁸ Con relación a la forma de distribuir el presupuesto disponible, según el Reglamento, se asignará de forma geográficamente equilibrada en los Estados miembros a las acciones que cumplan las condiciones previstas en el mismo, teniendo en cuenta el número de propuestas que se reciban y atendiendo a su orden de llegada. Todas las acciones financiadas conforme a este Reglamento deberán estar en funcionamiento y ser supervisadas por la Comisión durante un período mínimo de tres años.

³⁹ En este punto adquiere especial consideración la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM en adelante), que prevé que las Administraciones Públicas observarán los principios recogidos en esta Ley, en todos sus actos y disposiciones y para todas las actividades económicas, y “especialmente en aquellas actividades que, bien por su carácter estratégico (telecomunicaciones, energía, transportes) bien por su potencial para la dinamización y el crecimiento económico (distribución comercial, turismo, construcción, industrias creativas y culturales, alimentación, sector inmobiliario, infraestructuras) resultan de especial relevancia para la economía” (Exposición de Motivos). En la doctrina, sobre la LGUM se pueden consultar numerosos trabajos, entre otros: MUÑOZ MACHADO, S., “Sobre el restablecimiento legal de la unidad de mercado”, *REDA*, n. 163, 2014, pp. 11 y ss; REBOLLO PUIG, M., “La libertad de empresa tras la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado”, *REDA*, n. 163, 2014, pp. 23 y ss; TORNOS MAS, J., “La Ley 20/2013, de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. En particular el principio de eficacia”, *Revista d'Estudis Autònomic i Federals*, n. 19, 2014, pp. 163 y ss; ALONSO MAS, M. J., (Dir.), *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*, La Ley, Madrid, 2014; CASARES MARCOS, A. B., “Mecanismos de protección de los operadores económicos en el ámbito de la libertad de establecimiento y de la libertad de circulación procedimientos en defensa de los derechos e intereses de los operadores económicos por las autoridades competentes (artículo 26)”, en ALONSO MAS, M. J., (Dir.), *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*, La Ley, Madrid, 2014, pp. 831-919; PADRÓS I REIG, C., y MACÍAS CASTAÑO, J. M., “Los instrumentos administrativos de garantía de la unidad de mercado”, *RAP*, n. 194, 2014, pp. 113 y ss; RUIZ PIÑEIRO, F., “Nueva Ley de Garantía de la Unidad de Mercado”, *Escritura pública*, n. 86, 2014, pp. 42-43; SOLA TEYS-SIERE, J., “Unidad de mercado y supervisión administrativa de las actividades económicas”, *RAP*, n. 197, 2015, pp. 142 y ss; REBOLLO PUIG, M., “El Estado Autónimo tras la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado y sus principios de necesidad y eficacia nacional”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 91, 2015, pp. 91-146; CASARES MARCOS, A. B., “Reflexiones sobre el ámbito subjetivo del recurso para la defensa de la unidad de mercado”, en LÓPEZ RAMÓN, F., (Coord.), *Vías administrativas de recurso a debate*, AEPDA, INAP, pp. 523 y ss, 2016. Sobre unidad de mercado y libertad de empresa, destacan: FERNÁNDEZ FARRERES, G., “Unidad de mercado y libertades de empresa y circulación en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre”, *REDA*, n. 163, 2014, pp. 124; REBOLLO PUIG, M., “La libertad de empresa tras la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado”, *REDA*, n. 163, 2014, pp. 23-33.

Ahora nos adentramos en el estudio de la problemática que ha generado la puesta en marcha del Programa WiFi4EU en España. No nos detenemos en los títulos que habilitan a los municipios para prestar servicios o explotar redes WiFi⁴⁰, ni a la problemática sobre las Ordenanzas locales reguladores de instalaciones de tele-

⁴⁰ FUERTES LÓPEZ, M., *Redes inalámbricas municipales. Nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 2005; VALERO TORRIJOS, J., “El estatuto general de los prestadores de servicios de la sociedad de la información desde la perspectiva del control ejercido por las administraciones públicas”, en COTINO HUESO, L., (Coord.), *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, 2008, pp. 399-422; LAGUNA DE PAZ, J. C., “Ayudas para redes de nueva generación: ¿impulso a servicios avanzados de comunicación electrónica o caballo de Troya en el sector?”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, n. 15, 2010, pp. 9 a 25; DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., *Municipios y servicios wifi: fomento europeo para la conectividad a internet en el ámbito local*, en CARBONELL PORRAS, E., y PIPERATA, G., *La reforma del gobierno local en España e Italia*, Presentación de COSCULLUELA MONTANER, L., y VANDELLI, L., Editoriale Scientifica, 2019, pp. 345-382.

comunicaciones⁴¹, y nos remitimos⁴² a la competencia exclusiva del Estado del art. 149.1.21 CE y la legislación sectorial aplicable: la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General

⁴¹ La doctrina es abundante y no pretendemos una recopilación completa. Entre otros, MARTI DEL MORAL, A., y DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., “La jurisprudencia constitucional sobre la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de telecomunicaciones, radio y televisión”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, vol. II, IAAP, pp. 537 a 563, 2003; MARTI DEL MORAL, A., “La jurisprudencia del Tribunal Supremo y las competencias de los entes locales relativas a la ordenación de las instalaciones de telecomunicaciones”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 115, 2002, pp. 405-431; DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., *La intervención de los Municipios en las Telecomunicaciones*, prólogo de Antonio JIMÉNEZ-BLANCO, Tirant lo Blanch, 2006. La cuestión relativa a si las ordenanzas locales someten las instalaciones de comunicaciones electrónicas a un régimen de autorización previa, ha sido polémica y así se ha manifestado por la doctrina, entre otros: LOBO RODRIGO, A., “La ordenación del territorio y el urbanismo como medio de organización de redes de telecomunicaciones. Especial atención a las inalámbricas” *REGAP*, n. 31, mayo-agosto de 2002, pp. 107 a 145; RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, B., “El ámbito de regulación de la normativa municipal en materia de telefonía móvil”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n. 242, Madrid, 2008, pp. 177-232; PONCE SOLÉ, J., “¿Mejores normas?: Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior; calidad reglamentaria y control judicial”, *Revista de Administración Pública*, n. 180, septiembre-diciembre de 2009, pp. 217-218; RAZQUIN LIZARRAGA, M., “De la intervención administrativa previa al control a posteriori: la reforma del procedimiento administrativo común a consecuencia de la directiva de servicios”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 2, mayo 2010, pp. 127-128; PÉREZ GONZÁLEZ, C., “El nuevo régimen de intervención administrativa en las Entidades locales de Galicia, tras la transposición de Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el Mercado Interior”, *Anuario da Facultade de Dereito de A Coruña*, n. 14, 2010, pp. 635-663; NÚÑEZ LOZANO, M. C., “Aproximación al régimen jurídico de las declaraciones responsables y comunicaciones”, *Noticias de la Unión Europea*, n. 317, 2011 (Ejemplar dedicado a: La Directiva de Servicios y su transposición al Derecho español), pp. 107 a 123; NÚÑEZ LOZANO, M. C., “La transposición de la Directiva de Servicios en la ordenación del comercio en especial, la previsión de autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones”, en MUÑOZ MACHADO, S., (Dir.), *Derecho de la regulación económica*, Vol. 9, Tomo I, 2013 (Comercio interior, REBOLLO PUIG, M., (Dir.)), pp. 487 a 582; CHOLBI CACHÁ, MERINO MOLLINS, “Comentario crítico sobre la directiva de Servicios y de las leyes 17 y 25/2009 en aplicación de la misma: especial incidencia en el ámbito de las licencias urbanísticas y de actividad”, en *El impacto de la directiva Servicios en las Administraciones públicas*, Atelier, 2012; PENSADO SEJJAS, A., “Regulación jurídica actual de las antenas de telefonía móvil: de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, a la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 39. Monográfico. *Hacia un urbanismo sostenible en Castilla y León. Fundamentos jurídicos para un cambio de modelo*, Coordinado por QUINTANA LÓPEZ, T., mayo 2016.

⁴² Para un estudio completo sobre la delimitación competencial en materia de comunicaciones electrónicas y la posible intervención local nos remitimos a un capítulo de libro en el que hemos abordado esta cuestión: DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., “Municipios y servicios wifi; fomento europeo para la conectividad a internet en el ámbito local” en CARBONELL PORRAS, E., y PIPERATA, G., *La reforma del gobierno local en España e Italia. La reforma del gobierno local en España e Italia*, Presentación de COSCULLUELA MONTANER, L., y VANDELLI, L., Editoriale Scientifica, 2019, pp. 345-383.

de Telecomunicaciones (LGTel⁴³ en lo sucesivo) y el art. 2 y art. 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LBRL)⁴⁴.

IV. ¿LOS MUNICIPIOS TIENEN QUE CONSTITUIRSE EN OPERADOR? LA NECESIDAD O NO DE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE OPERADORES POR PARTE DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. LA CIRCULAR DE LA CMT 1/2010 Y EL ACUERDO DE LA CNMC DE 10 DE MAYO DE 2018

La prestación de servicios WiFi por los municipios en el ámbito local de carácter gratuito ha acarreado numerosas interrogantes. Nos referimos a supuestos en los que las Administraciones públicas, en especial la local, presta o explota un servicio de comunicaciones electrónicas. En este sentido, según se desprende de la legislación de telecomunicaciones, las Administraciones públicas han de ser especialmente rigurosas y diferenciar bien entre sus objetivos de promoción o desarrollo de actividades económicas, para contribuir al cumplimiento de sus fines en sus territorios, y la rea-

⁴³ Sobre la Ley General de Telecomunicaciones también encontramos numerosos trabajos, entre otros: CARLÓN RUIZ, M., “Reordenación de las competencias regulatorias en relación con el mercado de las comunicaciones electrónicas a resultas de la aprobación de las leyes 3/2013, de creación de la CNMC, y 9/2014, General de Telecomunicaciones”, CARLÓN RUIZ, M. (Dir.), *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, 2014, pp. 299-364; PUYOL MONTERO, J., “Algunas consideraciones sobre la Ley 9/2014, de Telecomunicaciones”, *Juris: Actualidad y práctica del derecho*, n. 216, 2014, pp. 16-19; DE LA QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., (Dir.) y VIDA FERNÁNDEZ, J. (Coord.), *Derecho de las telecomunicaciones adaptado a la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones*, Thomson Reuters-Civitas, 2015; LUCAS TOBAJAS, A. B., “La Ley 9/2014, de 9 de mayo, general de Telecomunicaciones: el último desafío”, *Revista General de Derecho Administrativo*, Iustel, n. 39, 2015; PÉREZ, D., “Breve reseña sobre la Ley española 9/2014, General de Telecomunicaciones”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n. 14, 2015, pp. 259-277.

⁴⁴ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., “Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”, *RAP*, n. 150, pp. 57 y ss; JIMÉNEZ BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., “Servicio público, interés general y monopolio: recientes aportaciones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (1993-1994)”, *REDA*, n. 84, octubre-diciembre 1994, pp. 592 y 593; SOUVIRÓN MORENILLA, J. M., *La actividad de la Administración y el servicio público*, Granada, 1998; MUÑOZ MACHADO, S., *La regulación de la red, Poder y Derecho en Internet*, Madrid, 2001; SOSA WAGNER, F., *La gestión de los servicios públicos locales*, 5 edición, Madrid, 2002; PAREJO ALFONSO, L., “Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n. 7, 2004, pp. 51 y ss; LAGUNA DE PAZ, J. C., *Telecomunicaciones: regulación y mercado*, Pamplona, 2004; QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ CASTILLO, T., “Corporaciones locales y defensa del interés general en la intervención en actividades y servicios”, *Anuario de Derecho Municipal*, n. 6, 2012, pp. 63-99; DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., “Derecho Administrativo europeo derivado del Tratado de Lisboa: un nuevo fundamento jurídico en materia de Servicios de Interés Económico General”, en *Derecho Público de la crisis económica. Transparencia y sector público hacia un nuevo Derecho Administrativo*, AEPDA, 6 INAP, Madrid, 2012, pp. 515-524.

lización de actividades económicas por sí mismas⁴⁵. De tal forma que cuando éstas actúan como operadores que instalan y explotan redes y prestan servicios de comunicaciones electrónicas a terceros, están sometidas a lo dispuesto en los arts. 9 LGTel y 4.1 del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado mediante el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril (RSU)⁴⁶. En este sentido, cuestión frecuente ha sido si resulta necesario comunicarlo con carácter previo al Registro de Operadores y en qué condiciones. A resolver estas dudas han contribuido, primero, la ya desaparecida CMT, en la Circular 1/2010, aprobada el 15 de junio de 2010, por la que se regulan las condiciones de explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas (en adelante Circular 1/2010)⁴⁷, que ha sido confirmada, como veremos, en algunas sentencias de la Audiencia Nacional en 2011 y 2012; y segundo, la CNMC, en su Acuerdo de 10 de mayo de 2018, por el que se da contestación a las consultas planteadas sobre la compatibilidad del programa WiFi4EU con la normativa y regulación sectorial nacional aplicable a la prestación de actividades de telecomunicaciones por las Administraciones Públicas.

1. La Circular de la CMT 1/2010 por la que se regulan las condiciones de explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas

En esta Circular, la CMT fija las condiciones de explotación de redes públicas de comunicaciones electrónicas y de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas. Como regla general, la LGTel aplicable en aquél momento⁴⁸ requería efectuar una notificación previa a la CMT, tanto si es una persona física o jurídica quien pretende explotar redes públicas o prestar servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, como si se trata de una

⁴⁵ Acuerdo de 6 de octubre de 2016 por el que se da contestación a la consulta planteada por Vodafone España, S.A. sobre la aplicación del artículo 9 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, a los operadores privados de comunicaciones electrónicas con los que contratan las Administraciones públicas (CNS/DTSA/063/16/VODAFONE WIFI MUNICIPAL). La actividad de las Administraciones públicas en el sector de las telecomunicaciones: Catálogo de buenas prácticas, de 2005, de la CMT.

⁴⁶ Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado mediante el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, en vigor en lo que no se oponga a la LGTel.

⁴⁷ Resolución de 18 de junio de 2010, de la Presidencia de la CMT, por la que se publica la Circular 1/2010, de la CMT, por la que se regulan las condiciones de explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas.

⁴⁸ El art. 6.2 de la, ya derogada, Ley 32/2003 General de Telecomunicaciones.

Administración pública, salvo, como excepción, cuando ésta última realizara sus actividades en régimen de autoprestación.

Una de las aportaciones más significativas de la CMT en la Circular 1/2010 es que delimita dos conceptos esenciales para determinar cuándo es precisa la notificación previa de la actividad por parte de la Administración pública que quiere explotar una red o prestar un servicio de comunicaciones electrónicas: Primero, el de autoprestación, pues hasta ese momento no se había definido en ninguna norma y es la CMT en cada una de sus decisiones quien contribuyó a perfilarlo; y segundo, el principio de inversor privado en una economía de mercado (PIPEM)⁴⁹, que conlleva la obligación a las Administraciones Públicas de llevar a cabo su actividad en las mismas condiciones que el resto de los operadores. Por ello, la CMT en la Circular 1/2010 concreta los criterios que se deben aplicar para su comprobación.

A. Autoprestación

De un lado, la CMT define la autoprestación como la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por una Administración Pública “para la satisfacción de sus necesidades, esto es, las vinculadas al desempeño de las funciones propias del personal al servicio de la Administración Pública de que se trate y que contribuyan al cumplimiento de los fines que le son propios”. De otro, incluye en la consideración de autoprestación, la prestación de servicios o explotación de redes en los centros de educación o formación de enseñanza reglada del sistema educativo, previstos en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación y en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades como, entre otros, las escuelas, institutos, colegios y centros universitarios y el área de sus campus, al entender que el personal docente y el alumnado forman parte del personal indispensable para el desempeño de las funciones docentes y discentes⁵⁰.

En todos estos supuestos, a juicio de la CMT, concurre la autoprestación y, por tanto, no es necesario llevar a cabo la notificación al Registro de Operadores, conforme a la LGTel, y tampoco es necesario que la Administración pública se constituya como operador de comunicaciones electrónicas. Ahora bien, un supuesto diferente es cuando ésta aprovecha la misma infraestructura a través de la cual presta los servicios en régimen de autoprestación para proveer servicios, mayoristas o minoristas, a

⁴⁹ La delimitación de los elementos del PIPEM se ha concretado en la práctica comunitaria y los ha asentado la jurisprudencia del TJUE. Sentencia “Calafiori” del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de marzo de 2006.

⁵⁰ En tales casos, la CMT, en la Circular 1/2010 entiende que “los servicios están vinculados a la satisfacción de sus propias necesidades cuando las redes y/o los servicios se utilicen para servir a las comunicaciones interpersonales entre el personal docente y discente y para contenidos (servidores) específicos de dichas actividades”.

terceros. En este caso, según la CMT, la Administración Pública sí será considerada, respecto a estos últimos, explotadora de redes o prestadora de servicios de comunicaciones electrónicas a terceros y queda sujeta a lo establecido en la Circular 1/2010⁵¹.

La interpretación y los límites del concepto de autoprestación de la Circular 1/2010 fueron admitidos, un año después, por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 1 de septiembre de 2011, posteriormente confirmada por el TS⁵², en relación con el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el ayuntamiento de Málaga contra una Resolución de la CMT, de 18 de febrero de 2010, que le imponía una sanción de 300.000 euros por llevar a cabo la actividad sin notificación previa ni inscripción en el Registro de Operadores⁵³. La Administración local inició, a finales

⁵¹ La AN recuerda que la comunicación fehaciente y la inscripción en el Registro de Operadores no es un mero formalismo o una irrazonable traba administrativa, más bien se trata de un instrumento para controlar el acceso al mercado, fiscalizar el desarrollo de actividades en dicho mercado y para que el Regulador pueda ejercer sus funciones. Además, en el supuesto de las Administraciones Públicas, la comunicación previa posibilita el control de determinadas obligaciones adicionales a las que pueden quedar sujetas para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, como son: la separación de cuentas, su deber de actuar con neutralidad, transparencia y no discriminación y el deber de sujetar su actividad al principio de inversor privado.

⁵² Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 1 de septiembre de 2011, en relación con el recurso contencioso-administrativo presentado por el ayuntamiento de Málaga contra la Resolución, de 18 de febrero de 2010, de la CMT del procedimiento sancionador RO 2009/229 incoado contra el ayuntamiento de Málaga por el presunto incumplimiento de los requisitos exigibles para la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas (recurso núm. 180/2010). En este recurso contencioso administrativo el ayuntamiento de Málaga solicita una revisión de legalidad de dos resoluciones diferentes, del Consejo de la CMT: Una, de 18 de febrero de 2010 (en procedimiento RO 2009/229), que acordó imponerle una sanción de 300.000 € y le intimaba al pago de la tasa general de operadores, así como a la realización de notificación fehaciente de inicio de actividad en el plazo de 15 días; y otra segunda, de 13 de mayo de 2010, asimismo procedente del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (RO 2010/680), que acordaba inscribir de oficio al ayuntamiento de Málaga en el Registro de Operadores de Redes y Servicios de Comunicaciones Electrónicas.

⁵³ A juicio del Tribunal, las cuestiones principales que se dirimen en este caso giran en torno a la interpretación del alcance que deba darse al concepto “autoprestación” y en enjuiciar si la red pública de comunicaciones electrónicas denominada “Biznaga” y la prestación de servicios de acceso Wi-Fi realizada por el ayuntamiento de Málaga puede reconducirse a un supuesto de “autoprestación”, con el fin saber si era necesaria o no su notificación fehaciente a la CMT con carácter previo al inicio de la actividad y su inscripción en el Registro de Operadores. La AN desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por el ayuntamiento de Málaga. Después, el citado ayuntamiento, interpuso recurso de casación (núm. 6176-2011) ante el TS, de fecha 10 de mayo de 2012, que fue inadmitido mediante Auto, y un recurso de amparo (núm. 5985-2012) ante el TC, contra dicho Auto y contra la providencia, de fecha 10 de septiembre del 2012, que inadmitió el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto contra la resolución precedente. Igualmente, la Sentencia del TC desestimó el recurso de amparo interpuesto por el ayuntamiento de Málaga. Sentencia del Pleno del TC 82/2015, de 30 de abril de 2015. Recurso de amparo 5985-2012. El TC entiende que no se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por carecer la decisión judicial de la necesaria cobertura legal y, en definitiva, confirma la sanción impuesta.

de 2007, la explotación de una red pública de comunicaciones electrónicas WiFi y, después, la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas de proveedor de acceso a Internet y no se inscribió como operador en el Registro de Operadores⁵⁴.

La AN en esta Sentencia se centra, primero, en aclarar el concepto de autoprestación y, después, trata de resolver si la denominada red “Biznaga” es de carácter necesario para la satisfacción de servicios municipales, o complementario para sus fines.

La AN parte de la base de que el concepto “autoprestación” no se encuentra definido en el ordenamiento jurídico en el ámbito de las comunicaciones electrónicas hasta la Circular de la CMT 1/2010, pero sí en otros sectores (como las telecomunicaciones por satélite o el Servicio Postal Universal) y, por ello, le corresponde realizar “un trabajo de integración de un concepto normativo, en buena medida, indeterminado” (FJ 3). Con este fin, la AN acude a la interpretación gramatical y a la etimología de los términos (“autoprestación”)⁵⁵. Después, el Tribunal concreta que, en el ámbito de las redes de comunicaciones electrónicas, la autoprestación de la red coincidirá con su carácter privado de forma que existirá autoprestación si la red es privada. Pero si la red es pública la cuestión es distinta, pues el acceso a la red

⁵⁴ Recordemos que la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por el ayuntamiento de Málaga, como Administración Pública, debe ajustarse a lo dispuesto en la LGTel y sus normas de desarrollo. En este sentido, el ayuntamiento de Málaga se remite a la decisión de 30 de mayo de 2007 de la Comisión Europea (en su resolución “Prague Municipal Wireless Network”) y a la LGTel, e incluso a otras resoluciones de la CMT.

⁵⁵ El prefijo “auto” es elemento compositivo de origen griego que se une a sustantivos o a verbos y significa “de o por sí mismo” o también “para sí mismo”. De hecho, el Tribunal remite al Diccionario de dudas de la Real Academia Española y considera que, en la acepción, “para sí mismo”, ha de existir coincidencia entre prestador y usuario. Éste parece ser también el supuesto más general de la “autoprestación” de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, “el que es realizado para su servicio interno y propia atención (para sí mismo) por una persona física o jurídica; con exclusión en este caso del proporcionamiento de utilidades o prestaciones a terceros”. La AN recuerda que este es el sentido que se usa y el alcance normativo del concepto “para sí mismo” empleado en el art. 81 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen Económico y de Prestación de Servicios de los Puertos de Interés General (modificada por la Ley 33/2010, de 5 de agosto); o también en el art. 4 del Real Decreto 136/1997, de 31 de enero, por el que se aprueba el reglamento técnico y de prestación del servicio de telecomunicaciones por satélite. La autoprestación parece existir cuando una actividad es desarrollada “para sí mismo”, lo que excluiría la actuación de las Administraciones Públicas con efectos sobre los administrados. En este caso pueden aparecer determinados sujetos en calidad de destinatarios de una actividad que no por ello deja de ser calificable como “autoprestación”. Éste es el caso, por ejemplo, regulado en el art. 4 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del Servicio Postal Universal, de los Derechos de los Usuarios y del Mercado Postal. Sin embargo, a juicio de la AN, esta última dimensión de la autoprestación debe ser interpretada con carácter restrictivo, ya que, de no hacerlo, las dos realidades se confundirían: autoprestación y “heteroprestación” (FJ 3). Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 1 de septiembre de 2011.

por terceros excluirá, de forma habitual, una situación efectiva de “autoprestación”, como sucede en el caso del ayuntamiento de Málaga.

La AN da un paso más y reconoce que junto a los contenidos propios, normativos y etimológicos de la autoprestación existen otros “asimilados” en este ámbito⁵⁶.

El Tribunal reconoce que la CMT ha aceptado que concurre autoprestación cuando la explotación de redes o la prestación de servicios por Administraciones Públicas se realiza a terceros, en determinadas circunstancias y sin contraprestación económica, siempre que: “Se preste en el interior de los edificios o dependencias municipales lo que, inevitablemente, incluye sus inmediateces ya que la cobertura de acceso inalámbrico no puede restringirse únicamente al interior del edificio y; Tenga por finalidad satisfacer las necesidades propias del servicio municipal, esto es, que la prestación del servicio de acceso a Internet sea necesaria para la efectiva prestación del concreto servicio público que se ofrece a los ciudadanos en esas dependencias o, en todo caso, complementaria del mismo” (FJ 3)⁵⁷.

La AN recuerda que la Circular 1/2010 abunda en esa extensión o perspectiva conjunta de la “autoprestación”, que incluye en ella el servicio de acceso a Internet “necesario” o “complementario” de la actividad pública que se ofrece a los ciudadanos por una Administración, pero no entiende qué motivos llevan a la CMT a aceptar determinadas actividades o servicios del ayuntamiento y a excluir otras, que están vinculadas de modo evidente y directo con el giro o tráfico de la Administración local de que se trata⁵⁸. Con independencia de que ciertas actividades realizadas

⁵⁶ Considera que es así por influencia del antiguo y ya derogado art. 7.3 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, LGTel. Este precepto disponía que: “La prestación de servicios o la explotación de redes de telecomunicaciones en régimen de autoprestación y sin contraprestación económica de terceros, por las Administraciones Públicas o por los Entes públicos de ellas dependientes, para la satisfacción de sus necesidades, no precisará de título habilitante”. Es decir, el precepto calificaba de autoprestación una actividad de las Administraciones públicas destinada a proyectar sobre terceros los fines y las potestades propias de la Administración de que se trate. Parece, según la AN, que el citado artículo se refiere más bien a la “satisfacción de sus necesidades”, que no es exactamente igual (FJ 3). Sentencia de la Audiencia Nacional de 1 de septiembre de 2011.

⁵⁷ Resolución de la CMT de 18 de febrero de 2010.

⁵⁸ Como expone la AN, la CMT acepta que el servicio de comunicaciones electrónicas de “Proveedor de acceso a Internet” se presta en régimen de autoprestación en bibliotecas, centros culturales, salas de encuentro o polivalentes, situadas en centros cívicos, en la medida en que se desarrollen en las mismas actividades “culturales y educativas”, competencia de las Administraciones locales, para las que el servicio de acceso a Internet sea un servicio complementario. Pero, de otro lado, excluye, por no caracterizarse como actividades “culturales y educativas”, la prestación del servicio de acceso general a Internet en centros administrativos, como, por ejemplo, la Casa Consistorial Hospital Noble, Centro Municipal de Informática, museos, como la Fundación Pablo Ruiz Picasso y el Museo del Patrimonio Municipal y el Centro de Arte Contemporáneo, instalaciones deportivas, como el Palacio de Deportes José María Martín Carpena, la Fundación Deportiva, zonas abiertas, como ProMálaga y Sociedad Municipal de Aparcamientos, teatros,

por algunos de estos centros puedan calificarse también de “culturales y educativas”, la AN considera que si se acepta, con carácter general, la existencia de autoprestación en casos en los que el acceso a Internet resulta “necesario” o “complementario” de la actividad o servicio público que se presta por el ayuntamiento de Málaga, no hay razón para excluir del concepto los accesos por los ciudadanos a trámites, a procedimientos administrativos, o a servicios públicos municipales, cuando concurren aquellas mismas “necesidad” o racional “complementariedad” de la actividad administrativa de que se trate.

Por todo ello, la AN concluye que, en este caso del ayuntamiento de Málaga, concurren dos circunstancias que son inconciliables con una verdadera autoprestación del servicio de acceso a Internet WiFi: Primera, la posibilidad de acceder a una navegación libre, de acceso a páginas web ajenas al ayuntamiento de Málaga, que no tienen nada que ver con la complementariedad del acceso con los servicios locales⁵⁹; y segunda, el sistema debe contar con suficientes garantías de que no se produzca un acceso a Internet a páginas o para funcionalidades distintas de las vinculadas estrictamente a los servicios públicos municipales⁶⁰. En suma, a juicio de la AN, dada la posibilidad, que el servicio otorga, de acceso a páginas web ajenas a los servicios públicos municipales y la inexistencia de garantías suficientes en el funcionamiento práctico del servicio, el Tribunal estima que la red Biznaga y el acceso a Internet por el sistema WiFi articulado no puede considerarse actividades calificadas como “autoprestación” (FJ 3).

B. Principio de inversor privado en una economía de mercado (PIPEM)

Con carácter general, como venimos analizando, las Administraciones públicas, cuando desarrollan estas actividades, están sujetas al cumplimiento de las mismas obligaciones que los operadores privados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas. De tal forma que deberán, de un lado, actuar de acuerdo con el PIPEM, -salvo en los casos que se indicarán-, y, de otro, deberán explotar redes y prestar

como por ejemplo, el Teatro Cervantes y centros de atención al ciudadano, como por ejemplo, las Juntas Municipales del Distrito. Sentencia de la Audiencia Nacional de 1 de septiembre de 2011 (FJ 3).

⁵⁹ Por ello, a juicio de la AN, “no puede calificarse de ‘autoprestación’ un servicio que permite el acceso y la navegación del usuario por páginas distintas de las estrictamente vinculadas a la prestación del giro o tráfico de la Administración municipal de que se trate. La incuestionable exclusión de algunas páginas específicas no obsta a aquella navegación libre, de modo que el servicio prestado desborda con ello el concepto de la ‘autoprestación’”. Sentencia de la Audiencia Nacional de 1 de septiembre de 2011 (FJ 3).

⁶⁰ Según la AN, el sistema articulado por el ayuntamiento de Málaga por el que un administrador web, tras la identificación del interesado, otorga el acceso a Internet al usuario es insuficiente. La mera presentación del DNI de una persona no excluye un posterior acceso por éste a páginas web distintas de las vinculadas a la actividad del ayuntamiento o las referentes a los procedimientos en los que ese usuario puede tener la condición de interesado. Sentencia de la Audiencia Nacional de 1 de septiembre de 2011 (FJ 3).

servicios de comunicaciones electrónicas con la debida separación de cuentas y con arreglo a los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación.

La Circular 1/2010 define al inversor privado en una economía de mercado como “aquél que realiza una actividad económica de acuerdo con los parámetros de cualquier operador con intereses comerciales, financiando su actividad en condiciones de mercado de forma que los ingresos superen los costes en los que se incurre para su prestación, incluyendo el beneficio por su actividad”. Así, a juicio de la CMT, una Administración Pública cumple con el PIPEM cuando actúa de acuerdo a los siguientes criterios: a) La actividad ha de estar orientada a la obtención de un rendimiento positivo que cubra mediante ingresos todos los costes de prestación más una adecuada remuneración del capital, teniendo en cuenta el riesgo asumido de la inversión. Debe existir un plan de negocio sólido, coherente y con hipótesis plausibles; b) Que el proyecto genere un flujo de caja positivo durante el periodo relevante. Para la CMT este hecho deberá tener su reflejo en el riesgo del proyecto y en la rentabilidad exigida al mismo⁶¹.

De igual modo, la CMT en la Circular 1/2010 explica que cuando una Administración Pública, aun pretendiendo explotar una red o prestar servicios de comunicaciones electrónicas conforme al PIPEM, desee realizar alguna de estas actividades de forma gratuita o a cambio de una contraprestación inferior al coste, transitoriamente, tiene que comunicarlo a la CMT, de forma motivada en razón de objetivos de negocio, para que fije el plazo en el que podrá efectuar tal explotación o prestación y las condiciones a las que deberá ajustar su actividad durante ese periodo. Además, las Administraciones Públicas deberán informar a los usuarios de ambos aspectos: por un lado, de la duración del periodo en el que la contraprestación por el servicio será inferior al coste y, por otro, del precio que se exigirá a los mismos al finalizar este periodo.

Por último, la CMT enumera en el anexo de la Circular 1/2010 los supuestos en los que la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas no afecta a la competencia. En estos casos, advierte que es suficiente

⁶¹ Además, para la CMT, la presencia de inversores privados en un porcentaje significativo del capital de la empresa que realice la prestación del servicio supone un indicador de la rentabilidad positiva esperada de un proyecto y, por tanto, de su consistencia con el PIPEM. Esto será así siempre que la participación pública asuma los mismos riesgos que la privada y que se haga sobre un plan de negocio fundado. La Comisión exige a la Administración pública, para la acreditación del cumplimiento del PIPEM, que le remita un plan de negocio que contenga información detallada, entre otros, del dimensionamiento de la red y/o servicio, los ingresos y costes previstos y fuentes de financiación. De igual modo, la Administración Pública actúa conforme al citado principio cuando financie su actividad mediante recursos obtenidos a través de la publicidad o el patrocinio, siempre que el precio de éstos esté orientado al mercado de forma que sea asimilable al precio que se paga por ellos en otras plataformas equivalentes (Circular 1/2010).

con que, al tiempo de la inscripción en el Registro de Operadores se manifieste que el servicio que se va a prestar es uno de los previstos en el anexo de la Circular. Esta comunicación no es necesaria cuando no sea preceptiva la inscripción en el Registro de Operadores⁶².

C. La jurisprudencia de la Audiencia Nacional sobre la Circular de la CMT 1/2010

En este apartado tratamos de dar cuenta de cuatro Sentencias de la AN que constituyen los únicos pronunciamientos jurisprudenciales, respecto de la materia objeto de estudio, que vienen a perfilar el concepto de autoprestación y a determinar cuándo debe entenderse que una Administración pública se constituye como un operador y ha de someterse a la normativa vigente. La primera de 2011 y las otras tres de 2012. Como veremos, en todas ellas, la AN confirma el contenido de la Circular 1/2010 y desestima las pretensiones de los distintos recurrentes. Veamos cada una de ellas.

Primero, nos remitimos a la ya comentada Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 1 de septiembre de 2011, en relación con el recurso contencioso-administrativo presentado por el ayuntamiento de Málaga⁶³.

La otras tres Sentencias de la AN son: 1) la de 21 de marzo de 2012. Se trata de un recurso contencioso-administrativo n. 990/2010 interpuesto por la Fundación privada XARXA OBERTA, LIBRE I NEUTRAL, GUIFI.NET; 2) la de 28 de mayo de 2012. Se trata de un recurso contencioso administrativo n. 1066/2010, interpuesto por la Generalidad de Cataluña; y 3) la de 31 de mayo de 2012, recurso

⁶² La CMT recoge cuatro supuestos que no afectan a la competencia: 1) El servicio de acceso a Internet limitado a las páginas web de las Administraciones que tengan competencias en el ámbito territorial en que se preste este servicio; 2) Servicio general de acceso a Internet en bibliotecas, siempre que sea indispensable para cumplir sus fines y que los usuarios acrediten su vinculación con el servicio mediante algún documento que permita su identificación; 3) Servicio general de acceso a Internet en centros de fomento de actividades docentes o educativo-culturales no incluidos en el artículo tercero de la Circular, cuando resulte indispensable para cumplir sus fines y siempre que los usuarios acrediten su vinculación con el servicio mediante algún documento que permita su identificación; 4) La explotación de redes inalámbricas que utilizan bandas de uso común y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público a través de las mismas siempre que la cobertura de la red excluya los edificios y conjuntos de edificios de uso residencial o mixto y se limite la velocidad red-usuario a 256 Kbps (Circular 1/2010).

⁶³ Como ya ha quedado expuesto, el citado ayuntamiento, después, interpuso recurso de casación ante el TS, que fue inadmitido mediante Auto, y un recurso de amparo ante el TC, que también fue desestimado al entender que no había vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). En definitiva, TS y TC confirman la sanción impuesta al ayuntamiento por prestar el servicio sin comunicación ni inscripción en el Registro de Operadores.

contencioso administrativo n. 1283/2010 que interpone el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo.

El objeto del recurso contencioso-administrativo en los tres supuestos es la impugnación de la Circular 1/2010. Por ello, las abordamos en conjunto.

En el primer caso, la AN desestima un recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Fundación privada XARXA OBERTA, LIBRE I NEUTRAL, GUIFL.NET contra la Circular de la CMT 1/2010 en varios aspectos⁶⁴. Si bien, la Fundación considera que la Circular 1/2010 ha articulado una fórmula y unos contenidos, al regular el requisito de actuación de las Administraciones públicas conforme al PIPEM, que contraviene las normas de Derecho Comunitario y no ha tenido en cuenta otras fórmulas organizativas más modernas (FJ 4), la AN entiende que la recurrente no cuestiona el sometimiento de las Administraciones Públicas al PIPEM, cuando intervengan en el sector de las comunicaciones electrónicas, sino que ataca la existencia de omisiones o insuficiencias en el concepto. Además, la AN considera que la Fundación articula un reproche de insuficiencia regulatoria y no formula una pretensión de nulidad de la Circular, por considerar ilegales sus contenidos. De tal forma que, en el caso de que el Tribunal lo admitiese, le llevaría a ejercer una función de complemento de la ordenación efectuada por la CMT. La AN recuerda el contenido discrecional de la potestad reglamentaria, como es el caso de las decisiones regulatorias de las Autoridades Nacionales de Reglamentación, como la CMT⁶⁵, y

⁶⁴ Primero, entiende que se conculcan los principios relativos a la liberalización del sector de las telecomunicaciones al restringir el concepto del PIPEM a la explotación comercial de redes privadas o a la prestación bajo patrocinio o mediante publicidad, ignorando otros modelos de negocio existentes, en el art. 5 de la Circular. Según la Fundación recurrente, el concepto de inversor privado que recoge la Circular no prevé las “redes abiertas” y describe unos modelos aptos para colaborar en la prestación de servicios de telecomunicaciones públicas que, a su juicio, constituye una especie de ventaja competitiva para los operadores que adoptan un esquema clásico de negocio, y excluye otros que distribuyen los costes de la gestión y aprovechamiento de las redes entre los diversos participantes de la red. La recurrente entiende que esta previsión de la Circular infringe el art. 2 de la Directiva 2002/77/CE, de la Comisión, de 16 de septiembre de 2002, relativa la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, y el artículo 3) y h) de la LGTel de 2003 e ignora las recomendaciones de la Comisión Europea, de 14 de junio de 2010; Segundo, alega que se produce una discriminación de los operadores en función de la gratuidad de determinadas prestaciones, ya que, a su juicio, de la Circular se desprende una percepción generalizada de que la gratuidad o el uso compartido están prohibidos por el ordenamiento jurídico; en especial cuando intervienen las Administraciones Públicas; Tercero, la conculcación del principio de eficiencia en el gasto público; Cuarto, la infracción del art. 3 LGTel de 2003. Según la Fundación el citado precepto obliga a tener en cuenta todos los modelos de negocio y tecnologías existentes y futuras; Quinto, conculcación del principio de neutralidad tecnológica en el despliegue de la Administración Electrónica; Sexto, conculcación del principio de objetividad y neutralidad tecnológica (punto 4 del Anexo de la Circular); Séptimo, la conculcación de los principios de proporcionalidad y confianza legítima.

⁶⁵ La respuesta de la AN es que resulta “claro que un pronunciamiento como éste no puede ser realizado por el Tribunal en cumplimiento de su función revisora de la legalidad de la actuación adminis-

reconoce que una constricción improcedente por parte de la Circular recurrida, de determinados márgenes de la presencia de las Administraciones públicas en el sector de las comunicaciones electrónicas que vinieran habilitados por el Derecho de la Unión Europea o por el Ordenamiento Jurídico español, podría comportar ilegalidad de tal constricción y dar lugar a su declaración de nulidad.

A juicio de la AN, la Fundación pretende que se declaren ajustadas a derecho las “redes abiertas”, equiparándolas, sin más requisitos, al PIPEM y que la AN complemente los contornos del PIPEM⁶⁶ con el fin de defender su concreto modelo y cualesquiera otros que denomina de “redes abiertas”⁶⁷.

En el segundo caso, en la Sentencia de la AN de 28 de mayo de 2012, se desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Generalidad de Cataluña contra la Circular 1/2010 de la CMT. En concreto, la Generalidad entiende que la Circular va más allá de las competencias que le confiere la LGTel, ya que, aunque

trativa (no sustitutiva de la Administración), y más aún dado que, de manera explícita, el art. 71.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa dispone que los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni determinar el contenido discrecional de los actos anulados; y menos aún, cabe añadir ahora, podrá hacerlo si el pronunciamiento es además desestimatorio de la pretensión de nulidad formulada” (FJ5).

⁶⁶ En concreto, afirma que ha de ser “en el sentido de agregar una expresa aceptación de modelos de negocio como el desarrollado por ella (cosa que, según vimos, la Sala no puede realizar) sino que también parece pedir del órgano jurisdiccional: a) Una autorización genérica y abierta de presencia de las Administraciones Públicas en los mercados de comunicaciones electrónicas (ya se ha indicado que, según ella, forman parte de su proyecto Administraciones locales, pero los términos de la demanda no se circunscriben a éstas sino a cualesquiera Administraciones); b) Sin sujeción a fórmulas jurídicas concretas de presencia; c) Vinculada a utilidades o beneficios sociales imprecisos (ajenos además, en apariencia, a los intereses generales que las Administraciones satisfacen); y d) Con un aparente anhelo de autorización, asimismo general, de adscripción de fondos presupuestarios al proyecto.”

⁶⁷ A juicio de la AN, la garantía de unas condiciones adecuadas de competencia en los mercados de telecomunicaciones en caso de intervención de las Administraciones Públicas, lleva a concluir que, en este caso, “la presencia de las Administraciones Públicas en la red gestionada por la actora y su sostenimiento total o parcial con fondos públicos habrían de haber quedado claramente definidos y estrictamente vinculados a la satisfacción de unos intereses públicos, concretos y determinados, que el mercado no estuviera en condiciones de satisfacer adecuadamente”. Si bien, no ha quedado acreditado. De otra forma, advierte la AN, se podría estar financiando parcialmente aquella red a través de recursos públicos, con el consiguiente daño a las condiciones de competencia en el mercado. Los riesgos que pueden existir en estos supuestos, recuerda la AN, ya han sido recogidos en las “conclusiones de la consulta pública sobre determinadas propuestas regulatorias en relación con la explotación de redes públicas inalámbricas basadas en la utilización de dominio público radioeléctrico a través de bandas de uso común y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas”. Por ello, si los operadores no prestan sus servicios con arreglo al PIPEM podemos encontrarnos ante un supuesto de ayuda de Estado o ante uno de distorsión del mercado o ante ambos. Estas conclusiones de la CMT, resolución de 25 de marzo de 2010, según la AN, pueden ser utilizadas como antecedente de juicio o de conocimiento.

el art. 8.4 de la LGT se refiere a las Administraciones Públicas, esta previsión, a su juicio, no alcanza a las condiciones de explotación de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por aquéllas y sí sólo a las que garanticen la libre competencia⁶⁸.

La AN se centra, primero, en la potestad de la CMT para elaborar instrucciones y, segundo, en las facultades que el ordenamiento le otorga en relación con las Administraciones Públicas (FJ 2). La AN recuerda que la potestad para dictar instrucciones de la CMT está recogida, primero, en la normativa vigente en ese momento⁶⁹ y ha sido reconocida por la jurisprudencia. La AN trae a colación su doctrina previa⁷⁰ y afirma que esta facultad normativa tiene su origen en la especial sujeción en que se encuentran los operadores, derivada de la propia Ley, y no en una habilitación reglamentaria. De modo que las facultades normativas expresadas mediante Circulares de la CMT no se pueden confundir con las facultades reglamentarias que puedan derivar de una habilitación a la Comisión del Gobierno o del

⁶⁸ La demanda se refiere a los apartados siguientes: objeto, inscripción registral, “autoprestación”, principios generales, “inversor privado”, financiación mediante publicidad o patrocinio, separación de cuentas, servicios con contraprestación económica, comunicación a la Comisión Europea cuando la Administración Pública pretenda no actuar como inversor privado y comunicación a la CMT y la Disposición Adicional Primera (informe de la CMT en los casos de concesión de ayudas públicas). También, la Generalidad denuncia un vicio en la elaboración de la Circular.

⁶⁹ El art. 3 LGTel 2003, ya derogada, determina los objetivos y principios de la norma, entre ellos el fomento de la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones y la garantía de las condiciones derivadas, y el art. 48 enuncia las competencias que se atribuyen a la CMT; entre ellas, podrá dictar, sobre las materias indicadas (salvaguardia de la pluralidad de oferta de servicio), instrucciones dirigidas a los operadores que actúen en el sector de comunicaciones electrónicas.

⁷⁰ En concreto, la Sentencia de 31 de marzo de 2006 (Recurso 616/2004). En ella afirmaba que el art. 48.3 e) LGTel faculta a la CMT para adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de servicios, para lo que la CMT podrá dictar instrucciones dirigidas a los operadores que actúen en el sector de comunicaciones electrónicas, que serán vinculantes una vez notificadas o publicadas en el Boletín Oficial del Estado. Y, en particular, la AN se detiene en el valor normativo de las circulares de la CMT, que ya ha sido reconocido entre otras, en Sentencias de 23 de octubre de 2001 y de 11 de abril de 2003, recaídas en los recursos 1774/1999 y 1588/2001, respectivamente (FJ 3). En la primera de ellas, la de 2001, en su FJ 4, la AN expresaba que: la facultad de dictar Circulares viene conferida por el propio legislador a la CMT; y las Circulares limitan su alcance normativo a los operadores en el mercado de las telecomunicaciones en virtud de un título administrativo, la autorización o licencia reglamentada que les faculta para ello y, a la vez, determina las condiciones en que pueden realizar su actividad. Se trata de una actividad reglamentada en la que los operadores actúan sometidos a una normativa previamente establecida. La posibilidad de esta reglamentación, que rige las relaciones “interprivadas” de los operadores, y de un organismo encargado de hacerla cumplir, estaba ya prevista en la Directiva 83/301. La Exposición de Motivos de la Directiva 97/51 CE del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo se induce el principio de separación entre el Ente regulador y los operadores (Considerando noveno).

Ministro correspondiente, para dictar reglamentos⁷¹. Este criterio, matiza la AN, se corresponde también con el jurisprudencial⁷².

A continuación, la AN se plantea si la potestad para dictar instrucciones de la CMT puede tener proyección en el ámbito de la actividad de las Administraciones Públicas (EJ 3) y entiende que sí tiene cabida en el art. 8.4 LGTel y en la Circular

⁷¹ De este modo, explica la AN, “el fundamento de una y otra facultad normativa es distinto, pues mientras la normación mediante circulares tiene su fundamento en la especial situación de sujeción en que se coloca la empresa autorizada para realizar la actividad autorizada, en el caso del ejercicio de potestades reglamentarias el poder de normación arranca de la potestad general reglamentaria que corresponde originariamente al Gobierno y a los Ministros previa habilitación. Así entendido el tema no es precisa la habilitación reglamentaria a favor de la Comisión, (que es suplida por la decisión legal) ni estas facultades normativas ejercidas a través de Circulares, que rigen relaciones ‘inter privados’, interfieren la potestad reglamentaria que la Constitución reserva originariamente al Gobierno.” Esta cuestión ya se ha suscitado con otras Administraciones independientes, como recuerda la AN, tales como el Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores, cuya facultad reglamentaria, que va más allá de la potestad ordenadora del funcionamiento interpartes de la actividad, ha sido reconocida por el TC en la Sentencia n. 133/1997, de 16 de julio.

⁷² La Sentencia del TS de 20 de diciembre de 2004 señala que la potestad reglamentaria de la CMT “no se opondrá al artículo 97 de la Constitución, como ha señalado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 135/1992, relativa al Banco de España, y en la 133/1997 en relación con la Comisión Nacional del Mercado de Valores, instituciones con las que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones encuentra un evidente paralelismo, al ser todas ellas supervisoras y de control de los respectivos sectores en que se desenvuelven sus funciones”. Y recuerda el art. 20.1 del Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, que aprobó el Reglamento de la CMT, y disponía que, para salvaguardar la libre competencia en el mercado, la CMT “podrá dictar instrucciones para las entidades que operen en el sector” (EJ2).

(considerandos 16 y 17)⁷³. La AN, a continuación, va respondiendo cada una las impugnaciones realizadas por la Generalidad⁷⁴ que le llevan a desestimar el recurso.

Por último, en la tercera Sentencia de la AN, de 31 de mayo de 2012, también se desestima el recurso contencioso administrativo que interpone el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo frente a la Circular 1/2010⁷⁵, considerando que el

⁷³ La CMT, como prevé la Circular, concreta las condiciones para la prestación de servicios o la explotación de redes por las Administraciones Públicas, a las que se refieren los arts. 8.4 LGTel y 4.1 RSU. Además, su incumplimiento está tipificado en la LGTel y su régimen sancionador le es de directa aplicación (considerando 16). Las Administraciones Públicas pueden también distorsionar la competencia, perjudicando en el medio plazo la pluralidad de ofertas, en los casos en que, no prestando servicios directamente, conceden ayudas públicas a operadores para que lo hagan. En estos supuestos, es necesaria, en principio, la autorización por parte de la Comisión Europea. Sin perjuicio de lo anterior, la CMT puede, de acuerdo con el art. 48.3 e) LGTel, adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, lo que podría incluir la imposición de obligaciones a los perceptores de las ayudas si se entiende que las mismas distorsionan la competencia perjudicando por tanto la pluralidad de oferta del servicio. (Considerando 17). Para la AN, la conclusión es clara: “el regulador actúa en el seno de una atribución competencial orientada a evitar las distorsiones de la competencia en el mercado de las telecomunicaciones, en el que también puede incidir la actividad de las diferentes Administraciones Públicas, por lo que a éstas es dable imponer condiciones especiales, en particular relativas a la explotación de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público, alentadas, lógicamente, por un principio de coordinación (artículo 103 de la Constitución) y, descendiendo a la materia concreta que nos ocupa, insistimos, por la salvaguardia de la competencia efectiva en el mercado de referencia” (FJ 3).

⁷⁴ Así, respecto del art. 1 de la Circular, relativo al objeto, la AN considera que tiene plena cobertura en el art. 8.4 LGTel. El art. 2 de la Circular, a juicio de la AN, tiene respaldo en el art. 6.2 LGTel y 4.1 RSU. En cuanto al art. 3 relativo a la “autoprestación”, la AN recuerda que ya ha sido abordado por esta Sala y Sección, en la Sentencia de 1 de septiembre de 2011 (Recurso 180/2010). Respecto a la impugnación de los artículos 4 a 8, la AN la atiende de forma conjunta, por razones sistemáticas, pues se combate la inclusión de la doctrina o principio de “inversor privado” en la Circular. La AN reconoce que resulta evidente que el PIPEM encuentra acogida en nuestro ordenamiento jurídico, de forma implícita en el art. 8.4 LGTel y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que se ha pronunciado en la Sentencia de 21 de marzo de 2012, en recurso 990/2010. Es suficiente la referencia a la Sentencia del TJUE de 30 de marzo de 2006 (Sentencia “Calafiori”, C-451/03) y del Tribunal de Primera Instancia de 17 de diciembre de 2008 (Sentencia “Ryanair y aeropuerto de Charleroy”, T-196/04). El artículo 9 se refiere a la comunicación a la Comisión Europea cuando una Administración Pública pretenda no actuar como inversor privado. Según la Generalidad esta previsión supone una extralimitación en las atribuciones de la CMT, ya que, obliga a las Administraciones Públicas sin tener potestad al efecto. La AN no comparte esta interpretación y considera que lo aquí dispuesto es un “mero recordatorio de algo exigido en el acervo comunitario”. El art. 10 indica que con carácter previo a la notificación a la Comisión Europea procede una comunicación a la CMT. La Generalidad reprocha que esto entraña una autorización. Sin embargo, la AN afirma que simplemente el regulador alude a una mera comunicación que se incardina en el ejercicio “ex ante” de sus potestades, con miras a evitar distorsiones en el mercado de referencia. Por tanto, la AN estima que no interfiere en el ámbito competencias de la Comisión Europea, sino más bien coadyuva al acopio de elementos de juicio para la mejor decisión de ésta y encuentra respaldo en los arts. 8.4 LGTel y 4.1 RSU. Lo mismo entiende la AN respecto de la impugnación de la disposición Adicional Primera.

⁷⁵ En particular se impugnan los arts. 9 y 10 de la Disposición Adicional Primera de la Circular, al entender que se invaden competencias de la Comisión Europea y que se vulnera el art. 48.2 LGTel. El

recurso es similar al ya resuelto por ella misma con ocasión de la Sentencia de 28 de mayo 2012, recurso n.1066/2010, interpuesto por la Generalidad de Cataluña, justo el que acabamos de abordar⁷⁶.

Como se desprende de las Sentencias expuestas, la AN confirma plenamente la Circular 1/2010, da cuenta de su “pleno acomodo a Derecho” y considera que no se puede tachar de extralimitación en las competencias que le atribuye el ordenamiento ni de invasión en las propias de la Administración Central del Estado, pues, a su juicio, encuentra respaldo en la Comisión Europea⁷⁷.

En este contexto que acabamos de describir ha tenido lugar la implantación del Programa WiFi4 EU en España, que ha incrementado las dudas, sobre todo a los ayuntamientos, a la hora de prestar los servicios WiFi con carácter gratuito en

Ministerio considera que la CMT no puede imponer obligaciones específicas al resto de agentes del mercado de las telecomunicaciones, en particular en relación con las ayudas del Estado. En lo relativo al art. 10 el recurrente considera que la notificación y comunicación a la CMT ahí prevista supone una autorización previa para la que la CMT es incompetente. En cuanto a la Disposición Adicional Primera que se refiere al informe de la CMT en los casos de ayudas de Estado, el recurrente considera que es una invasión en las competencias de la Comisión Europea.

⁷⁶ La AN trata de dilucidar, de un lado, la potestad de la CMT para elaborar instrucciones y, de otro, las facultades que el ordenamiento le otorga en relación con las Administraciones Públicas “condiciones especiales”. La AN, tras, recordar los art. 3 y 48 LGTel, que atribuyen a la CMT la posibilidad de dictar instrucciones, sobre determinadas materias dirigidas a los operadores que actúen en el sector de comunicaciones electrónicas y la Sentencia de la AN de 31 de marzo de 2006 (Recurso 616/2004), en el FJ 3, intenta aclarar si esa potestad para dictar por la CMT instrucciones en el marco de sus competencias pueda gozar de proyección en el ámbito de la actividad de las Administraciones Públicas (FJ 4). La AN reconoce que en este ámbito resulta necesario acudir al art. 8.4 LGTel y la propia Circular, en sus considerandos 16 y 17, viene a justificarlo, y se confirma por la AN, plenamente. A continuación, respecto a los arts. 9, 10 y Disposición Adicional Primera, la AN lo resuelve remitiéndose a su Sentencia de 28 de mayo de 2012 (FJ 5).

⁷⁷ La Dirección General de Competencia valora de forma positiva la iniciativa de la CMT de realizar un documento que sirva a las Administraciones públicas en España para diseñar medidas de ayuda a la banda ancha que estén en consonancia con las normas de la Comisión sobre ayudas de estado. Como se indica en las Directrices Comunitarias sobre Banda Ancha, su objetivo es que las autoridades nacionales de regulación estén más involucradas en el seguimiento de las medidas de ayudas públicas a la banda ancha, al tener un amplio conocimiento del mercado local y del marco en que se mueven las distintas empresas. De hecho, la Comisión afirma que hay tres áreas en las que la intervención por parte de las citadas autoridades es muy oportuna y podrían: 1) intervenir ex-ante asesorando a las Administraciones públicas en el diseño de medidas de banda ancha que sean compatibles con lo estipulado en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, así como en el proceso de notificación ante la Comisión; 2) supervisar y facilitar la implementación de la medida en los términos en que ha sido autorizada por la Comisión Europea; 3) coordinar las diversas iniciativas locales para evitar una avalancha de pequeños proyectos, definiendo una medida más general, incluso a nivel nacional, que sirva de paraguas a las diversas Administraciones para otorgar las ayudas y realizar los proyectos destinados a solventar un fallo de mercado. Se trata de una actuación de cooperación entre las autoridades nacionales de regulación, las administraciones públicas y la Comisión Europea, que llevará a un mejor diseño de los proyectos de ayuda de estado que eviten distorsión de los mercados liberalizados (FJ 6).

los centros de vida pública local, en especial con relación a su compatibilidad con la Circular 1/2010 y las exigencias de la LGTel. Muchas de las incertidumbres generadas en la práctica han sido resueltas por un Acuerdo de la CNMC de 2018 por el que contesta varias consultas al respecto.

2. El Acuerdo de la CNMC 2018 por el que se da respuesta a las consultas planteadas sobre la compatibilidad del programa WiFi4EU con la normativa y regulación sectorial nacional aplicable a la prestación de actividades de telecomunicaciones por las Administraciones Públicas

En este Acuerdo, la CNMC contesta en conjunto a varias cuestiones que agrupamos en tres bloques⁷⁸ y se refieren a las siguientes materias: 1. Los beneficiarios del Programa WiFi4EU; 2. Las condiciones de prestación del servicio de acceso a Internet; 3. El papel de la Circular de la CMT 1/2010 y el régimen jurídico español.

A. Los beneficiarios del Programa WiFi4EU

El primer bloque se integra por cuatro preguntas relativas a los beneficiarios de Programa.

En primer lugar, la Junta de Andalucía pregunta a la CNMC quién puede ser beneficiario del Programa WiFi4EU.

La CNMC remite al Reglamento WiFi4EU que recoge algunos ejemplos de posibles solicitantes, tales como: “los ayuntamientos, las asociaciones de municipios, otras instituciones y establecimientos públicos locales, así como bibliotecas y hospitales” (Considerando 7), que han de gozar de capacidad para planificar y supervisar la instalación en espacios públicos de puntos interiores o exteriores de acceso inalámbrico local y de garantizar la financiación de los costes operativos durante un mínimo de tres años. Además, recuerda que el Reglamento es de aplicación directa en los Estados Miembros⁷⁹ y explica que, aunque el Programa WiFi4EU está abierto a los organismos públicos, la Comisión Europea ha limitado la primera convocatoria sólo

⁷⁸ Varias Administraciones y entidades públicas han consultado a la CNMC sobre la aplicación del Programa WiFi4EU y su compatibilidad con la normativa nacional de comunicaciones electrónicas. La primera consulta se presentó el 4 de julio de 2017 y la última el 26 de marzo de 2018. En particular han sido los siguientes: ayuntamiento de Torreledones, Colexio Profesional de Enxeñaría en Informática de Galicia, ayuntamiento de Arroyo de la Encomienda, Junta de Andalucía, Diputación de Badajoz, ayuntamiento de Vila-real y ayuntamiento de Burgos) y operadores privados (Leader Network Marketing, S.L -Leader Network-, Asociación Nacional de Operadores de Telecomunicaciones y Servicios de internet -AOETC- y Heuristic Solutions, S.L. Véase el apartado de “Preguntas y Respuestas” de la página web de la CE: <https://ec.europa.eu/digital-singlemarket/en/faq/wifi4eu-preguntas-y-respuestas>.

⁷⁹ En virtud del art. 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea TFUE.

a municipios, que podrán registrarse como asociaciones de municipios⁸⁰. En última instancia, corresponde a la Comisión Europea, en el marco de las diferentes convocatorias, determinar los beneficiarios directos de la ayuda dentro de los recogidos en el Reglamento WiFi4EU⁸¹.

La segunda pregunta que se eleva a la CNMC, por la Junta de Andalucía, Heuristic Solutions, S.L., Leader Network, el ayuntamiento de Vila-real y el ayuntamiento de Burgos, es si debe inscribirse el beneficiario del programa WiFi4EU en el Registro de Operadores y si se puede considerar la prestación de servicios de banda ancha regulados en el Reglamento WiFi4EU sujeta al régimen de autoprestación.

La CNMC afirma que la contestación a esta pregunta no se ve alterada por el Reglamento WiFi4EU y es de aplicación la regulación sectorial, ya que, el hecho de que un ayuntamiento haya solicitado la ayuda del Programa WiFi4EU no afecta a la aplicación del régimen de inscripción en el Registro de Operadores previsto en la LGTel, que sigue siendo aplicable. La CNMC advierte que habrá que analizar en cada caso concreto en qué supuesto se encuentra el ayuntamiento beneficiario de la ayuda, pues podrá solicitar el bono tanto para actividades que se consideran régimen de autoprestación como de prestación a terceros. En última instancia, el ayuntamiento beneficiario del bono del Programa WiFi4EU es el responsable ante la Comisión Europea del cumplimiento de los requisitos establecidos en él.

Eso sí, la CNMC insiste y recuerda que el programa WiFi4EU distingue dos tipos de actuaciones: una, que encajan en el régimen de autoprestación o que no se consideran dirigidas al público en general. En tal caso, no será necesario que el ayuntamiento se inscriba en el Registro de Operadores de comunicaciones electrónicas (art. 6 LGTel) y podrá desarrollar la actividad directamente sin ser operador de comunicaciones electrónicas⁸². Otra, se refiere a actuaciones que sí encajan en

⁸⁰ La CNMC recuerda que la lista de los municipios, o Administraciones locales equivalentes, que pueden solicitar bonos en el programa WiFi4EU se ha acordado por la Comisión Europea con cada país participante. En el caso de España, existe una lista de los municipios o Administraciones locales equivalentes que se acordó con el Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital, de las entidades que pueden solicitar el programa WiFi4EU. Cada bono se concede a un municipio individual en calidad de beneficiario. Los municipios pueden beneficiarse de un único bono a lo largo de toda la iniciativa. Por lo tanto, los municipios seleccionados en una convocatoria no podrán presentarse de nuevo en convocatorias posteriores. En cambio, los municipios que hayan presentado una solicitud y no hayan obtenido un bono pueden volver a presentar una solicitud en caso de que se abran nuevas convocatorias. Se puede consultar en el siguiente enlace: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/list-eligible-entities-wifi4eus-fourth-call>

⁸¹ A modo informativo ya se han celebrado cuatro convocatorias y pueden consultarse en el siguiente enlace: <https://ec.europa.eu/inea/en/connecting-europe-facility/cef-telecom/wifi4eu>

⁸² En esta línea se ha manifestado el Código europeo de comunicaciones electrónicas, de 11 de diciembre de 2018, que en el art. 56 contempla el “acceso a las redes de área local radioeléctricas” y prevé que las autoridades competentes permitirán el suministro de acceso a una red pública de comunicaciones

la explotación de redes y/o prestación de servicios de comunicaciones electrónicas a terceros o al público en general. En este segundo caso, la actividad sí debe inscribirse en el citado Registro de Operadores y sí queda sometida al régimen previsto en la LGTel⁸³. En particular, el art. 9.3 de la LGTel, que obliga a que las Administraciones Públicas actúen a través de entidades o sociedades que tengan entre su objeto o finalidad la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, cuando desarrollen estas actividades de comunicaciones electrónicas a terceros.

En definitiva, la CNMC aclara que el ayuntamiento beneficiario del programa decidirá la forma jurídica de explotación del servicio de acuerdo con sus compe-

electrónicas a través de RLAN, y también el uso del espectro radioeléctrico armonizado para tal fin, teniendo como únicas condiciones las aplicables en el marco de la autorización general en relación con el uso del espectro radioeléctrico contemplado en el art. 46.1. Ahora bien, cuando tal suministro no forme parte de una actividad económica o sea accesorio respecto de otra actividad económica o un servicio público que no dependa del transporte de señales por esas redes, las empresas, autoridades públicas o usuarios finales que suministren el acceso no estarán sujetos a ninguna autorización general para suministrar redes o servicios de comunicaciones electrónicas con arreglo a lo dispuesto en el art. 12, ni a obligaciones en relación con los derechos de los usuarios finales con arreglo a lo dispuesto en el título II de la parte III, ni a obligaciones de interconexión de sus redes con arreglo a lo dispuesto en el art. 61, apartado 1.

⁸³ La CNMC recuerda que las Administraciones Públicas, cuando actúan como operadores que instalan y explotan redes y prestan servicios de comunicaciones electrónicas a terceros, deben ajustarse al régimen jurídico establecido en los arts. 9 de la LGTel 2014 y 4.1 del RSU de 2005 y en la Circular de la CMT 1/2010. En particular, la CNMC entiende que el programa WiFi4EU engloba: “a) actuaciones que, según la regulación española y la interpretación que ha hecho la CNMC en el ámbito de sus competencias, encajan en el régimen de autoprestación (por ejemplo, bibliotecas, telecentros) -porque se entiende que consisten en una red y/o servicio de comunicaciones electrónicas prestados en contribución al cumplimiento de las funciones propias de la Administración o para la satisfacción de sus propias necesidades-, o que directamente son actividades que no se consideran dirigidas al público en general ni sometidas al régimen de autorización general de la LGTel (como museos, mercados, hospitales públicos), y a; b) actuaciones que encajan en la explotación de redes y/o prestación de servicios de comunicaciones electrónicas a terceros o al público en general.” La Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC ha adoptado varios acuerdos del supuesto de actuaciones dentro del régimen de autoprestación o que no van dirigidas al público en general y los cita en el Acuerdo de 2018. En particular son: el Acuerdo de 29 de abril de 2014, por el que se contesta a la consulta planteada por el Museo Picasso de Málaga sobre la prestación gratuita del servicio de acceso a Internet en su interior a sus visitantes (CNS/DTSA/437/14/ACCESO A INTERNET MUSEO PICASSO); el Acuerdo de 7 de marzo de 2017, por el que se da contestación a la consulta planteada por Mercados Centrales de Abastecimiento de Córdoba, Mercacordoba, S.A. sobre la prestación gratuita del servicio de acceso a Internet WiFi a sus clientes en el interior de sus instalaciones (CNS/DTSA/497/16/INTERNET WIFI MERCACORDOBA) y, Acuerdo de 30 de marzo de 2017, por el que se contesta a la consulta planteada por el principado de Asturias sobre la posibilidad de prestación gratuita del servicio de acceso a Internet WiFi a los ciudadanos que hacen uso de edificios públicos (CNS/DTSA/499/16/INTERNET WIFI PRINCIPADO DE ASTURIAS).

tencias⁸⁴ y puede designar un operador responsable del servicio, ya sea una entidad pública o privada independiente de la Administración de que se trate, que será la que deberá figurar inscrita en el Registro de Operadores. En consecuencia, depende de cada caso concreto y habrá que analizar si encaja en el supuesto primero o segundo y, en función de esto, si el beneficiario de la ayuda debe ser operador de telecomunicaciones o no⁸⁵.

La tercera cuestión que se plantea a la CNMC⁸⁶ es si sería una fórmula correcta que el servicio de acceso a Internet lo ofreciera un operador ajeno a la Administración pública, -al ayuntamiento-, tras un proceso de licitación.

La respuesta de la CNMC a esta cuestión es que si un ayuntamiento resulta beneficiario del Programa WiFi4EU, puede licitar el establecimiento de una red WiFi y la prestación del servicio de acceso a Internet mediante un procedimiento de concurrencia pública y adjudicárselo a un operador privado, siguiendo un procedimiento que garantice la concurrencia competitiva⁸⁷. Tal modelo sería conforme a las

⁸⁴ El Acuerdo de la CNMC de 2018 remite a los acuerdos por los que se da contestación a las consultas planteadas por: el ayuntamiento de Santander, sobre su red WiFi, de 9 de octubre de 2014 (expte. núm. CNS/DTSA/560/14), y el Gobierno del Principado de Asturias, relativa a la nueva fórmula de gestión de la red Asturcón, de 11 de diciembre de 2014 (expte. núm. CNS/DTSA/1460/14).

⁸⁵ En cualquier caso, la CNMC recuerda que la empresa designada debe efectuar toda la actividad y mantener la titularidad de la red, pues, la doctrina ya fijada por la CNMC en supuestos anteriores viene afirmando que la titularidad de la red o del servicio por la Administración pública constituye una forma de explotación de la red o de prestación del servicio. Sirva de nuevo el ejemplo del Acuerdo de la CNMC de 2018 por el que se da contestación a la consulta planteadas por el ayuntamiento de Santander, sobre su red WiFi, de 9 de octubre de 2014 (expte. núm. CNS/DTSA/560/14). Esta misma interpretación es la que se recoge en el Reglamento WiFi4EU al afirmar que sus previsiones se deben entender “sin perjuicio del Derecho nacional que se ajuste al Derecho de la Unión, como las disposiciones nacionales que impidan a los ayuntamientos ofrecer directamente una conexión inalámbrica con carácter gratuito, pero les permitan hacerlo mediante entidades privadas” (Considerando 19 del Reglamento WiFi4EU).

⁸⁶ Esta pregunta ha sido planteada por el ayuntamiento de Torrelodones y Leader Network, y por la Junta de Andalucía, que plantea si puede considerarse a la entidad pública como un cliente o usuario final del servicio de acceso a Internet.

⁸⁷ Tal actuación sería una actividad de fomento de la Administración pública para otorgar una ayuda a un operador privado y, por tanto, a juicio de la CNMC encajaría en las exigencias previstas en el Programa WiFi4EU, siempre que se haya inscrito en el Registro de Operadores, cuando sea preciso. Así se desprende de la legislación de telecomunicaciones y del considerando 19 del Reglamento WiFi4EU. El objetivo principal del ayuntamiento en tal caso es garantizar el cumplimiento de los objetivos del programa WiFi4EU, durante el periodo estipulado y, en su condición de beneficiario, será el responsable: de la financiación de la conectividad a Internet, del mantenimiento del equipo necesario para ofrecer conexión WiFi gratuita y de calidad a los ciudadanos y a los visitantes durante al menos tres años y de usar el distintivo común que determine la Comisión y conectarse con las herramientas en línea asociadas. Las normas sobre identidad visual que los beneficiarios deben respetar en toda actividad publicitaria relacionada con la iniciativa WiFi4EU pueden consultarse en la página WiFi4EU incluida en la web de la INEA: <https://ec.europa.eu/inea/en/connecting-europefacility/cef-telecom/wifi4eu>. Está previsto en la Convocatoria de candida-

indicaciones publicadas por la Comisión Europea y del Programa WiFi4EU, siempre que las Administraciones Públicas se hayan inscrito, en su caso, en el Registro de Operadores⁸⁸. En este contexto es esencial recordar la importancia del fomento de la competencia en la contratación, como ha manifestado la CNMC con ocasión de la consulta efectuada por Transportes Urbanos de Sevilla, S.A.M. (TUSSAM) sobre la posibilidad de prestación del servicio de acceso a Internet WiFi en el interior del transporte público urbano⁸⁹.

turas con arreglo al mecanismo “Conectar Europa” en el campo de las redes transeuropeas de telecomunicaciones. Fomento de la conectividad a Internet de las comunidades locales WiFi4EU (WiFi4EU-2020-1).

⁸⁸ En la Convocatoria de candidaturas con arreglo al mecanismo “Conectar Europa” en el campo de las redes transeuropeas de telecomunicaciones. Fomento de la conectividad a Internet de las comunidades locales WiFi4EU (WiFi4EU-2020-1) en el punto 6.2 “Acciones elegibles” establece que la iniciativa WiFi4EU busca apoyar medidas basadas en una conectividad de banda ancha y alta velocidad que ofrezca a los usuarios una experiencia de Internet de alta calidad y que: “incluyan el compromiso de adquirir mediante contratación pública (o procedimiento similar) los equipos necesarios y, en su caso, los servicios de instalación correspondientes de acuerdo con la normativa aplicable, y a instalar los puntos de acceso Wi-Fi en zonas donde no existan ofertas similares de conectividad Wi-Fi.”

⁸⁹ Acuerdo de la CNMC de 6 de septiembre de 2018 por el que se contesta a la Consulta planteada por Transportes Urbanos de Sevilla, S. A. M. sobre la posibilidad de prestación del servicio de acceso a Internet WiFi en el interior del transporte público urbano, CNS/D TSA/048/18/INTERNET WIFI AUTOBUSES Y TRANVÍAS. En este supuesto, la CNMC se pronuncia sobre la prestación gratuita de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones pública y recuerda que, de acuerdo con los art. 4.1 RSU y art. 10 de la Circular de la CMT 1/2010, debe examinar caso a caso si el servicio propuesto afecta a la competencia y, en su caso, si se pueden imponer las condiciones correspondientes, sobre todo, la fijación del período de tiempo en el que podrá prestarse el servicio. De un lado, la empresa que plantea la consulta a la CNMC es la empresa de Transportes Urbanos de Sevilla, Sociedad Anónima Municipal (TUSSAM) que, según el art. 1 de sus estatutos sociales, “el Excmo. ayuntamiento de Sevilla presta el servicio de transporte urbano en régimen de monopolio y en forma de sociedad mercantil exclusivamente municipal, a cuyo efecto tiene constituida la empresa Transportes Urbanos de Sevilla, Sociedad Anónima Municipal”. De otro lado, TUSSAM plantea a la CNMC su intención de contratar con uno de los tres operadores móviles de red la prestación de un servicio de transmisión de datos, entre el router/hostpot WIFI instalado en el autobús/tranvía y el servidor central del proveedor de acceso a Internet mediante el procedimiento de contratación: Telefónica Móviles de España, S.A.U., Vodafone España, S.A.U. y Orange Espagne, S.A.U. Por ello, TUSSAM pregunta a la CNMC si existe alguna limitación legal para que ofrezca gratuitamente por tiempo indefinido y sin sujeción al principio de inversor privado, el servicio de acceso a Internet WiFi a los ciudadanos en el interior del transporte urbano (autobuses y tranvías). La CNMC parte de la base de que TUSSAM, que conoce cualquier procedimiento de contratación pública, debe respetar los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y libre competencia, según la normativa europea y española aplicable (los Tratados de la Unión y en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, LCSP). Además, la CNMC trae a colación, por todas, la Sentencia del TC 84/2015, de 30 de abril, en la que se recuerda que las reglas que regulan la preparación y adjudicación de contratos garantizan que la contratación se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos y aseguran una eficiente utilización de los fondos. En definitiva, a juicio del TC, estas reglas pueden considerarse básicas, pues constituyen un mínimo común uniforme que permite garantizar, de un lado, la igualdad de los licitadores y su tratamiento común ante las Administraciones y, de otro, la eficiente utiliza-

La cuarta pregunta que se plantea, por la Asociación Nacional de Operadores de Telecomunicaciones y Servicios de Internet (AOTEC), el ayuntamiento de Arroyo de la Encomienda, el Colexio Profesional de Enxeñaría en Informática de Galicia y la Junta de Andalucía, a la CNCM es qué obligaciones tiene el beneficiario para evitar duplicar ofertas públicas o privadas de características similares y si hay que realizar consulta a los operadores.

La Comisión responde que el Reglamento WiFi4EU, de entrada, no exige a los ayuntamientos beneficiarios de la ayuda, que lleven a cabo una consulta pública previa, pero la aconseja, recordando que es su responsabilidad como Administración titular del dominio público local donde se realizaran los despliegues en ubicaciones de su titularidad. En especial, la CNMC recomienda que se efectúe tal consulta pública cuando el Ente local solicitante desconozca la cobertura del desplazamiento elegido, para que sirva como medida tendente a asegurar que no se ofrece ya en ese momento un servicio en condiciones gratuitas y similar al recogido en el Programa WiFi4EU.

La CNMC fundamenta su respuesta en diversas normas europeas: Primero, en el Anexo del Reglamento de redes transeuropeas⁹⁰; Segundo, el Reglamento de exención por categorías (artículo 52.3)⁹¹, las Directrices comunitarias de ayudas a

ción de los fondos públicos. La CNMC recuerda que también se fomentan los principios de igualdad, libre concurrencia y no discriminación entre operadores la normativa sectorial de telecomunicaciones en el art. 3 de la LGTel. Por tanto, la CNMC considera que, en cumplimiento de los principios citados, TUSSAM no debe limitar la contratación del servicio de transmisión de datos únicamente a los tres operadores móviles de red con mayor volumen de espectro, sino que la licitación pública debe estar abierta a cualquier operador de comunicaciones electrónicas que acredite su capacitación técnica para la prestación del servicio objeto de contratación. Es decir, todos los operadores móviles han de estar en igualdad de condiciones. En definitiva, la CNMC recuerda y advierte a TUSSAM que ha de garantizar el cumplimiento de los principios de publicidad, libre concurrencia y no discriminación, procurando la participación de cualquier operador de comunicaciones electrónicas en el procedimiento de licitación que tiene intención de anunciar, eliminando restricciones a la entrada del número de potenciales beneficiarios y a la competencia.

⁹⁰ Este Anexo recoge que: “No podrán optar a la ayuda financiera las acciones que vengán a duplicar ofertas gratuitas públicas o privadas de características similares, calidad incluida, existentes en el mismo ámbito público. Dicha duplicidad podrá evitarse garantizando que el conjunto de puntos de acceso financiados en virtud del presente Reglamento esté diseñado para cubrir principalmente espacios públicos y no se solape con ofertas públicas o privadas ya existentes de características similares” (párrafo cuarto de la Sección 4). Reglamento (UE) n. 283/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2014, relativo a unas orientaciones para las redes transeuropeas en el sector de las infraestructuras de telecomunicaciones y por el que se deroga la Decisión n° 1336/97/CE.

⁹¹ Respecto a las ayudas para infraestructuras de banda ancha afirma que: “La inversión deberá situarse en zonas en las que no exista infraestructura de la misma categoría (banda ancha básica o NGA) y en las que no sea probable que dicha infraestructura se desarrolle en condiciones comerciales en un plazo de tres años a partir del momento de publicación de la medida de ayuda prevista, lo cual también se verificará mediante una consulta pública abierta”. Reglamento (UE) n. 651/2014, de la Comisión Europea, de 17

la banda ancha (Considerando 82)⁹² y el Real Decreto de coordinación de ayudas públicas (artículo 2)⁹³. Estas normas exigen, en definitiva, a las Administraciones públicas solicitantes conocer las previsiones de despliegue de los operadores a tres años sobre las zonas beneficiarias de ayudas, con el fin de poder clasificar estas zonas, como blancas, grises o negras, y decidir sobre la conveniencia y oportunidad de las ayudas. En cualquier caso, la CNMC recuerda que, en el supuesto de que después apareciera un operador interesado en ofrecer un servicio de condiciones similares en ese “centro de la vida pública” durante el periodo de, al menos, tres años de duración del Programa WiFi4EU, corresponde a la Comisión Europea determinar qué ocurre con la ayuda.

El Reglamento WiFi4EU no exige que se lleve a cabo una consulta pública ni contempla más detalles con relación al control del cumplimiento de esta obligación, sólo se refiere a este aspecto en el Considerando 15 al señalar que este Reglamento “no debe impedir la imposición de limitaciones a las condiciones de uso, como limitar la conectividad a un período de tiempo o a un consumo máximo de datos razonable.” Por su parte, la Comisión Europea ha completado la información en la web del Programa WiFi4EU y prevé que “los municipios seleccionarán los centros de la vida pública en que se instalarán los puntos de acceso WiFi4EU. Para su instalación deberán escogerse zonas donde no haya ofertas similares de conectividad Wi-Fi gratuita”⁹⁴.

de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los arts. 107 y 108 del Tratado.

⁹² En este caso, las Directrices indican que: “De conformidad con la Comunicación de la Comisión sobre la determinación de las normas aplicables a la evaluación de las ayudas estatales ilegales, la Comisión aplicará las presentes Directrices en el caso de ayudas no notificadas concedidas después de su publicación”. Directrices de la Unión Europea para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de banda ancha (2013/C 25/01).

⁹³ El Real Decreto 462/2015 regula el “mapa de cobertura” en el art. 2 e indica que: “La Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información elaborará un informe anual de cobertura de banda ancha ultrarrápida que facilite el diseño de medidas de ayuda a que se refiere este real decreto por las distintas Administraciones públicas y la identificación de las zonas susceptibles de actuación, conforme a las Directrices de la Unión Europea. Asimismo, pondrá a disposición de las Administraciones públicas que lo soliciten la información que éstas precisen para poner en marcha dichas medidas de ayuda. Para la identificación de las zonas susceptibles de actuación, la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información realizará una consulta pública, dirigida a los agentes directamente interesados y, en particular, a las Administraciones públicas y a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.” Real Decreto 462/2015, de 5 de junio, por el que se regulan instrumentos y procedimientos de coordinación entre diferentes Administraciones Públicas en materia de ayudas públicas dirigidas a favorecer el impulso de la sociedad de la información mediante el fomento de la oferta y disponibilidad de redes de banda ancha. En este sentido resulta de interés el Informe de la CNMC de 11 de julio de 2019 sobre las ayudas públicas en España, 2019 IAP/CNMC/001/19.

⁹⁴ Vid. Apartado 5.1 de la web del Programa WiFi4EU: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/wifi4eu-preguntas-y-respuestas#Ejecuci%C3%B3n-y-funcionamiento>

B. Las condiciones de prestación del servicio de acceso a Internet

La CNMC, a continuación, da respuesta a una serie de preguntas relativas a las condiciones de prestación del servicio de acceso a Internet, que agrupamos en dos y pasamos a exponer.

En el primer bloque, la Comisión contesta a dos cuestiones técnicas en esta materia: a) qué debemos entender por alta velocidad⁹⁵, y b) qué requisitos mínimos debe tener la conexión a Internet que se ofrezca⁹⁶.

El segundo bloque de cuestiones que se plantea a la CNMC, por parte del ayuntamiento de Burgos, es, de un lado, si se puede ofrecer el servicio en cualquier espacio público, aunque no sea un edificio, y, de otro, con relación a los usuarios, si el Ente local debe efectuar algún control de ellos y si les debe facilitar alguna información sobre el servicio prestado.

La respuesta de la CNMC es que sí se puede ofrecer el acceso a Internet en ubicaciones fuera de edificios como se desprende del Anexo del Reglamento de redes transeuropeas⁹⁷ y de la página web de la Comisión Europea del Programa WiFi4EU, que enumera como centros de vida pública: “parques, plazas, edificios y bibliotecas públicos, hospitales, museos o cualquier otro espacio público”. Esta contestación de la CNMC supone una novedad incorporada con motivo de la implantación del Pro-

⁹⁵ Esta consulta ha sido realizada por AOTEC, ayuntamiento de Torreldones y ayuntamiento de Vila-real.

⁹⁶ Esta pregunta responde a diversas cuestiones realizadas en la consulta del ayuntamiento de Torreldones. De forma general, la Comisión parte de la base de que el Reglamento WiFi4EU y el Programa WiFi4EU persiguen el objetivo principal de que se ofrezcan servicios de una calidad determinada y no tanto una velocidad determinada. De hecho, el citado Programa no define el servicio que debe ofrecerse por los municipios a través de las redes WiFi que se van a desplegar con estos bonos, simplemente se refiere a “alta velocidad” en términos generales. En cualquier caso, la Comisión Europea ha tratado de dar respuesta a estas cuestiones mediante las FAQs de la web del Programa WiFi4EU. Así, cuando se afirma que las redes WiFi4EU deben proporcionar una “velocidad mínima de descarga de 30 Mbps” se supone que tales redes deben poder ofrecer a los usuarios finales una experiencia de gran calidad. De tal modo que los municipios deben respetar las condiciones establecidas en el convenio de subvención. La Comisión Europea también explica qué sucede si el municipio no puede garantizar una velocidad de descarga de 30 Mbps (punto 5.7 de las FAQ). En nuestro ordenamiento jurídico encontramos una definición de “red de comunicaciones electrónicas de alta velocidad”, en el Real Decreto 330/2016, de 9 de septiembre, relativo a medidas para reducir el coste del despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad, que transpone al ordenamiento jurídico nacional la Directiva 2014/61/UE, de 15 de mayo, relativa a medidas para reducir el coste del despliegue de redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad (art. 2.3), como aquellas redes fijas y móviles capaces de prestar servicios de acceso de banda ancha a velocidades de, al menos, 30 Mbps por abonado.

⁹⁷ El Anexo del Reglamento de redes transeuropeas dispone que el servicio podrá ofrecerse “en centros de la vida pública de las comunidades locales, incluidos los espacios al aire libre accesibles al gran público que tengan una función fundamental en la vida de esas comunidades” (sección 4 del Anexo).

grama WiFi4EU en nuestro país, pues, como vimos al analizar la Sentencia de 1 de septiembre de 2011 de la AN, el Tribunal admite que la CMT, en su resolución de 18 de febrero de 2010, considera que hay autoprestación siempre que: “Se preste en el interior de los edificios o dependencias municipales lo que, inevitablemente, incluye sus inmediaciones ya que la cobertura de acceso inalámbrico no puede restringirse únicamente al interior del edificio” (FJ 3).

Respecto de la otra cuestión, el Reglamento WiFi4EU no contempla ninguna obligación a cargo del beneficiario de control de los usuarios. Simplemente, el municipio deberá informar a los ciudadanos de los servicios que se prestan dentro del citado Programa y del origen comunitario de los fondos (Considerando 10 Reglamento WiFi4EU). En cualquier caso, la CNMC recuerda que el operador prestador del servicio estará sujeto a las obligaciones previstas en la legislación sectorial de telecomunicaciones⁹⁸.

C. El papel de la Circular de la CMT 1/2010 y el régimen jurídico español. ¿Afecta el Programa WiFi4EU de forma significativa a la competencia?

La CNMC, seguidamente, en respuesta a varias consultas, realizadas por AO-TEC, el Colexio Profesional de Enxeñaría, el ayuntamiento de Vila-real y el ayuntamiento de Burgos, efectúa un análisis del impacto del Programa WiFi4EU en la aplicación de la Circular 1/2010 y de la regulación contenida en la LGTel sobre la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas por Administraciones públicas.

La CNMC entiende que, de entrada, las actuaciones que se realicen dentro del Programa WiFi4EU no afectan de forma significativa a la competencia, son compatibles con el mercado interior y no han de ser notificadas a la CNMC, tal y como se indica en la Circular 1/2010. El motivo es que se trata de supuestos de despliegues localizados - sólo uno por municipio-, y por ello, según la Comisión, en principio, no es necesario establecer ninguna condición adicional de uso, salvo que la actividad financiada con fondos WiFi4EU colisione con otras ofertas comerciales de operadores privados.

Para llegar a esta conclusión, la CNMC estudia la compatibilidad del Programa WiFi4EU con la Circular 1/2010, sobre todo, con los arts. 5, 10, 11 y el anexo de actividades, en especial, el apartado 4. Tales preceptos, como ya conocemos, se refieren, por un lado, a los requisitos para considerar una intervención de una Ad-

⁹⁸ En particular, se refiere a los artículos 39, 40 y 41 de la LGTel, su normativa de desarrollo en materia de secreto de las comunicaciones, interceptación legal de las comunicaciones y protección de datos personales, y el artículo 42 LGTel, que determina el régimen jurídico aplicable en materia de conservación de datos.

ministración Pública, ajustada al PIPEM y, por otro lado, se recoge una lista de supuestos en los que la actividad de comunicaciones electrónicas de una Administración Pública se considera que no afecta a la competencia, y que, por tanto, se puede realizar por tiempo indefinido, aun cuando sea sin sujeción al PIPEM.

Recordemos que, como advierte la CNMC, después de dictarse la Circular 1/2010, el art. 9.2 LGTel de 2014 ha recogido de forma expresa el cumplimiento necesario del PIPEM por las Administraciones Públicas⁹⁹ y prevé la aprobación de un Real Decreto en el que se regularán los criterios, condiciones y requisitos en que se podrán prestar servicios de comunicaciones electrónicas y la explotación de redes públicas sin distorsionar la competencia y sin ajustarse al PIPEM. Tal norma vendrá a sustituir las previsiones del anexo de la Circular 1/2010. Ahora bien, en tanto no se apruebe esa norma, como mantiene la CNMC, el análisis sobre si la intervención en el mercado de las comunicaciones electrónicas de la Administración Pública es conforme a PIPEM y si cumple con la normativa de ayudas de Estado tendrá que realizarse “caso por caso”.

No obstante, la CNMC considera que las ayudas en ejecución del Reglamento WiFi4EU han de “presumirse” compatibles con el mercado interior, pues a la hora de aprobar el Reglamento, las propias instituciones comunitarias ya han realizado un análisis de la posible incidencia de estas medidas sobre la competencia¹⁰⁰, sin perjuicio de que en el momento en que se otorguen los bonos, la Comisión Europea pueda apreciar que alguna de estas ayudas presenta algún problema de compatibilidad (arts. 107 y 108 del TFUE).

Por último, la CNMC contesta a una pregunta, planteada por la Diputación Provincial de Badajoz, sobre si una Administración Pública puede ofrecer con sus propios recursos el mismo tipo de conectividad inalámbrica local que permite el Programa WiFi4EU, teniendo en cuenta que el número de bonos con financiación europea es limitado.

⁹⁹ De forma que la instalación y explotación de redes públicas o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas en régimen de prestación a terceros por operadores controlados directa o indirectamente por Administraciones Públicas “se realizará dando cumplimiento al principio de inversor privado, con la debida separación de cuentas, con arreglo a los principios de neutralidad, transparencia, no distorsión de la competencia y no discriminación, y cumpliendo con la normativa sobre ayudas de Estado a que se refieren los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea” (art. 9.2 LGTel).

¹⁰⁰ Por tanto, la CNMC afirma que todos los proyectos que se integran en los Reglamentos Conectar Europa y de redes transeuropeas se consideran de interés común en el marco del TFUE y de su diseño se desprende que tanto su importe como sus características “no implican una distorsión de la competencia o un fallo del mercado, siempre que no se dupliquen ofertas públicas o privadas de condiciones similares en la misma zona (Anexo 4 y Considerando 15 Reglamento WiFi4EU).

La CNMC entiende que, en el supuesto de que otra Administración pública pretenda otorgar ayudas para proyectos de las mismas características que el Programa WiFi4EU, en tal caso su encuadre en la normativa vigente “no sería automático”, pues la Administración deberá asegurarse de que se cumple el régimen jurídico aplicable.

En consecuencia, como regla general, la Administración pública que desarrolla estas actividades debe ajustarse a los requisitos del art. 9 de la LGTel y de la Circular 1/2010, y actuar conforme a PIPEM o ajustarse a los supuestos contemplados en el anexo de la Circular 1/2010, ya que, si la actuación no entra en el marco del Programa WiFi4EU, desaparece la presunción de que la ayuda no implica una afectación significativa a la competencia y de que cumpla con la normativa de ayudas de Estado, siendo preciso analizar cada caso concreto¹⁰¹.

D. Algunas contestaciones a consultas de la CNMC en 2019 aplicando su Acuerdo de 2018

Como ha quedado de manifiesto, no es sencillo conocer de antemano si una Administración pública, y un ayuntamiento en concreto, que desarrolla estas actividades de comunicaciones electrónicas en las condiciones que venimos exponiendo, ha de someterse a las obligaciones previstas en el art. 9 LGTel y en la Circular 1/2010 y comunicarlo, por lo tanto, como operador, en el Registro de Operadores. Por tanto, la respuesta no es directa y habrá que analizar caso a caso cuándo el municipio que presta el servicio se constituye como un operador de comunicaciones electrónicas, con las consecuencias jurídicas que ello implica¹⁰².

¹⁰¹ La CNMC concluye que “la prestación de servicios y explotación de redes de comunicaciones electrónicas por parte de las AAPP en condiciones distintas a las previstas en la Circular 1/2010 y fuera del marco del Programa WiFi4EU, o mediante ayudas otorgadas a un operador privado deberá examinarse caso por caso. Es decir, habrá que estar al supuesto concreto para determinar la posible afectación a la competencia por la prestación gratuita de servicios de comunicaciones electrónicas por parte de las AAPP o mediante ayudas”.

¹⁰² Recordemos que la CNMC, en el Acuerdo de 2018, explica que se pueden distinguir dos tipos de intervenciones de las Administraciones públicas: 1) las actuaciones que encajan en la explotación de redes y/o prestación de servicios de comunicaciones electrónicas a terceros o al público en general. En este caso, la actividad está sometida al régimen establecido en la LGTel y, si el ayuntamiento es el operador, deberá ajustarse a las previsiones específicas establecidas en la normativa sectorial española; 2) las actuaciones que, según la regulación española y la interpretación que ha hecho la CNMC, encajan en el régimen de autoprestación, porque se considera que estos servicios se prestan para el cumplimiento de las funciones propias de la Administración o la satisfacción de sus propias necesidades, o que son actividades que no se consideran dirigidas al público en general ni sometidas al régimen de autorización general de la LGTel. En este caso, el ayuntamiento no tendrá la condición de operador de comunicaciones electrónicas y no se le inscribirá en el Registro de Operadores de comunicaciones electrónicas y podrá desarrollar libremente su actividad.

A continuación, exponemos dos contestaciones a consultas formuladas a la CNMC que ratifican el contenido de su Acuerdo de 2018: Primero, el Acuerdo de la CNMC, de 13 de febrero de 2019, por el que se contesta a la consulta planteada por el ayuntamiento de L'Hospitalet de Llobregat sobre la puesta en funcionamiento de una red WiFi entre los días 24 y 28 de febrero de 2019¹⁰³; y segundo, el Acuerdo de la CNMC, de 3 de abril de 2019, por el que se contesta a las consultas planteadas por Localret y el ayuntamiento de Barcelona y el ayuntamiento de Almendralejo sobre la posibilidad de prestación gratuita del servicio de acceso a Internet en distintas localizaciones¹⁰⁴.

En el primer supuesto, el ayuntamiento de L'Hospitalet de Llobregat solicita permiso para prestar el servicio de acceso a Internet, sin contraprestación, a través de una red de comunicaciones electrónicas basada en la utilización del dominio público radioeléctrico a través de WiFi, para el fomento de las actividades sociales y culturales en determinadas zonas de su municipio, en la vía pública, y sólo durante la celebración de un evento, "L'Hospitalet Experience", que tendrá lugar unos días determinados¹⁰⁵, con el fin de dar a conocer la ciudad, como atractivo turístico y empresarial.

La CNMC, primero, trae a colación el Acuerdo de 10 de mayo de 2018 en contestación a la consulta sobre el programa WiFi4EU¹⁰⁶ y, después, analiza dos aspectos: Primero, si se trata de un supuesto de autoprestación. La Comisión entiende que no, porque, si bien la actividad de promoción del municipio sí que encajaría en dicho supuesto, en este caso iría más allá, al ofrecer un acceso general y completo a Internet. Por lo tanto, no se limita a contribuir al cumplimiento de las funciones propias de la Administración o a la satisfacción de sus propias necesidades; Segundo, si es un servicio limitado. A este respecto la Comisión entiende preciso diferenciar los supuestos de explotaciones comerciales de redes y servicios de comunicaciones electrónicas al público en general, de otros servicios específicos de comunicaciones electrónicas que, según la CNMC, actualmente no han de ser considerados como actividades económicas inscribibles en el Registro de Operadores¹⁰⁷. Para ello, la CNMC efectúa

¹⁰³ CNS/DTSA/131/19/INSCRIPCIÓN WIFI TEMPORAL L'HOSPITALET DE LLOBREGAT.

¹⁰⁴ CNS/DTSA/734/18/INTERNET WiFi BARCELONA Y ALMENDRALEJO.

¹⁰⁵ En concreto entre los días 24 y 28 de febrero de 2019, coincidiendo con la celebración del Mobile World Congress en la Fira Gran Via de L'Hospitalet.

¹⁰⁶ Acuerdo por el que se da contestación a las consultas planteadas sobre la compatibilidad del programa WiFi4EU con la normativa y regulación sectorial nacional aplicable a la prestación de actividades de telecomunicaciones por las administraciones públicas (CNS/DTSA/698/17).

¹⁰⁷ Ya sea por tratarse de actividades que van dirigidas a grupos de personas muy reducidos, o por estar ligadas a la realización de otras actividades, que son el objeto principal de los prestadores analizados y

un examen de varios criterios¹⁰⁸-como: a) cobertura¹⁰⁹; b) destinatarios¹¹⁰; c) carácter del servicio¹¹¹; y d) responsabilidad por el servicio y ausencia de contraprestación¹¹²- y

que vinculan a tales prestadores con los usuarios finales, por lo que la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas tiene un carácter accesorio a dicha actividad principal.

¹⁰⁸ Este análisis se ha realizado de forma repetida en numerosos Acuerdos de la CNMC, como en el acuerdo de 9 de octubre de 2014, por el que se contesta a la consulta planteada por el ayuntamiento de Santander sobre su red WiFi, de 9 de octubre de 2014 (expte. núm. CNS/DTSA/560/14), o en la contestación de 30 de marzo de 2017 a la consulta planteada por el Principado de Asturias sobre la posibilidad de prestación gratuita del servicio de acceso a Internet WiFi a los ciudadanos que hacen uso de edificios públicos (CNS/DTSA/499/16/INTERNET WIFI PRINCIPADO DE ASTURIAS).

¹⁰⁹ El ámbito de cobertura de la red o servicio ha de estar restringido a un espacio físico concreto, muy delimitado. La CNMC afirma que en este caso se refiere a una zona concreta del municipio.

¹¹⁰ Los destinatarios del servicio han de reunir una determinada condición o pertenencia a un grupo concreto. En este supuesto, según la CNMC, la señal alcanzaría a todos los transeúntes de la zona que en su mayor parte serán asistentes al Mobile World Congress y sólo durante cuatro días.

¹¹¹ La actividad de telecomunicaciones ha de ser accesorio y/o auxiliar a las funciones que la Administración pública correspondiente presta en la zona que se va a cubrir. En este caso, a juicio de la CNM, la Administración pública ha concebido la intervención como un vehículo para la promoción de la ciudad. El artículo 25.2, letra h) de la LBRL atribuye entre las competencias propias del municipio la de "información y promoción de la actividad turística de interés y ámbito local". En la página web que el ayuntamiento vincula a la prestación del servicio se comprueba que se trata de la promoción de la ciudad, de su gastronomía, cultura, etc. para los asistentes al congreso y se complementa con un acceso general a Internet que servirá de incentivo para aumentar el volumen de las conexiones. Por ello, la CNMC estima que la limitación temporal del servicio y la espacial contribuyen a declarar su carácter accesorio a una actividad propia, como es la promoción turística del municipio. Ahora bien, la CNMC advierte que en el caso de que se estableciese su permanencia en el tiempo o su extensión a otras zonas de cobertura habría que realizar un análisis diferente y sí sería precisa su notificación, ya que el ayuntamiento pasaría a competir con los servicios de otros operadores de comunicaciones electrónicas que podrían estar interesados en prestarlos.

¹¹² La CNMC ha estimado que el ayuntamiento no presenta el servicio como propio, no se responsabiliza frente a los usuarios del servicio, no lo ofrece bajo sus propias condiciones y no factura o cobra por su prestación. En este caso, la entidad local no se responsabiliza por el servicio ni cobra una contraprestación económica. A juicio de la Comisión todas estas características expuestas permiten encajar el supuesto analizado, en el art. 56 del Código Europeo de Comunicaciones Electrónicas. Según expresa la CNMC, el art. 56 del Código Europeo de Comunicaciones Electrónicas, a juicio de la CNMC, sigue el mismo sentido que las excepciones de determinadas actividades, no económicas en su naturaleza o accesorias, del régimen de autorización general que la CNMC viene analizando y determinando, caso a caso y de manera individual, cuando la prestación reúne unas características puntuales. Por ello, entiende que, cuando dicho suministro no forme parte de una actividad económica o sea accesorio respecto de otra actividad económica o un servicio público que no dependa del transporte de señales por esas redes, las empresas, autoridades públicas o usuarios finales que suministren el acceso no estarán sujetos a ninguna autorización general para suministrar redes o servicios de comunicaciones electrónicas. Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de Comunicaciones Electrónicas (CECE). El CECE todavía no ha sido transpuesto al Derecho español. En dicho precepto se establece que, debido al incremento de la demanda de espectro radioeléctrico, no se debe impedir la compartición del acceso a redes de área local para incrementar el número de puntos de acceso disponibles. En estos casos, no se podrá exigir la obtención de una autorización general. Considerando 138 del CECE: Las autoridades públicas o los proveedores de servicios públicos que utilizan puntos de acceso

concluye que la actividad a realizar por el ayuntamiento permite acogerse a la excepción de la obligación de notificación al Registro de Operadores del art. 6.2 LGTel por varios motivos: su carácter temporal, su localización en una zona limitada, y su carácter gratuito y accesorio o instrumental para el ejercicio de una competencia de la entidad local, como es la promoción turística. Es un servicio prestado a terceros de carácter limitado por su duración y zona de cobertura, vinculado a la promoción del municipio dirigida a los asistentes del Mobile World Congress¹¹³.

El segundo ejemplo engloba dos consultas que fueron contestadas por la CNMC de forma conjunta con el objeto determinar la regulación aplicable a la prestación gratuita del servicio de acceso a Internet a través de redes WiFi en las diferentes localizaciones señaladas en sus escritos por las entidades consultantes, y al resto de cuestiones planteadas, las primeras, por Localret y el ayuntamiento de Barcelona¹¹⁴

RLAN en sus dependencias para su personal, los visitantes o los clientes, por ejemplo para facilitar el acceso a servicios de administración electrónica o para la información sobre el transporte público o la gestión del tráfico por carretera, podrían también ofrecer estos puntos de acceso para su uso general por parte de la ciudadanía como servicio accesorio a los ofrecidos al público en dichas dependencias, en la medida que lo permitan las normas de contratación pública y competencia. Además, al proveedor de este acceso local a redes de comunicaciones electrónicas dentro o alrededor de una propiedad privada o una zona pública limitada con carácter no comercial o como servicio accesorio a otra actividad que no depende de dicho acceso (como los hotspots RLAN puestos a disposición de los clientes de otras actividades comerciales o del público general en esa zona) puede imponérsele el cumplimiento de las autorizaciones generales de los derechos de uso del espectro radioeléctrico, pero no de las eventuales condiciones o requisitos anejos a las autorizaciones generales aplicables a los proveedores de redes o servicios de comunicaciones electrónicas públicas, ni las obligaciones relativas a los usuarios finales o a la interconexión.

¹¹³ También advierte la CNMC al ayuntamiento de que en el supuesto de que modifique algunos de los elementos tenidos en cuenta para esta consulta sería preciso efectuar un nuevo análisis.

¹¹⁴ La primera consulta la efectúan el Consorcio local Localret (Localret) y el Institut Municipal de Informàtica del ayuntamiento de Barcelona sobre del servicio de acceso a Internet gratuito prestado a través de redes WiFi en diversos espacios públicos y la actualización de la Circular de la CMT 1/2010. En particular, si cuando el servicio de acceso a Internet a través de redes WiFi “resulte indispensable” y “tenga carácter auxiliar” respecto a la prestación de un servicio público, es asimilable al régimen de autoprestación y queda, por tanto, exento del deber de notificación del art. 6.2 LGTel y, en caso de que sí, se pregunta si esa exención es aplicable a la prestación del citado servicio en oficinas de atención al ciudadano, centros de formación no reglada, centros cívico-culturales, y, en general, los principales “centros de la vida pública”, incluidos los medios de transporte. También se plantea, que en el caso de que no se asimilara al régimen de autoprestación, si podrían entenderse como no sujetos a notificación por cumplir unos determinados requisitos ya señalado por la CNMC. En el escrito de consulta se señalan varios requisitos que se repiten en numerosos Acuerdos de la CNMC, Sala de Supervisión Regulatoria, como: cobertura restringida a un espacio físico concreto; destinatarios que reúnan una determinada condición o pertenencia a un grupo concreto (así usuarios que acrediten vinculación con otros servicios prestados por la Administración pública); carácter accesorio de la actividad de telecomunicaciones respecto a la relación principal; responsabilidad del servicio correspondería al operador contratado por la Administración.

y, las segundas, por el ayuntamiento de Almendralejo¹¹⁵, sobre la aplicación de la Circular 1/2010 y el Programa WiFi4EU.

La CNMC resalta que la Circular 1/2010 ha excluido la prestación del servicio de acceso a Internet en bibliotecas, de la obligación de notificación a la CNMC y de inscripción en el Registro de Operadores (Considerando 6 de la Circular), aun tratándose de una prestación a terceros, y no considera necesario constituirse como operador de comunicaciones electrónicas para prestar estas actividades. Además, recuerda la necesidad de actualizar la regulación de determinadas actividades. De hecho, la CNMC, en el Acuerdo de 10 de mayo de 2018, se refirió a los museos, mercados y hospitales públicos¹¹⁶. Seguidamente, la CNMC contesta a cada uno de los supuestos planteados en las consultas¹¹⁷, y distingue los casos en los que ya se ha pronunciado y hay una doctrina sentada, de los que no, que denomina “otros supuestos”¹¹⁸. Respecto de los primeros, concluye que no es preciso notificar a la CNMC

¹¹⁵ La segunda consulta la plantea el ayuntamiento de Almendralejo, 21 de noviembre de 2018, que pregunta si el servicio de acceso a Internet WiFi, para ofrecer a los ciudadanos de su municipio en distintas ubicaciones, como: centros deportivos, parques municipales, la Universidad popular de Almendralejo, la Casa de la Música, la biblioteca y el mercado municipal, puede considerarse como un servicio sujeto al régimen de autoprestación. Téngase en cuenta que el ayuntamiento de Almendralejo fue seleccionado en coordinación con el ayuntamiento de Badajoz para el proyecto Alba Smart 2020, en el que se prevé la realización de diversas actuaciones dirigidas a digitalizar determinados ámbitos de la actividad de las Administraciones públicas beneficiarias. De tal forma que el equipamiento para la instalación de los puntos WiFi ha sido adquirido a través de fondos que provienen en su mayoría del Proyecto Alba Smart, siendo de titularidad municipal, el servicio será prestado por un operador de comunicaciones electrónicas y los equipamientos de la red han sido adquiridos por el ayuntamiento.

¹¹⁶ También, recuerda el art. 56.1, párrafo segundo, del Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas de 2018, aunque aún no es aplicable.

¹¹⁷ De un lado, el ayuntamiento de Almendralejo expone que para acceder a Internet a través de los puntos de acceso sobre los que se consulta, el usuario deberá ser titular de la tarjeta ciudadana, introducir usuario y contraseña y se limitará a una única conexión por usuario. El acceso será gratuito y la velocidad estará limitada en la biblioteca y en los parques. En este último caso, además el contenido se circunscribirá a páginas web de Administración pública. De otro lado, el ayuntamiento de Barcelona y Llobregat se refieren en su consulta a todas las ubicaciones en las que “un servicio de acceso a Internet resulte indispensable y tenga carácter auxiliar respecto a la prestación de un servicio público” y cita ejemplos como las oficinas de atención al ciudadano, los centros de formación no reglada, centros cívico-culturales y en general los principales “centros de la vida pública”, utilizando la expresión del Programa WiFi4EU, incluidos los medios de transporte.

¹¹⁸ La CNMC trata como “otros supuestos”, de forma separada para su análisis específico, cuando las citadas actividades se lleven a cabo en el mercado municipal, la Casa de la Música, la Universidad Popular y dos polideportivos. Para ello, acude al estudio de si concurre cada uno de los criterios ya fijados, relativos a los destinatarios, la cobertura, la responsabilidad por el servicio, carácter del servicio y la ausencia de contraprestación. En todos los casos citados se cumple con los anteriores criterios a juicio de la CNMC, en la medida en que sólo tendrán acceso al servicio los ciudadanos del municipio que disfruten de la tarjeta ciudadana, y el ámbito de cobertura se ciñe a los interiores y zonas limítrofes de las instalaciones beneficiarias, con horario limitado al tiempo de apertura. La CNMC llega a la misma conclusión respecto de los centros

la prestación del servicio de acceso a WiFi en los determinados casos, que ya ha sido abordado en la Circular 1/2010, en anteriores ocasiones y en el Acuerdo de 30 de marzo de 2017 y “merecen la misma consideración”¹¹⁹.

En definitiva, la CNMC se remite a diferentes consultas relativas a: hospitales, establecimientos comerciales -hoteles, restaurantes, cafeterías o centros comerciales-, sanatorios, museos, mercados centrales, edificios administrativos y albergues¹²⁰. En todos ellos ha considerado que son actividades auxiliares de una actividad principal y que no se prestan al público en general por los titulares de los establecimientos, y asume que, por “similitud de circunstancias y en aras a garantizar la aplicación de los principios de seguridad jurídica y confianza en el sector -aplicación de condiciones semejantes en circunstancias equivalentes- y de interpretación analógica” la conclusión ha de ser la misma.

En consecuencia, si bien el contenido del Acuerdo de la CNMC 2018 pretende aclarar la situación, como ha quedado expuesto, no ha evitado que, con posteriori-

de formación no reglada y centros cívico-culturales, en los que serán sus usuarios dentro de sus ubicaciones los que accederán al servicio. Al respecto, como ya ha hecho la CNMC en otras ocasiones, recuerda que la gestión de los emplazamientos y las actividades que se llevan a cabo dentro de ellos se corresponden con el ejercicio de competencias municipales propias del art. 25.2 LBRL, como ferias, abastos, mercados, lonjas y comercio ambulante (artículo 25.2.i) LBRL); o la promoción del deporte e instalaciones deportivas y de ocupación del tiempo libre (artículo 25.2.l) LBRL). De igual modo, el artículo 26.1.c) LBRL prevé para los municipios con población superior a 20.000 habitantes que se deberá prestar, en todo caso, el servicio de “instalaciones deportivas de uso público”; o la promoción de la cultura y equipamientos culturales (artículo 25.2.m) LBRL).

¹¹⁹ En particular, cuando se preste el servicio en la biblioteca municipal Marcos Suárez Morillo, en el parque de la Libertad y el parque Dulce Chacón y en las oficinas de atención al ciudadano. En cuanto a la prestación de acceso a Internet en medios de transporte, la CNMC remite al Acuerdo de 6 de septiembre de 2018, Acuerdo de la CNMC de 6 de septiembre de 2018 por el que se contesta a la Consulta planteada por Transportes Urbanos de Sevilla, S. A. M. sobre la posibilidad de prestación del servicio de acceso a Internet WiFi en el interior del transporte público urbano, CNS/DTSA/048/18/INTERNET WIFI AUTOBUSES Y TRANVÍAS. La Comisión afirma que la prestación gratuita del servicio de acceso a Internet en el interior de autobuses y/o tranvías de transporte municipal no se considera como una actividad prestada al público en general, sino como auxiliar de la actividad principal del servicio público de transporte colectivo urbano. Por ello, no tiene que ser notificada al Registro de Operadores, ni está sujeta a restricciones adicionales, como las de la Circular 1/2010. Ahora bien, la CNMC matiza que el servicio ha de estar abierto únicamente al público que utilice el autobús y el tranvía en sus desplazamientos durante la prestación del servicio de transporte y la empresa prestadora del servicio no se tiene que hacer responsable de la prestación del servicio de acceso a Internet frente a los usuarios del servicio municipal de transporte.

¹²⁰ Estos tres últimos supuestos (mercados centrales de abastos, edificios administrativos y albergues municipales) han sido analizados por la CNMC, en los Acuerdos de 7 y 30 de marzo de 2017, respectivamente. En ellos indica ciertos criterios que permiten establecer en qué supuestos no se prestan servicios de comunicaciones electrónicas al público en general susceptibles de ser controlados como actividades de comunicaciones electrónicas, eximiéndose a los titulares o gestores de los establecimientos en los que se prestan estos servicios de la obligación de notificar al Registro de Operadores.

dad a él, se hayan planteado por algunos ayuntamientos nuevas consultas sobre la materia. Todas estas controversias son clara manifestación de que las normas y la realidad siguen caminos paralelos con pocos puntos en común¹²¹. Lo cierto es que aún está por ver cómo atenderá a estas cuestiones, en última instancia, la jurisprudencia, pues no ha habido hasta la fecha pronunciamientos sobre el Acuerdo de la CNMC de 2018.

V. REFLEXIONES FINALES

Una vez lograda la liberalización del sector de las telecomunicaciones, la Unión Europea con el objetivo de crear un mercado único digital, en el marco configurado por la Agenda Digital 2020, pretende ofrecer y conseguir una conectividad inalámbrica local, con carácter gratuito y sin condiciones discriminatorias, de alta capacidad en los denominados centros de vida pública local, con la aprobación del Reglamento WiFi4EU y su Programa WiFi4EU. La incorporación de estas medidas en nuestro país tiene lugar cuando ya era frecuente que algunos ayuntamientos prestaran el servicio WiFi a sus ciudadanos. Actuación que ha venido generando no pocas controversias, a las que se han sumado las propias de la aplicación del citado Programa europeo.

En este trabajo tratamos de dilucidar estas cuestiones que intentaron resolverse, en primer lugar, por la CMT, en la Circular 1/2010, por la que se regulan las condiciones de explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas, donde delimita los conceptos claves de “autoprestación” y PIPEM y, después, tras la aprobación del citado Reglamento y del Programa WiFi4EU, por la CNMC, en su Acuerdo de 10 de mayo de 2018, en el que contesta a numerosas cuestiones sobre la compatibilidad del Programa WiFi4EU, con la normativa aplicable a la prestación de actividades de telecomunicaciones por las Administraciones públicas. En especial algunas relativas a los beneficiarios del Programa, a las condiciones de prestación del servicio de acceso a Internet y el papel de la Circular de la CMT 1/2010 y el régimen jurídico español.

¹²¹ JIMÉNEZ-BLANCO advierte que cualquiera mínimamente sensato sabe que las normas y la realidad tienen mucho de mundos paralelos, sin ningún punto en común: como el deber ser y el ser. El legislador tiene que administrar sus poderes cuidadosamente, pues las sociedades son de plastilina. “Todos conocemos supuestos de normas que pura y simplemente no se han podido aplicar, porque se han dado de bruces con un muro de realidad. En la mano de los legisladores está, al menos en teoría, el poder de hacer todo o casi todo –la omnipotencia de Dios en versión secularizada, conforme a la conocida explicación de Carl Schmitt-, pero cosa distinta son las consecuencias que esas decisiones pueden terminar generando”. JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *España, Europa, Globalización: La modernización del Derecho*. Estudios (2014-2019), Global Law Press, Allen & Overy, 2019, pp. 29-30.

De este modo, nos referimos a supuestos en los que las Administraciones públicas prestan servicios de Internet como auxiliares a un servicio propio, -recogido en el art. 25 LBRL- y lo hacen en régimen de autoprestación o con unas limitaciones de servicio y, por ello, se les excluye de la obligación de comunicarlo previamente al inicio de la actividad al Registro de Operadores, aun tratándose de una prestación a terceros, y no precisan constituirse como operador de comunicaciones electrónicas para prestar estas actividades (arts. 6.2 LGTel, art. 7.3 LGTel y 4.1 RSU).

De todo lo abordado, resaltamos la distinción que efectúa la CNMC de dos tipos de intervenciones de las Administraciones públicas en esta materia: Primero. Las que encajan en la explotación de redes y/o prestación de servicios de comunicaciones electrónicas a terceros o al público en general. En este caso, la actividad está sometida al régimen establecido en la LGTel y, si el ayuntamiento es el operador, deberá ajustarse a las previsiones específicas establecidas en la normativa sectorial española (art. 9.3 LGTel); Segundo. Las que encajan en el régimen de autoprestación, según la normativa española y la interpretación de la CNMC, al entender que consisten en una red y/o servicio de comunicaciones electrónicas prestados en contribución al cumplimiento de las funciones propias de la Administración o para la satisfacción de sus propias necesidades, o que directamente son actividades que no se consideran dirigidas al público en general ni sometidas al régimen de autorización general de la LGTel. En este caso, el ayuntamiento no tendrá la condición de operador de comunicaciones electrónicas y no habrá de inscribirse en el Registro de Operadores de comunicaciones electrónicas y podrá desarrollar libremente su actividad (art. 6 LGTel).

En definitiva, se trata de una tarea compleja en la que, si bien ya hay una doctrina consolidada de la CNMC respecto de determinadas actividades, es cierto que hay otras que requieren de estudio singular, caso a caso, para dar una respuesta adecuada y que analice de forma particular su posible afectación a la competencia.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO MAS, M. J., (Dir.), *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*, La Ley, Madrid, 2014.

BARREO RODRÍGUEZ, C., y SOCÍAS CAMACHO, J., (Coord.), *La ciudad del siglo XII: transformaciones y retos*, AEPDA, INAP, Madrid, 2020.

CARBONELL PORRAS, E., y PIPERATA, G., *La reforma del gobierno local en España e Italia, La reforma del gobierno local en España e Italia*, Presentación de COSCULLUELA MONTANER, L., y VANDELLI, L., Editoriale Scientifica, 2019.

CARBONELL PORRAS, E., “El transporte de personas en las zonas rurales”, en DE SANTIAGO IGLESIAS, D., *Instrumentos jurídicos para la lucha contra la despoblación*, Aranzadi Thomson Reuters, 2021.

CARLÓN RUIZ, M., “Reordenación de las competencias regulatorias en relación con el mercado de las comunicaciones electrónicas a resultados de la aprobación de las leyes 3/2013, de creación de la CNMC, y 9/2014, General de Telecomunicaciones”, CARLÓN RUIZ, M. (Dir.), *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, 2014, pp. 299 a 364.

CARLÓN RUIZ, M., *La Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia*, Aranzadi, 2014.

CASARES MARCOS, A. B., “Mecanismos de protección de los operadores económicos en el ámbito de la libertad de establecimiento y de la libertad de circulación procedimientos en defensa de los derechos e intereses de los operadores económicos por las autoridades competentes (artículo 26)”, en ALONSO MAS, M. J., (Dir.), *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*, La Ley, Madrid, 2014, pp. 831 a 919.

CASARES MARCOS, A. B., “Reflexiones sobre el ámbito subjetivo del recurso para la defensa de la unidad de mercado”, en LÓPEZ RAMÓN, F., (Coord.), *Vías administrativas de recurso a debate*, AEPDA, INAP, pp. 523 y ss, 2016.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “Los servicios de la ciudad inteligente”, en BARREO RODRÍGUEZ, C., y SOCÍAS CAMACHO, J., (Coord.), *La ciudad del siglo XII: transformaciones y retos*, AEPDA, INAP, Madrid, 2020, pp. 419 a 459.

CHOLBI CACHÁ, MERINO MOLLINS, “Comentario crítico sobre la directiva de Servicios y de las leyes 17 y 25/2009 en aplicación de la misma: especial incidencia en el ámbito de las licencias urbanísticas y de actividad”, en *El impacto de la directiva Servicios en las Administraciones públicas*, Atelier, 2012.

DARNACULLETA I GARDELLA, M. M., ESTEVE PARDO, J. y SPIECKER G. DÖHMANN, I. (Dir.), *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Marcial Pons, 2015; Nomos, 2015.

DE LA QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., (Dir.) y VIDA FERNÁNDEZ, J. (Coord.), *Derecho de las telecomunicaciones adaptado a la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones*, Thomson Reuters-Civitas, 2015.

DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., *La intervención de los Municipios en las Telecomunicaciones*, prólogo del profesor Antonio JIMÉNEZ-BLANCO, Tirant lo Blanch, 2006.

DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., “Derecho Administrativo europeo derivado del Tratado de Lisboa: un nuevo fundamento jurídico en materia de Servicios de Interés Económico General”, en *Derecho Público de la crisis económica. Transparencia y sector público hacia un nuevo Derecho Administrativo*, AEPDA, 6 INAP, Madrid, 2012, pp. 515 a 524.

DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., “El fomento de la neutralidad política de los expertos y la cooperación transnacional de entidades reguladoras. La regulación europea en materia de comunicaciones electrónicas”, en DARNACULLETA I GARDELLA, M. M., ESTEVE PARDO, J. y SPIECKER G. DÖHMANN, I. (Dir.), *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Marcial Pons, 2015; Nomos, 2015, pp. 103 a 118, en el libro español; pp. 112-131, en el libro alemán.

DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., “Independencia y neutralidad política de los expertos que integran las Autoridades Nacionales de Reglamentación en Europa”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 95, mayo-agosto 2016, IAAP, Sevilla.

DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., “Régimen jurídico de los servicios de interés general en Europa. La calidad y los llamados ‘servicios innovadores’ en un mercado único digital como últimos retos”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, Iustel n. 43, octubre 2016.

DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., “Capítulo cuadragésimo tercero. Los servicios de interés General en Europa: hacia la clarificación y determinación jurídica”, L., PAREJO ALFONSO, L., y VIDA FERNÁNDEZ, J., (Coords.), *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI: libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 1251 a 1280.

DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., “Municipios y servicios wifi; fomento europeo para la conectividad a internet en el ámbito local”, en CARBONELL PORRAS, E., y PIPERATA, G., *La reforma del governo locale in Spagna e Italia, La riforma*

del gobierno local en España e Italia, Presentación de COSCULLUELA MONTANER, L., y VANDELLI, L., Editoriale Scientifica, 2019, pp. 345 a 382.

DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., *Derecho e incertidumbre: disputas metodológicas de ayer y hoy*, Prólogo del profesor José ESTEVE PARDO, Iustel, 2020.

ESTEVE PARDO, J., “La apelación a la ciencia en el Gobierno y gestión de la crisis de la COVID-19”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Vol. 2, 2020, pp. 35 a 50.

ESTEVE PARDO, J., *El pensamiento antiparlamentario y la formación del Derecho público en Europa*, Marcial Pons, Madrid, 2ª edición 2020, pp. 167 a 190.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., “Unidad de mercado y libertades de empresa y circulación en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre”, *REDA*, n. 163, 2014, pp. 124.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., “Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”, *RAP*, n. 150, pp. 57 y ss.

FUERTES LÓPEZ, M., *Redes inalámbricas municipales. Nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

GUILLÉN CARAMÉS, J., “Las competencias de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia y las Autoridades autonómicas en la aplicación del Derecho de la competencia”, *Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto*, Vol. 63, n. 1, 2015, pp. 37 a 83.

JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., “Servicio público, interés general y monopolio: recientes aportaciones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (1993-1994)”, *REDA*, n. 84, octubre-diciembre 1994, pp. 592 y 593.

JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *España, Europa, Globalización: La modernización del Derecho. Estudios (2014-2019)*, Global Law Press, Allen & Overy, 2019.

LAGUNA DE PAZ, J. C., *Telecomunicaciones: regulación y mercado*, Pamplona, 2004.

LAGUNA DE PAZ, J. C., “Ayudas para redes de nueva generación: ¿impulso a servicios avanzados de comunicación electrónica o caballo de Troya en el sector?”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, n. 15, 2010, pp. 9 a 25.

LOBO RODRIGO, A., “La ordenación del territorio y el urbanismo como medio de organización de redes de telecomunicaciones. Especial atención a las inalámbricas” *REGAP*, n. 31, mayo-agosto de 2002, pp. 107 a 145.

LUCAS TOBAJAS, A. B., “La Ley 9/2014, de 9 de mayo, general de Telecomunicaciones: el último desafío”, *Revista General de Derecho Administrativo*, Iustel, n. 39, 2015.

MARTI DEL MORAL, A., “La jurisprudencia del Tribunal Supremo y las competencias de los entes locales relativas a la ordenación de las instalaciones de telecomunicaciones”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 115, 2002, pp. 405 a 431.

MARTI DEL MORAL, A., y DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., “La jurisprudencia constitucional sobre la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de telecomunicaciones, radio y televisión”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, vol. II, IAAP, pp. 537 a 563, 2003.

MARTI DEL MORAL, A., “La incidencia del Derecho comunitario en la formación de las autoridades reguladoras como administraciones independientes”, en REBOLLO PUIG, M., CARBONELL PORRAS, E. y LÓPEZ BENÍTEZ, M. (Coords.), *Régimen jurídico básico de las Administraciones Públicas. Libro Homenaje al Profesor Luis Cosculluela*, Iustel, 2015.

MARTI DEL MORAL, A., “La neutralidad política de los expertos en las autoridades reguladoras y la cooperación europea en el mercado interior del gas y de la electricidad”, en DARNACULLETA I GARDELLA, M. M., ESTEVE PARDO, J. y SPIECKER G. DÖHMANN, I. (Dirs.), *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Marcial Pons, 2015; *Nomos*, 2015, pp. 119 a 136, en el libro español”; pp. 132 a 154, en el libro alemán.

MUÑOZ MACHADO, S., *La regulación de la red, Poder y Derecho en Internet*, Madrid, 2001.

MUÑOZ MACHADO, S., “Sobre el restablecimiento legal de la unidad de mercado”, *REDA*, n. 163, 2014, pp. 11 y ss.

NIETO, A., *Testimonios de un jurista (1930-2017)*, Global Law Press, Editorial Derecho Global, INAP, 2017, pp. 137 y 138.

NÚÑEZ LOZANO, M. C., “Aproximación al régimen jurídico de las declaraciones responsables y comunicaciones”, *Noticias de la Unión Europea*, n. 317, 2011 (Ejemplar dedicado a: La Directiva de Servicios y su transposición al Derecho español), pp. 107 a 123.

NÚÑEZ LOZANO, M. C., “La transposición de la Directiva de Servicios en la ordenación del comercio en especial, la previsión de autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones”, en MUÑOZ MACHADO, S., (Dir.), *Derecho de la regulación económica*, Vol. 9, Tomo I, 2013 (Comercio interior, REBOLLO PUIG, M., (Dir.)), pp. 487 a 582.

PADRÓS I REIG, C., y MACÍAS CASTAÑO, J. M., “Los instrumentos administrativos de garantía de la unidad de mercado”, *RAP*, n. 194, 2014, pp. 113 y ss.

PAREJO ALFONSO, L., “Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n. 7, 2004, pp. 51 y ss.

PENSADO SEIJAS, A., “Regulación jurídica actual de las antenas de telefonía móvil: de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, a la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 39. Monográfico. Hacia un urbanismo sostenible en Castilla y León. Fundamentos jurídicos para un cambio de modelo, Coordinado por QUINTANA LÓPEZ, T., mayo 2016.

PÉREZ GONZÁLEZ, C., “El nuevo régimen de intervención administrativa en las Entidades locales de Galicia, tras la transposición de Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el Mercado Interior”, *Anuario da Facultade de Dereito de A Coruña*, n. 14, 2010, pp. 635 a 663.

PÉREZ, D., “Breve reseña sobre la Ley española 9/2014, General de Telecomunicaciones”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n. 14, 2015, pp. 259 a 277.

PONCE SOLÉ, J., “¿Mejores normas?: Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial”, *Revista de Administración Pública*, n. 180, septiembre-diciembre de 2009, pp. 217- a 218.

PUYOL MONTERO, J., “Algunas consideraciones sobre la Ley 9/2014, de Telecomunicaciones”, *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, n. 216, 2014, pp. 16 a 19.

QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ CASTILLO, T., “Corporaciones locales y defensa del interés general en la intervención en actividades y servicios”, *Anuario de Derecho Municipal*, n. 6, 2012, pp. 63 a 99.

RAZQUIN LIZARRAGA, M., “De la intervención administrativa previa al control a posteriori: la reforma del procedimiento administrativo común a consecuencia de la directiva de servicios”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 2, mayo 2010, pp. 127 a 128.

REBOLLO PUIG, M. “La libertad de empresa tras la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado”, *REDA*, n. 163, 2014, pp. 23 y ss.

REBOLLO PUIG, M., “El Estado Autonómico tras la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado y sus principios de necesidad y eficacia nacional”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 91, 2015, pp. 91 a 146.

RENDA, A., “WIFI4EU ¿un paso adelante, dos pasos atrás?”, *Temas para el debate*, n. 272 (julio), 2017 (Ejemplar dedicado a: El nuevo consenso europeo de desarrollo), pp. 45 a 46.

RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, B., “El ámbito de regulación de la normativa municipal en materia de telefonía móvil”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n. 242, Madrid, 2008, pp. 177 a 232.

RUIZ PIÑEIRO, F., “Nueva Ley de Garantía de la Unidad de Mercado”, *Escritura pública*, n. 86, 2014, pp. 42 a 43.

SOLA TEYSSIERE, J., “Unidad de mercado y supervisión administrativa de las actividades económicas”, *RAP*, n. 197, 2015, pp. 142 y ss.

SOSA WAGNER, F., *La gestión de los servicios públicos locales*, 5 edición, Madrid, 2002.

SOUVIRÓN MORENILLA, J. M., *La actividad de la Administración y el servicio público*, Granada, 1998.

TARRÉS, M., y DARNACULLETA, M. M., “Adelgazamiento y modernización administrativa. A propósito del Informe “Schlanker Staat””, en *Revista Autonomías*, n. 26, 2000, pp. 335 y ss.

TORNOS MAS, J., “La Ley 20/2013, de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. En particular el principio de eficacia”, *Revista d’Estudis Autonòmics i Federals*, n. 19, 2014, pp. 163 y ss.

VALERO TORRIJOS, J., “La prestación de servicios de la Sociedad de la Información por la Administración municipal. Especial referencia a los servicios de intermediación relacionados con Internet”, *Revista de estudios locales*, n. extra 1 (Ejemplar dedicado a: Las tecnologías de la Información y la Comunicación y las Entidades Locales. La Administración electrónica), 2004, pp. 19 a 28.

VALERO TORRIJOS, J., “El estatuto general de los prestadores de servicios de la sociedad de la información desde la perspectiva del control ejercido por las administraciones públicas”, en COTINO HUESO, L., (Coord.), *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, 2008, pp. 399 a 422.

ZRRINHO, C., “WIFI4EU una contribución a la unión digital progresista”, *Temas para el debate*, n. 270, 2017 (Ejemplar dedicado a: Retos energéticos para Europa y España), pp. 48 a 49

La nanomedicina. Marco normativo regulador y retos jurídicos

The nanomedicine. Regulatory framework and legal challenges

*Juan Alejandro Martínez Navarro*¹

Profesor Sustituto Interino

Universidad de Almería

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ASPECTOS GENERALES. UNA APROXIMACIÓN A LA NANOMEDICINA. 1. El desarrollo de la nanociencia. 2. Una aproximación al término «nanomedicina». 3. Clasificación. Las aplicaciones de la nanomedicina. A. La nanomedicina como sistema de diagnóstico. B. La nanomedicina para el suministro de fármacos. C. La nanomedicina regenerativa. III. GRUPO NORMATIVO REGULADOR APLICABLE A LA NANOMEDICINA. 1. La nanomedicina en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea. A. La regulación aplicable de los nanomateriales. B. La regulación aplicable a la nanomedicina. C. European Technology Platform Nanomedicine. 2. La nanomedicina en el ordenamiento jurídico español. IV. LOS RETOS JURÍDICOS QUE PLANTEA LA NANOMEDICINA. 1. El desarrollo de un grupo normativo regulador aplicable a la nanomedicina. A. La investigación como elemento esencial para una adecuada regulación. B. La necesidad de un consenso sobre el término «nanomaterial». 2. La nanomedicina: medicamento vs producto sanitario. A propósito del Reglamento (UE) 2017/745. 3. La ética aplicada a la nanociencia. V. A MODO DE CONCLUSIÓN. VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La nanotecnología ha llegado para cambiar nuestra sociedad. Su carácter multidisciplinar permitirá rediseñar áreas de estudio como la robótica, la biología y la medicina. En su aplicación con el ámbito de la salud, la nanociencia ha formado una nueva área de investigación, la nanomedicina, con posibilidades y utilidades que modificarán sustancialmente los mecanismos de diagnóstico y trata-

¹ Jmn055@ual.es

Recibido: 01/11/2020

Aceptado: 12/11/2020

miento asistencial: dando un nuevo impulso a la medicina personalizada; desarrollando numerosas herramientas de medicina regenerativa; aprovechando las nuevas propiedades que otorgan las nanopartículas; y un largo etcétera. No obstante, toda nueva tecnología plantea importantes retos. Desde las ciencias jurídicas se deberá afrontar el complejo desafío que supone regular una materia tan novedosa, compleja y amplia como es la nanociencia.

PALABRAS CLAVE: Nanotecnología. Nanomedicina. Ciencias Jurídicas. Ética. Salud.

ABSTRACT: Nanotechnology has come to change our society. Its multidisciplinary nature will allow the redesign of study areas such as robotics, biology and medicine. In its application to the health field, nanoscience has formed a new area of research, nanomedicine, with possibilities and utilities that will substantially modify the mechanisms of diagnosis and care treatment: giving a new impetus to personalized medicine; developing numerous regenerative medicine tools; taking advantage of the new properties that nanoparticles provide; And a long etcetera. However, any new technology poses significant challenges. From the legal sciences, the complex challenge of regulating such a novel, complex and broad subject as nanoscience must be faced.

KEY WORDS: Nanotechnology. Nanomedicine. Legal sciences. Ethics. Health.

I. INTRODUCCIÓN

La nanotecnología es identificada como uno de los principales avances científicos de nuestro tiempo. Su trascendencia se extiende a multitud de áreas y campos científico-técnicos, y entre todos destaca el ámbito de la salud.

Las importantes aplicaciones que está generando la nanotecnología se traducirán en importantes beneficios sanitarios y sociales. Al respecto, la tendencia que sigue la evolución de la población europea deriva en importantes retos para los sistemas sanitarios públicos. A corto plazo los sistemas sanitarios públicos europeos tendrán que afrontar el envejecimiento de la población, la medicalización de la sociedad, efectos provocados por los enormes cambios culturales y familiares, atención sanitaria a las personas que llegan de fuera, la dificultad de sostener financieramente el ritmo de la innovación tecnológica de la sanidad moderna, además de los retos que se presentan de forma cíclica derivados de las enfermedades que afectan a la seguridad mundial².

² PÉREZ GÁLVEZ, J. F., “La sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud”, en J. F. PÉREZ GÁLVEZ (dir.), *La sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud en el siglo XXI*, Comares, Granada, 2015, p. 27.

De modo que, la implementación de los avances de la nanotecnología en el ámbito médico y clínico servirá de inestimable ayuda para afrontar los importantes retos demográficos que se plantean en los países europeos. A largo plazo, permitirá hacer frente al problema del envejecimiento de la población, que está exigiendo una carga cada vez mayor en las redes de atención social y sanitaria.³ A modo de ejemplo, la nanomedicina tiene el potencial de permitir la detección temprana y la prevención, así como de mejorar drásticamente el diagnóstico, tratamiento y seguimiento de muchas enfermedades incluyendo el cáncer. Nos encontramos ante un instrumento clave para la medicina personalizada, específica y regenerativa mediante la entrega de nuevos fármacos, tratamientos y dispositivos implantables a médicos y pacientes, por los avances reales en la asistencia sanitaria⁴.

Si bien, las posibilidades que la nanotecnología puede aportar son difíciles de cuantificar. Se prevé que esta tecnología pueda dirigir a la medicina hacia un nuevo y revolucionario rumbo que permita al cuerpo humano repararse a sí mismo. De este modo, los biomateriales inteligentes aplicados en la terapia celular avanzada, permitirán que los propios mecanismos de auto reparación del cuerpo se pueden aprovechar para regenerar o reemplazar tejidos u órganos dañados. Los biomateriales nanoestructurados sirven para iniciar, estimular y dirigir el crecimiento de nuevo tejido en la forma requerida con la función correcta⁵. En la actualidad, existen

³ COMISIÓN EUROPEA, *Nanotechnology: the invisible giant tackling Europe's future challenges*, Publicaciones Oficina de la Unión Europea, Bélgica, 2013, p. 18. En la actualidad, una de cada cinco personas supera los 65 años de edad, una proporción que se espera que crezca a uno de cada cuatro en los próximos dos decenios. Las implicaciones son alarmantes: uno de cada tres personas es propensa a desarrollar cáncer, 1,7 millones de muertes relacionadas con el cáncer cada año sólo en Europa. La nanotecnología podría transformar el tratamiento del cáncer en un futuro, así como la de toda una serie de otras condiciones crónicas y debilitantes de la vejez, incluyendo enfermedades cardiovasculares, reumatoide y osteoartritis y enfermedades neurodegenerativas (Alzheimer y Parkinson). El objetivo es la mejora de los resultados de los pacientes, reduciendo a largo plazo los costes de atención social y sanitaria haciendo ésta más accesible.

⁴ COMISIÓN EUROPEA (2013: 20). Las técnicas como la resonancia magnética (RM), rayos X, tomografía computarizada (TC), y tomografía por emisión de positrones (PET) se utilizan habitualmente para seguir el progreso de la enfermedad y controlar los efectos del tratamiento. En la actualidad, las partículas magnéticas de gadolinio se están empleando como un agente de contraste para mejorar la calidad de la información recogida por resonancia magnética. Tomando este enfoque a nanoescala no sólo podría mejorar la resolución, potencialmente hasta el nivel de una sola célula, sino aportar otras ventajas.

⁵ COMISIÓN EUROPEA (2013: 21).

multitud de proyectos enfocados en la regeneración de tejidos cardíacos⁶, hueso y cartilago⁷ e incluso piel^{8,9}.

No obstante, el desarrollo de un nuevo campo tan prometedor como es la nanotecnología supone la aparición de importantes y complejos retos. Por ello, es conveniente valorar si las posibilidades que la nanomedicina podría ofrecer en el futuro son contrapeso suficiente frente a los posibles riesgos derivados de esta nueva tecnología. Así, es de suma importancia examinar por adelantado y con extremo cuidado y responsabilidad los posibles desafíos jurídicos que pueda plantear este campo.

II. ASPECTOS GENERALES. UNA APROXIMACIÓN A LA NANOMEDICINA

1. El desarrollo de la nanociencia

Hace más de una década que asistimos al enorme desarrollo de la nanociencia y la nanotecnología tanto en los países avanzados como en los emergentes¹⁰. No cabe duda de que nos encontramos ante toda una revolución científica presente en multitud de áreas¹¹.

La irrupción de la nanociencia y la nanotecnología y cómo éstas han emergido en la sociedad actual se debe a diversos factores: en primer lugar, al propio avance de la ciencia, que a lo largo de las últimas décadas ha logrado controlar la materia a escalas cada vez más pequeñas, pasando de lo micro a lo nano. En segun-

⁶ Al respecto el proyecto NANOCARD financiado por la UE: *Vide* www.mf.mpg.de/Nanocard/.

⁷ Al respecto el proyecto OPHIS y INNOVABON financiado por la UE: *Vide* www.innovabone.eu/.

⁸ Al respecto el proyecto ARTIVASC 3D financiado por la UE: *Vide* www.artivasc.eu/.

⁹ Al respecto el proyecto NANOBIO TOUCH financiado por la UE. Disponible en el siguiente enlace: <http://nanobiotouch.org/>. Una mejor comprensión del funcionamiento físico del cuerpo mediante moléculas a nanoescala, reúne a toda una serie de disciplinas de la ciencia cognitiva desde la ingeniería hasta la biología celular. Se espera el desarrollo de una nueva generación de dispositivos robóticos, que transformará la vida de las personas con discapacidad física o discapacidades visuales. El uso de sensores basados en el sistema de nanoelectromecánicos (NEMS) forma parte de un proyecto respaldado por la UE que se encuentra desarrollando un dedo robótico táctil. No sólo es posible que un sistema de este tipo pueda ayudar a las personas con discapacidad, sino que también podría ser utilizado para la exploración espacial, ambientes extremos o pruebas de productos.

¹⁰ SERENA, P. A.; CORREIA, A.; SÁENZ, J. J.; y PÉREZ, M., “Nanotechnology applications: a driving force for R&D investment”, en *Physica Status Solidi*, Vol. 204 (2007), pp. 1611-1622. CORREIA, A.; PÉREZ, M.; SÁENZ, J. J.; y SERENA, P. A., “Nanoscience and nanotechnology: driving research and applications”, *Physica Status Solidi*, Vol. 1 (2007), pp. 68-72.

¹¹ SERENA, P. A.; y CORREIA, A., “Nanotecnología: el motor de la próxima revolución tecnológica”, en *Apuntes de Ciencia y Tecnología*, núm. 9 (2003), pp. 32-42.

do lugar, la nanotecnología supone ir un paso más allá en la revolución electrónica actual generando nuevos paradigmas científico-tecnológicos. En tercer lugar, es la consecuencia de mecanismos de producción cada vez más competitivos que permiten a las potencias actuales competir con los países emergentes. Finalmente, se espera que la nanotecnología permita producir nuevos materiales capaces de mejorar a los ya existentes y aportar mejoras a los modelos de financiación, estableciendo modelos económicos más sostenibles y respetuosos con el medioambiente.

Podemos situar el origen de la nanotecnología en el discurso titulado «Hay mucho lugar al fondo» (There is plenty of room at the bottom), pronunciado por el físico y ganador del Premio Nobel Richard Feynman en el año 1959¹². En su discurso, Feynman expuso la posibilidad de fabricar materiales «átomo por átomo», manipulando la materia a una escala atómica y molecular. Decía Feynman en su discurso: «los principios de la física, tal como yo los veo, no niegan la posibilidad de manipular las cosas átomo por átomo. Al no violar ninguna ley, no hay motivo para que no pueda hacerse [...] En el mundo de lo muy, muy pequeño, muchas cosas nuevas podrán suceder, porque los átomos se comportan de manera distinta a como lo hacen los objetos a mayor escala, pues deben satisfacer las leyes de la mecánica cuántica [...] A nivel atómico, aparecen nuevos tipos de fuerza, nuevas posibilidades, nuevos efectos»¹³. Sin embargo, el término «nanotecnología» fue usado por primera vez por Norio Taniguchi, ingeniero y también ganador del Premio Nobel en 1974¹⁴.

El inicio de la apuesta inversora se originó en los EE.UU. en 1996 cuando varias agencias federales lanzaron la Iniciativa Nacional en Nanotecnología (NNI, National Nanotechnology Initiative)¹⁵. En lo referente a la Unión Europea, podemos

¹² Vide «Plenty of Room at the Bottom», (2001), <http://www.its.caltech.edu/~feynman/plenty.html>.

¹³ ODDONE, N.; ZAMBRANA, A.; BERVEJILLO, V.; ALBERRO, A.; y otros, «De la nanobio-moléculas a la nanobiología y nanomedicina», en *Revista Interdisciplinaria en Nanociencias y Nanotecnología*, Vol. 6, núm. 10 (2013), p. 46.

¹⁴ MEJIAS SÁNCHEZ, Y.; CABRERA CRUZ, N.; TOLEDO FERNÁNDEZ, A. M.; y DUANY MACHADO, O. J., «La nanotecnología y sus posibilidades de aplicación en el campo científico-tecnológico», en *Revista Cubana de Salud Pública*, Vol. 35, núm. 3 (2009), p. 3.

¹⁵ En la actualidad, Estados Unidos destaca como la principal potencia mundial en el desarrollo y tratamiento de la nanotecnología y sus derivados. La Food and Drug Administration (FDA) es la responsable de «proteger la salud pública mediante la regulación de los medicamentos de uso humano y veterinario, vacunas y otros productos biológicos, dispositivos médicos, el abastecimiento de alimentos en nuestro país, los cosméticos, los suplementos dietéticos y los productos que emiten radiaciones; favorecer la salud pública mediante el fomento de las innovaciones de productos; proveer al público la información necesaria, exacta, con base científica, que le permita utilizar medicamentos y alimentos para mejorar su salud». En cuanto a su organización, la FDA se estructura en varios centros que se especializan en la regulación de determinados tipos de productos. Los que tienen más probabilidades de estar involucrados en la regulación de los productos de la nanomedicina son: el «Centro para la Evaluación e Investigación de Medicamentos» (CDER), el «Centro de Productos Biológicos de Evaluación e Investigación» (CBER), y el «Centro para Dispositivos y

situar el inicio de la inversión en el VI y VII Programas Marco, a partir de los cuales se adoptaron importantes iniciativas. Entre estas iniciativas cabe destacar la creación de un área temática específica denominada «Nanociencias, Nanotecnologías, Materiales y Nuevas Técnicas de Producción» (NMP)¹⁶, la creación de Plataformas Tecnológicas como la de Nanoelectrónica (ENIAC) o la de Nanomedicina (NanoMED), así como la asignación de recursos (destinados a la nanotecnología) en otras áreas como el Transporte, la Energía, la Salud, etc¹⁷.

En la actualidad, tras muchos años de inversión en este sector, nos encontramos aun en una etapa muy primaria de desarrollo atendiendo a las posibilidades que ofrece y al desarrollo que puede alcanzar. Siguiendo a Sancén Contreras, podemos dividir el proceso de desarrollo de la nanotecnología en 4 etapas¹⁸: una primera etapa desde los inicios de esta tecnología hasta aproximadamente el año 2000 donde se desarrolla una primera generación de productos que consisten en nanoestructuras pasivas (nanoestructuras dispersas y de contacto, como aerosoles, coloides, etc.). La segunda etapa que se prolonga hasta 2005 se caracteriza por el desarrollo de nanoestructuras activas (durante esta etapa destaca el desarrollo de estructuras bioactivas con efectos sobre la salud, es decir, medicamentos o dispositivos médicos). La tercera etapa hasta el año 2010 se ha caracterizado por el desarrollo de sistemas de nanosistemas, como nuevas arquitecturas jerárquicas, robótica y biosistemas evolutivos. Finalmente, la cuarta etapa se está desarrollando en la actualidad, se espera el desarrollo de nanosistemas moleculares, nanosistemas de diseño atómico y otras funciones emergentes¹⁹.

Salud Radiológica» (CDRH). A los efectos de la regulación, la FDA clasifica los productos médicos, ya sea como medicamentos, dispositivos, productos biológicos, o su combinación productos. En 2011, la FDA dio un nuevo impulso a su política en materia de nanotecnología publicando unas directrices para ayudar a la industria y los desarrolladores a identificar la seguridad, eficacia o problemas de salud que podrían surgir del uso de determinados nanomateriales.

¹⁶ Página oficial disponible en el siguiente enlace: *Vide* <http://www.cordis.lu/nmp/home.html>.

¹⁷ MORENO GONZÁLEZ, J. y VALENZUELA JUAN, R., “Nanotecnología aplicada a la salud”, en *Revista I+D*, núm. 79 (2010), p. 7. Los Estados miembros también han aportado una importante inversión durante la última década. Investigadores europeos se han asociado con sus similares de los Balcanes occidentales, norte de África y Latinoamérica para fortalecer la cooperación en los campos de la informática biomédica, las tecnologías de malla (grid) y la nanoinformática. Este trabajo se llevó a cabo a través de ACTION-Grid (ACCION-Malla), un proyecto con un presupuesto cercano al millón de euros, financiado por la Unión Europea dentro del VII Programa Marco.

¹⁸ SANCÉN CONTRERAS, F., “Nanoética y nanomedicina. Apuntes para una nueva ética de la medicina”, en *Revista Interdisciplinaria en Nanociencia y Nanotecnología*, Vol. 3, núm. 1 (2010), p. 80.

¹⁹ POOLE, C. P. y OWENS, F. J., “Introduction to the Nanotechnology”, en *Wiley-VCH*, Weinheim, (2003), p. 20. Por otro lado, Poole y Owens identifican dos fases en la evolución de la nanotecnología. Una primera fase denominada «top-down» (de arriba-abajo), mediante la cual se busca lo pequeño a partir de lo grande, es decir, a partir de elementos complejos se obtienen nanopartículas o moléculas con diferentes usos o aplicaciones. Esta fase está plenamente integrada en nuestra sociedad, sobre todo en sectores

2. Una aproximación al término «nanomedicina»

Según el Instituto Nacional de Tecnología Industrial (INTI)²⁰, «la nanotecnología puede definirse como la ingeniería de la materia a escalas de menos de 100 nm con el propósito de obtener propiedades y funciones dependientes del tamaño»²¹. La nanotecnología engloba todas aquellas técnicas y ciencias dedicadas al estudio, diseño, creación, síntesis, control, manipulación y aplicación de materiales, aparatos y sistemas funcionales a una nanoescala, es decir a una millonésima parte de un milímetro (10^{-9} metros) y por tanto permiten trabajar y manipular de forma individual átomos y moléculas. No obstante, lo más interesante de la nanotecnología no es la posibilidad de trabajar con materiales de reducidas dimensiones, «sino el cambio a menudo radical que sufren las propiedades físicas y químicas de la materia cuando se trabaja a esta escala: la conductividad eléctrica, el color, la resistencia o la elasticidad, entre otras propiedades, se comportan de manera diferente a como lo hace el material volumétrico»²².

De la unión de la nanotecnología y la salud ha surgido toda un área de investigación denominada «nanomedicina»²³, cuyo objeto principal es desarrollar herra-

como la industria farmacéutica. La segunda fase se denomina «bottom-up» (de abajo-arriba), mediante la cual se busca crear elementos complejos a partir de elementos funcionales o atómicos. Es la gran revolución que ofrece la nanotecnología y supone el dominio absoluto de la nanociencia. No obstante, se estima que la segunda fase no se alcanzará hasta dentro de un par de décadas. De este modo, en muchos sentidos la nanociencia es más un conjunto de expectativas o posibilidades que de realidades funcionales, lo que dificulta enormemente su delimitación.

²⁰ En este sentido, la National Nanotechnology Initiative (NNI) define la nanotecnología como el área encargada del estudio, diseño, caracterización, síntesis y aplicación de materiales y sistemas, cuyas estructuras y componentes exhiben nuevas y mejoradas propiedades físicas, químicas o biológicas debido a su tamaño nanométrico. CHAN, J. M.; VALENCIA, P. M.; ZHANG, L.; LANGER, R.; y FAROKHZAD, O. C., “Polymeric nanoparticles for drug delivery”, en *Methods in Molecular Biology*, núm. 624 (2010), pp. 163-175. ALCALÁ-ALCALÁ, S. y QUINTANAR-GUERRERO, D., “La terapia a nanoescala: ensamblaje de estructuras liberadoras de fármacos”, en *Revista Interdisciplinaria en Nanociencias y Nanotecnología*, Vol. 7, núm. 12 (2014), p. 33.

²¹ ODDONE, N.; ZAMBRANA, A.; BERVEJILLO, V.; ALBERRO, A.; y otros, “De la nanobiología a la nanobiología y nanomedicina”, en *Revista Interdisciplinaria en Nanociencias y Nanotecnología*, Vol. 6, núm. 10 (2013), p. 46: «El prefijo “nano” significa la mil millonésima parte de algo. En el caso de un nanómetro, significa la mil millonésima parte de un metro, es decir 10⁻⁹m. Dado que muchas de las propiedades físicas y químicas de la materia se modifican en tamaños comprendidos entre 0.1 y 100 nanómetros, éste sería el mundo “nano” estrictamente hablando».

²² LECHUGA, L. M., “Nanomedicina: ampliación de la nanotecnología en la salud”, en *Curso de Biotecnología aplicada a la salud humana*, Grupo de nanobiosensores y aplicaciones bioanalíticas, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2010, p. 98.

²³ ECHEVERRÍA-CASTILLO, E., “Retos de este siglo: nanotecnología y salud”, en *Revista Cubana Hematología, Inmunología y Hemoterapia*, núm. 29 (2013), p. 6: «Resulta complicado entender cómo se pueden relacionar estos dos campos si no se tiene una noción de lo que es el mundo nano. Nano (deriva del griego *nanno* que significa pequeño); no es más que un prefijo que indica una unidad de medida (por

mientas para diagnosticar, prevenir y tratar enfermedades cuando están todavía en estados poco avanzados o en el inicio de su desarrollo.

Así, la nanomedicina es una rama de la nanotecnología con aplicaciones directas en medicina, que está permitiendo el abordaje de las enfermedades desde el interior del organismo a un nivel celular o molecular²⁴. Según la *European Technology Platform Nanomedicine* (ETPN), la nanomedicina «es la aplicación de la nanotecnología para lograr la innovación en la asistencia sanitaria. Utiliza las propiedades desarrolladas por un material en su escala nanométrica que a menudo difieren en términos de la física, la química o la biología del mismo material en una escala más grande»²⁵. Para ello se apoya en dispositivos, sistemas y tecnologías que incluyen nanoestructuras capaces de interactuar a escala molecular.

De un modo similar, desde la doctrina se define la nanomedicina «como uno de los campos de las nanobiotecnologías con aplicaciones directas en medicina, se puede definir como la ciencia y la tecnología utilizada en el diseño y evaluación de sistemas complejos, a escala nanométrica, formados por al menos dos componentes, uno de los cuales es el principio activo o molécula biológicamente activa y, el segundo, es el propio sistema que permite una función especial relacionada con el diagnóstico, tratamiento, o prevención de una enfermedad»²⁶.

En definitiva, la nanomedicina es una rama científico-técnica multidisciplinar, que en el ámbito de la salud y junto a las Tecnologías de la Información y la Comunicación supone una aplicación más de la salud electrónica, con posibilidades aun incalculables. Establecer cualquier concreción respecto de la nanotecnología es una tarea compleja, más aún delimitar su naturaleza jurídica. Como principales causas de este motivo destacan la juventud de la nanociencia y su carácter transversal. Si atendemos a las posibilidades que puede aportar la nanotecnología, y a las expectativas creadas, no cabe duda de que se encuentra aún en una fase de crecimiento muy temprana, como dicen algunos expertos, «está en la prehistoria

ejemplo: 1 nanómetro, 10-9 m), aunque en términos de nanociencia y nanotecnología abarca todo aquello que se encuentre desde la escala microscópica hasta la escala nanométrica (10-6 10-9 m); o dicho de otra manera, desde la escala molecular hasta la escala atómica.⁸ En principio, la nanociencia se dedica al estudio de las propiedades de los objetos y fenómenos a escala nanométrica y a su vez la nanotecnología se ocupa de la manipulación “controlada” y la producción de objetos materiales, instrumentos, estructuras y sistemas a dicha escala.⁹ Esta es precisamente la escala donde comienza la vida».

²⁴ CUADROS CELORRIO, M.; LLANOS MÉNDEZ, A.; y VILLEGAS PORTERO, R., *Nanotecnología en Medicina. Informe de síntesis de tecnología emergente*, Agencia de Evaluación de Tecnologías Sanitarias de Andalucía, Sevilla, 2010, p. 20.

²⁵ Vide ETPN, “The potential of nanomedicine: Why is small different”, <http://www.etp-nanomedicine.eu/public/about-nanomedicine/what-is-nanomedicine>.

²⁶ IRACHE, J. M., “Nanomedicina: nanopartículas con aplicaciones médicas”, en *Anales del Sistema Sanitario en Navarra*, Vol. 31, núm. 1 (2008), p. 7.

desde el punto de vista de su desarrollo»²⁷. Supone todo un cambio de paradigma en cuanto a la fabricación y elaboración de bienes y toda una revolución en la búsqueda de elementos funcionales atómicos y moleculares.

3. Clasificación. Las aplicaciones de la nanomedicina

«Desde el origen de la revolución industrial, periódicamente (aproximadamente cada 20 años) se ha producido algún avance de enorme importancia en ciencia básica; a continuación, este avance se utilizaba en diferentes aplicaciones, generando nuevas tecnologías y posibilidades, así como riqueza; finalmente, las nuevas tecnologías entraban en una fase de rendimiento decreciente, se convertían en poco rentables (hasta ahora esta última fase coincidía con un nuevo desarrollo). Actualmente nos encontramos en un periodo fascinante, que se caracteriza por la capacidad de controlar la materia en escala atómica. Hoy día sólo vemos las primeras olas del “tsunami” de la nanotecnología: cada vez más productos la contienen. Sin embargo, a lo largo del siglo XXI todo a nuestro alrededor (la ropa, nuestra casa, nuestro coche [...]) va a contener elementos de nanotecnología»²⁸.

De este modo, a pesar de su corta vida, a través de la nanotecnología se han ramificado importantes áreas de actuación, lo que permite establecer una clasificación de la nanociencia según el área de aplicación, a saber: nanomedicina, nanobiolo-

²⁷ CORREIA, A. y SERENA, P. A., “Introducción”, en A. CORREIA (coord.), *Nanociencia y Nanotecnología en España. Un análisis de la situación presente y de las perspectivas de futuro*, Phantoms foundation, España, 2011, p. 11.

²⁸ MIRANDA SORIANO, R., “El tsunami de la nanotecnología”, resumen ejecutivo de la sesión impartida el 11 de marzo, Madrid, 2015, p. 2.

gía²⁹, nanoelectrónica³⁰, nanoquímica³¹, nanóptica³², nanofotónica³³, nanomateriales³⁴, sondas SPM, energía, nanotubos de carbono³⁵, simulación y modelado, nanoin-

²⁹ SAMITIER, J., “Nanobiología y Nanomedicina”, en A. CORREIA (coord.), *Nanociencia y Nanotecnología en España. Un análisis de la situación presente y de las perspectivas de futuro*, Phantoms foundation, España, 2011, p. 63: «La nanobiotecnología o aplicaciones de la nanotecnología a los sistemas biológicos tiene su área de aportación en medicina mediante nuevos sistemas de diagnóstico tanto a nivel molecular como por técnicas de imagen, nuevas terapias más selectivas y eficientes y como soporte tecnológico a la medicina regenerativa. Así mismo, parte de estos descubrimientos tendrá también influencia en la industria agrícola y de la alimentación».

³⁰ ECHANDI PACHECO, R., “Nanoelectrónica: la nueva era de la miniaturización y la física cuántica”, en *Revista Rhombus*, Vol. 2, núm. 5 (2006), p. 2: «La nanoelectrónica se refiere a la tecnología de diseño, fabricación y aplicación de dispositivos en una escala de nanómetros, o sea, un billón de metro (10-9 m), aproximadamente los diámetros juntos de diez átomos. Con esta nueva especialidad, se puede reducir substancialmente el tamaño de los circuitos integrados e incrementar la velocidad de procesamiento de las computadoras, lo que abre un mundo de nuevas aplicaciones y posibilidades».

³¹ AGUAYO GONZÁLEZ, F.; ZARZUELA ROLDÁN, E.; y LAMA RUIZ, J. R., “Nanotecnología y nanoquímica”, en *Sevilla Técnica*, núm. 36 (2011), p. 35: «Bajo el término de Nanoquímica se engloban todas aquellas actividades de la Nanociencia y la Nanotecnología que poseen en común la utilización de las aproximaciones y las herramientas tradicionales de la Química para crear, desarrollar y estudiar objetos que presenten propiedades útiles debido a sus dimensiones nanoscópicas».

³² LOZANO, A., “El nanomagnetismo y la nanóptica centrarán parte de la labor de nanoGUNE”, en *Diario Tecnología Vasca*, 11 de junio de 2011, p. 27. La nanóptica «focaliza su actividad en torno al desarrollo de un nuevo tipo de microscopía óptica para la visualización de nanoestructuras [...] ante la incapacidad de la microscopía óptica tradicional para resolver estructuras inferiores a unos centenares de nanómetros».

³³ DE LA ROSA CRUZ, E., “Nanofotónica: luz + nanopartículas”, en *Ide@s CONCYTEG*, 24, núm. 2 (2007), p. 414: «La nanofotónica es la fusión de la nanotecnología y la fotónica. Es un campo multidisciplinario que estudia las propiedades ópticas de los sistemas nanoestructurados y la interacción luz-materia a nivel nanoscópico».

³⁴ ZEA, R., “Nanomaterials: health effects and legislation”, en *Ingeniería e investigación*, Vol. 32, núm. 1 (2012), p. 36. La International Organization for Standardization (ISO) define los nanomateriales como aquellos materiales con dimensiones a nanoescala (desde 1 a 100 nm).

³⁵ CASTELL, P., “Nanotubos de carbono”, en A. CORREIA (coord.), *Nanociencia y Nanotecnología en España. Un análisis de la situación presente y de las perspectivas de futuro*, Phantoms foundation, España, 2011, p. 139: «Los nanotubos de carbono (NTC) son objetos nanométricos fundamentales descubiertos en 1991 por Sumio Iijima. Debido a su estructura cilíndrica singular (diámetros de unos nanómetros, longitudes de unos micrómetros y diferentes tipos de quiralidad) y a su composición (únicamente formados por átomos de carbono)».

formática³⁶ y nanometrología³⁷. Esta cualidad, por supuesto, no puede entenderse como un aspecto negativo, sino todo lo contrario. Al igual que las Tecnologías de la Información y la Comunicación, la nanotecnología ha venido para cambiar nuestra sociedad en todos los ámbitos³⁸.

Los campos más afectados por la nanotecnología son la industria, la medicina, seguridad, defensa, producción, almacenamiento de energía, medioambiente, transporte, comunicaciones, electrónica, educación y ocio³⁹.

En lo que respecta exclusivamente a la nanomedicina, podemos concentrar su extensión en tres grandes áreas atendiendo a sus posibilidades y aplicación: sistemas de diagnóstico; liberación de fármacos; y medicina regenerativa⁴⁰.

A. La nanomedicina como sistema de diagnóstico

La nanotecnología destinada al diagnóstico de enfermedades, el nanodiagnóstico, facilita la identificación de enfermedades o la predisposición a las mismas a escala celular o molecular mediante la utilización de nanodispositivos. Con anterioridad al desarrollo del nanodiagnóstico, las limitaciones de la tecnología (aún persistentes) únicamente permitían el diagnóstico cuando la enfermedad se encontraba en un estado demasiado avanzado. Por lo que la inclusión de la nanotecnología para el diagnóstico de enfermedades tiene un objetivo claro, que la identificación se pueda realizar en un desarrollo más temprano de la enfermedad⁴¹.

³⁶ MORENO GONZÁLEZ, J. y VALENZUELA JUAN, R., “Nanotecnología aplicada a la salud”, en *Revista I+D*, núm. 79 (2010), pp. 7-8: «La nanoinformática representa la disciplina resultante de la aplicación de la informática al campo de la nanotecnología [...]. En un futuro no muy lejano, los PCs estarán compuestos, en lugar de transistores, por otros componentes como las moléculas, neuronas, bacterias u otros métodos de transmisión de información. Entre estos proyectos se encuentra el futuro ordenador “químico”, desarrollado por científicos de Hewlett-Packard y de la Universidad de California (Los Ángeles). Los circuitos de este nuevo modelo son moléculas, lo que supone transistores con un tamaño millones de veces más pequeños que los actuales».

³⁷ PRIETO E., “Nanometrología”, en A. CORREIA (coord.), *Nanociencia y Nanotecnología en España. Un análisis de la situación presente y de las perspectivas de futuro*, Phantoms foundation, España, 2011, p. 113: «La nanometrología, ciencia de la medida aplicada a la nanoescala (< 100 nm) juega pues un papel esencial en la producción de nanomateriales y dispositivos nanométricos, al permitir determinar no sólo dimensiones críticas, con incertidumbres inferiores al nanómetro, sino fuerzas, masas, propiedades ópticas, eléctricas y magnéticas, etc.».

³⁸ ROCO, M. y BRAINBRIDGE, W. S., “Societal Implications of Nanoscience and Nanotechnology”, en *Kluwer Press*, (2001), <http://www.wtec.org/loyola/nano/NSET.Societal.Implications>.

³⁹ CORREIA, A. y SERENA, P. A. (2011: 12).

⁴⁰ MUÑOZ PÉREZ, D. y BERNAL LLUCH, R. M^a., “Análisis del impacto de la nanomedicina: consideraciones jurídicas”, en *Aletheia, Cuadernos Críticos del Derecho*, núm. 2 (2018), pp. 7 y ss.

⁴¹ GONZÁLEZ, J. M.; LÓPEZ, M.; y RUÍZ, G., *Informe de vigilancia tecnológica. Nanomedicina (vt 5)*, en J. DE LA SOTA RIUS (coord.), CEIM y Dirección General de Universidades e Investigación, Madrid, 2006, p. 17.

Las técnicas analíticas empleadas para el diagnóstico son dos: el diagnóstico *in vitro* y el diagnóstico *in vivo*. Los diagnósticos *in vitro* se realizan principalmente mediante nanobiosensores, que son dispositivos capaces de detectar en tiempo real, sin necesidad de marcadores fluorescentes, todo tipo de sustancias químicas y biológicas⁴². Además de los biosensores, se están empleando otros dispositivos de diagnóstico como los biochips o microarray de ADN⁴³ y microarrays de proteínas⁴⁴.

El nanodiagnóstico *in vivo* se aplica, principalmente, en el diagnóstico por imagen que permita alcanzar el nivel molecular⁴⁵. Estos sistemas se basan en el uso de nanopartículas, generalmente, semiconductoras, metálicas o magnéticas, como agentes de contraste para marcaje *in vivo*. Permiten aumentar la sensibilidad y dan mayor contraste en las técnicas de imagen⁴⁶. A este desarrollo se une el de los métodos de análisis de imágenes por ordenador, como las reconstrucciones bidimensionales y tridimensionales⁴⁷.

B. La nanomedicina para el suministro de fármacos

La nanotecnología aplicada al suministro de fármacos no se centra en el medicamento en cuestión, sino en el «vehículo» o soporte que permite que dichas moléculas (las que componen el fármaco) lleguen a su destino. La idea consiste en utilizar nanoestructuras que transporten el fármaco hasta una zona concreta y, una vez reconocida la zona, lo liberen. El uso de la nanotecnología para el suministro de fármacos se denomina «nanosistemas terapéuticos»

⁴² Dependiendo de su sensibilidad para identificar unas u otras sustancias los biosensores se pueden clasificar, entre otros: biosensores nanofotónicos, biosensores nanoplasmonicos, o biosensores nanomecánicos. Estos nanobiosensores son tan útiles por su sensibilidad y selectividad. Además, permiten realizar análisis de sustancias en tiempo real y forma directa, a diferencia de cualquier análisis biológico o clínico que siempre requiere un marcador (ya sea fluorescente o radioactivo).

⁴³ LÓPEZ, M., *Aplicaciones de los Microarrays y Biochips en la Salud Humana*, Genoma España/CIBT-GUAM, p. 200: «Una serie de oligonucleótidos o fragmentos de ADN anclados a un soporte con una alta densidad espacial de fragmentos para permitir el análisis simultáneo de miles de genes. Las principales aplicaciones de los *microarrays* de ADN en salud humana son el seguimiento de la expresión génica, la búsqueda de compuestos activos, la medicina personalizada y la predicción de enfermedades».

⁴⁴ BERTONE, P. y SNYDER, M., «Advances in functional protein microarray technology», en *FEBS JOURNAL*, 272, núm. 21 (2005), pp. 5300-5411. Esta tecnología tiene un gran potencial para la investigación básica en biología molecular, la búsqueda de dianas terapéuticas y la identificación de marcadores de enfermedad.

⁴⁵ SAMITIER, J., «Nanomedicina: nanotecnologías aplicadas a la salud», en *Dossier Científico SEBBM*, núm. 168 (2011), pp. 4-5: «La *imagen molecular* se define como la medida, caracterización y diagnóstico de procesos biológicos celulares o moleculares *in vivo*, a través de imágenes generadas mediante la utilización conjunta de nuevos agentes moleculares y técnicas de imagen médica tradicionales».

⁴⁶ LECHUGA, L. M. (2010: 101).

⁴⁷ GONZÁLEZ, J. M.; LÓPEZ, M.; y RUÍZ, G. (2006: 20).

A partir de la nanotecnología se han desarrollado los nuevos sistemas de liberación de fármacos (*Drug Delivery Systems*), que permiten que dispongamos de tratamientos más selectivos y potentes. Para la liberación de los fármacos se han propuesto una gran variedad de nanoestructuras, como nanopartículas, nanocápsulas, dendrímeros, liposomas, micelas, nanotubos, conjugados poliméricos, microgeles, etc⁴⁸. Todas estas nanoestructuras son denominadas nanomateriales inteligentes⁴⁹.

Las ventajas que ofrecen los nanosistemas terapéuticos son unos fármacos más selectivos y eficaces y, por lo tanto, menos tóxicos. La administración del fármaco es mucho más sencilla, puesto que pueden ser administrados por vías más cómodas para el paciente, evitando intervenciones más dolorosas o invasivas. La principal característica de los nanomedicamentos es su complejidad. En efecto, los nanomedicamentos pueden liberar moléculas terapéuticas directamente traspasando las barreras biológicas, y al mismo tiempo su coraza protectora puede incluir reactivos como anticuerpos que alcancen objetivos específicos⁵⁰. En la actualidad y tras años de fase experimental ya se encuentran disponibles en el mercado numerosos fármacos desarrollados basados en principios de la nanotecnología⁵¹.

C. La nanomedicina regenerativa

La medicina regenerativa, en uso con la nanotecnología, es un área emergente muy prometedora que busca la reparación de tejidos y órganos mediante la aplicación de terapia génica, terapia celular, dosificación de sustancias biorregenerativas e ingeniería tisular⁵². Lo que la nanotecnología aporta es la producción de nuevos materiales y sistemas de soporte, la utilización de células madre embrionarias y adultas y la producción de moléculas bioactivas que sirvan como señales de diferenciación celular⁵³.

En la ingeniería de tejidos, la nanotecnología puede jugar un papel predominante al facilitar nuevos materiales y técnicas que permiten una integración de los

⁴⁸ LECHUGA, L. M. (2010: 108-109).

⁴⁹ Para más información sobre los nanomateriales inteligentes. LOERA SERNA, S.; RUIZ ÁNGELES, J.; FLORES MORENO, J.; y SOTO PORTAS, L.; “Protegiendo fármacos con nanomateriales inteligentes”, en *Revista Interdisciplinaria en Nanociencia y Nanotecnología*, Vol. 5, núm. 1 (2012), pp. 62-65.

⁵⁰ TOMÁS QUIRINO, C. y SANCÉN CONTRERAS, F., “Ubicación de riesgos en el trabajo a nanoescala. Una visión desde la ética”, en *Revista Interdisciplinaria de Nanociencia y Nanotecnología*, Vol. 4, núm. 1 (2011), p. 63.

⁵¹ FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. (dir.) y otros, *Grafeno e innovación tecnológica. Aspectos jurídicos*, Editorial Ratio Legis, España, 2017.

⁵² SAMITIER, J. (2011: 5). La ingeniería tisular combina la utilización de células vivas y biomateriales que actúan como andamiaje en la reconstrucción de tejidos realizando las funciones de la matriz extracelular.

⁵³ SAMITIER, J. (2011: 5).

tejidos de forma más eficiente por la posibilidad de generar microambientes más propicios para la regeneración tisular. La principal dificultad radica en encontrar materiales adecuados que permitan la fabricación de estructuras que mantengan activo el órgano afectado mientras se regenera la zona dañada. Entre los materiales que se están utilizando cabe destacar los nanotubos de carbono, las nanopartículas como hidroxapatita o zirconia, las nanofibras de polímeros biodegradables y los nanocomposites⁵⁴.

III. GRUPO NORMATIVO REGULADOR APLICABLE A LA NANO-MEDICINA

1. La nanomedicina en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea

Ha pasado más de una década desde que la UE comenzará a adoptar medidas sobre nanociencia y nanotecnología. El 12 de mayo del 2004, la Comisión adoptó la Comunicación titulada «Hacia una estrategia europea para las nanotecnologías»⁵⁵, en la que, a tenor de la imparable marcha de la nanotecnología, se proponía una estrategia que fomentase un desarrollo seguro y responsable. La UE era consciente de la importancia de esta tecnología y con esta Comunicación pretendía promover su liderazgo en la I+D de este sector⁵⁶.

La idea de focalizar esfuerzos en nanotecnología y de hacerlo, además, bajo un desarrollo responsable fue acogida favorablemente por el Consejo de Competitividad. Esto queda reflejado en las Conclusiones el 24 de septiembre de 2004, donde se insta a la Comisión a elaborar un plan de acción para la nanotecnología. El Comité Económico y Social Europeo emitió un dictamen respaldando igualmente la estrategia propuesto por la Comisión⁵⁷.

⁵⁴ SAMITIER, J. (2011: 5).

⁵⁵ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN, *Hacia una estrategia europea para las nanotecnologías*, Bruselas, 2004.

⁵⁶ GARCÍA MARTÍNEZ, J., “Nanotecnología: un sector estratégico en innovación y creación de valor”, en *Economía Exterior*, núm. 44 (2008), p. 1: «En este informe se detalla que los países punteros en desarrollo nanotecnológico dedican en torno a seis euros por persona y año; la media europea se sitúa tan sólo en tres. En el vagón de cola se encuentra España con sólo cuatro céntimos de euro. Es evidente que, con estas grandes diferencias, que se muestran con crudeza en el gráfico 1, no es posible competir en condiciones favorables, a pesar de la dedicación y talento de los científicos españoles».

⁵⁷ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo. Nanociencias y nanotecnologías: Un plan de acción para Europa 2005-2009*, Bruselas, 2005, p. 3.

El siguiente paso fue someter la propuesta de la Comisión a consulta pública el 15 de octubre de 2004, donde todas las partes interesadas fueron invitadas a presentar las observaciones pertinentes. Las conclusiones de dicha consulta han sido expuestas y descritas a través de un informe⁵⁸.

Junto con estas medidas, la Comisión finaliza dando protagonismo a la seguridad y la responsabilidad del desarrollo. Invita a los inversores y profesionales a integrar una dimensión social en sus proyectos, para que los resultados puedan ser aplicables a las expectativas y preocupaciones de la población. Finalmente, cede protagonismo a la necesidad de un desarrollo que proteja la salud pública, la seguridad de los trabajadores y consumidores y el medio ambiente⁵⁹.

2. La regulación aplicable de los nanomateriales

Primeramente, conviene destacar que no existe regulación específica sobre los nanomateriales. La UE ha optado, de momento, por ajustar y encajar este sector dentro del marco jurídico existente. Esto supone un doble reto: en primer lugar, se debe conseguir adecuar los nanoproductos en el esquema actual de regulación; en segundo lugar, se debe mantener un nivel de control elevado, lo que obliga a que aquellos que toman decisiones de control y regulación deben de tener un conocimiento técnico y científico al nivel de los que desarrollan estos productos⁶⁰.

Se ha considerado que los nanomateriales se ajustan a la definición de sustancia regulada en el Reglamento (CE) nº 1907/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de diciembre de 2006, relativo al registro, la evaluación, la autorización y la restricción de las sustancias y preparados químicos (REACH); y el Reglamento (CE)

⁵⁸ Informe del Nanoforum de diciembre de 2004: <http://www.nanoforum.org>. En consecuencia, el 7 de junio de 2005 la Comisión publica la Comunicación «Nanociencias y nanotecnologías: Un plan de acción para Europa 2005-2009». En ella y siguiendo una línea similar a la establecida en la propuesta previa, nuevamente recomienda a los Estados miembros aumentar la inversión en I+D, así como en infraestructuras adecuadas. Prioriza la formación de todo tipo de profesionales en el sector de la nanociencia, sobre todo a tenor de su carácter interdisciplinar. E invita a los Estados miembros a fomentar esta tecnología en el sector industrial por sus favorables perspectivas en el mercado.

⁵⁹ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO Y AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, *Aspectos reglamentarios de los nanomateriales*, Bruselas, 2008. Sobre las cuestiones jurídicas que planteaba el Plan de Acción, la Comisión tras una revisión cuidadosa de la legislación pertinente de la UE con el fin de determinar la aplicabilidad de las regulaciones existentes a los riesgos potenciales de los nanomateriales, acordó y expuso en la Comunicación de la Comisión de 17 de junio de 2008 «Aspectos reglamentarios de los nanomateriales» que, si bien el término nanomaterial no se expresa específicamente en la legislación de la UE, la legislación vigente es suficiente para proteger de los posibles riesgos sobre salud, seguridad y medio ambiente asociados a los nanomateriales.

⁶⁰ HARRIS, S., “The regulation of nanomedicine: Will the existing regulatory scheme of the FDA suffice?”, en *Richmond Journal of Law & Technology*, Vol. 16, núm. 2 (2009), p. 19.

nº 1272/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008, sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas (CLP)⁶¹.

El peligro de una sustancia o mezcla es el potencial que tiene dicha sustancia o mezcla de causar daño. Depende de las propiedades intrínsecas de la misma. En este contexto, la evaluación de riesgos constituye el proceso mediante el cual se evalúa la información sobre las propiedades intrínsecas de una sustancia o mezcla con el fin de determinar su potencial de causar daño. Uno de los principales objetivos del CLP es determinar si una sustancia o mezcla presenta propiedades que lleven a clasificarla como peligrosa⁶².

Los nanomateriales se encuentran en el ámbito del Reglamento REACH y debe proporcionarse información sobre sus efectos en la salud humana y en el medio ambiente. Al igual que cualquier sustancia química, algunos pueden ser tóxicos. Su toxicidad depende de las diversas propiedades del nanomaterial. Determinada legislación específica, como la relativa a los productos biocidas o sobre cosméticos, también contempla la necesidad de información sobre los nanomateriales⁶³.

La Agencia Europea de Sustancias y Mezclas Químicas (ECHA) colabora con las autoridades competentes de los Estados miembros, la Comisión Europea, organizaciones internacionales, la industria y otras partes interesadas⁶⁴. En sus funciones,

⁶¹ CLP es la abreviatura de la expresión inglesa «Classification, Labelling and Packaging» o «clasificación, etiquetado y envasado». El Reglamento CLP entró en vigor en enero de 2009, y el método de clasificación y etiquetado de sustancias químicas que introdujo se basa en el Sistema Globalmente Armonizado (SGA) de las Naciones Unidas. El Reglamento sustituye progresivamente a dos actos legislativos anteriores, a saber, la Directiva «Sustancias peligrosas» (DSD) y la Directiva «Preparados peligrosos» (DPD). Se estableció un período transitorio hasta 2015. El Reglamento CLP se atiene a diversas formulaciones en virtud de las cuales la Unión confirma su intención de contribuir a la armonización global de los criterios de clasificación y etiquetado mediante la incorporación a la legislación de la Unión de los criterios del Sistema Globalmente Armonizado de Clasificación y Etiquetado de productos químicos (SGA) internacionalmente acordados.

⁶² Recomendación 2011/696/UE de 18 de octubre, relativa a la definición de nanomaterial. Téngase en cuenta que, siempre que en este documento de orientación aparezca una discusión sobre «sustancias y mezclas», también abarca aquellos «artículos específicos determinados» sujetos a clasificación de acuerdo con la parte 2 del anexo I del CLP. Esto ha sido complementado en 2011, mediante una recomendación de la Comisión Europea sobre la definición de nanomaterial que ha quedado incluida en el REACH y el CLP.

⁶³ A esta conclusión llega la Agencia Europea de Sustancias y Mezclas Químicas, como recoge en su web oficial: <http://www.echa.europa.eu/chemicals-in-our-life/hot-scientific-topics/nanotechnology>.

⁶⁴ EUROPEAN CHEMICALS AGENCY, *ECHA Services at a glance*, 2014: «La Agencia Europea de Sustancias y Mezclas Químicas (ECHA) será el timón de las autoridades reguladoras a la hora de aplicar la pionera legislación de la UE sobre productos químicos en pro de la salud humana y el medio ambiente, así como de la innovación y la competitividad. La ECHA asesora a las empresas en el cumplimiento de la legislación, aboga por el uso seguro de los productos químicos, brinda información sobre los productos químicos y se ocupa de los productos químicos que suscitan inquietud».

la ECHA es la competente para registrar, evaluar, autorizar o restringir los nanomateriales (de acuerdo la REACH), y, por otro lado, clasificar y etiquetarlos (de acuerdo con la CLP), como lo haría con cualquier otra sustancia química.

Finalmente, indicar que la ECHA planea sus actividades por medio de programas de trabajo plurianuales (PTPAs) y de programas de trabajo anuales (PTs). Los informes generales dan cuenta de las actividades de la agencia durante un año determinado⁶⁵.

3. La regulación aplicable a la nanomedicina

En lo que respecta al marco jurídico, la nanomedicina presenta una enorme complejidad. Hasta el momento no existe una regulación específica en materia de nanomedicina en la Unión Europea (ni siquiera existe una regulación más genérica que abarque todo el sector de la nanotecnología). Asimismo, como aspecto más destacable, el actual ordenamiento jurídico de la UE carece de suficientes mecanismos que le permitan adecuarse a la regulación de este sector.

La falta de un marco jurídico elaborado específicamente para regular la nanomedicina, y la amplia diversidad de este sector provocan que el número de normas aplicables sea muy amplio y heterogéneo. Caben destacar las siguientes:

- *Productos médicos*. Un elenco normativo que, en mayor o menor medida, afecta a la nanomedicina son aquellas normas (Directivas en su mayoría) desarrolladas para regular los productos médicos. De este modo, la nanomedicina queda jurídicamente vinculada a la Reglamentación (CE) n° 726/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 por el que se establecen procedimientos comunitarios para la autorización y el control de los medicamentos de uso humano y veterinario y por el que se crea la Agencia Europea de Medicamentos⁶⁶; la Directiva 2003/63/CE, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano; la Directiva 2003/94/UE, por la que se establecen los principios y directrices de las prácticas correctas de fabricación de los medicamentos de uso humano y de los medicamentos en investigación de uso humano; y, con carácter especial, la Directiva

⁶⁵ Al principio la ECHA tenía un PTPA trienal revisado anualmente, con períodos de planificación consecutivos que cubrían el año en curso, el siguiente y el anterior. A partir de 2014 la ECHA tiene una estrategia a medio plazo de cinco años descrita en el PTPA 2014-2018. El nuevo proyecto de PTPA 2014-2018 se presentó a consulta pública en 2013. Los PT anuales recogen los objetivos de la ECHA para el año en cuestión, cuantificados en función de indicadores específicos, así como las metas establecidas con carácter anual. A finales de octubre de cada año, el Consejo de Administración de la ECHA aprueba un PT anual de la Agencia para el año posterior. *Vide* EUROPEAN CHEMICALS AGENCY, *Programa de trabajo 2019. Aspectos destacados*, 2019, pp. 1-2.

⁶⁶ Disponible en el siguiente enlace: *Vide* http://ec.europa.eu/health/sites/health/files/files/eudralex/vol-1/reg_2004_726/reg_2004_726_en.pdf.

2001/83/UE, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano.

- *Dispositivos médicos*⁶⁷. La heterogeneidad de los productos en el área de la nanomedicina conlleva que algunos de estos puedan ser enmarcados dentro del concepto «dispositivo médico». Es la Directiva 93/42/CEE, relativa a los productos sanitarios, la que establece el concepto de dispositivos médicos y regula dicho sector. Junto a esta norma hay que destacar la Directiva 90/385/CEE, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre los productos sanitarios implantables activos; y la Directiva 98/79/CE sobre productos sanitarios para diagnóstico in vitro.

- *Productos cosméticos*⁶⁸. Otro conjunto de normas son las diseñadas para regular los productos cosméticos. Para ello, en primer lugar, se aprobó la Directiva 76/768/CEE, que define «producto cosmético» como «*toda sustancia preparada destinada a ser puesta en contacto con las diversas partes superficiales del cuerpo humano (epidermis, sistemas piloso y capilar, uñas, labios y órganos genitales externos) o con los dientes y o las mucosas bucales, con el fin exclusivo o principal de limpiarlos y protegerlos para mantenerlos en buen estado, modificar su aspecto o corregir los olores corporales*» (art. 1)⁶⁹.

El Reglamento (CE) n° 1223/2009 sobre los productos cosméticos que entró en vigor el 11 de julio de 2013 (deroga la Directiva 76/768/CE), surge con el fin de velar por un alto nivel de protección de los consumidores, la libre circulación de mercancías y la seguridad jurídica de los fabricantes, así como alcanzar un alto nivel de protección de la salud humana con respecto a todo producto cosmético que contenga nanomateriales (art. 16.1). Para ello establece medidas como la obligatoriedad del productor del cosmético de presentar información previa a la Comisión en el caso de que el producto presente sustancias en forma de nanomateriales [art. 13.1.f)].⁷⁰

El Reglamento sobre productos cosméticos ha sido desarrollado posteriormente mediante el Reglamento UE n° 655/2013, por el que se establecen los criterios

⁶⁷ TOMA-BIANOV, A., “European Union Regulations on nanomedicine”, en *Bulletin of the Transilvania University of Brasov*, Vol. 5 (54), núm. 2 (2012), p. 106.

⁶⁸ TOMA-BIANOV, A. (2012: 106-107).

⁶⁹ En la actualidad, no existe ninguna regulación específica sobre la nanotoxicidad en ningún país del mundo. El problema se incrementa cuando tras años de investigación comienzan a salir al mercado numerosos productos compuestos por nanomateriales. Según Woodrow Center for Scholars, ya existen más de 1.800 líneas de productos de nanotecnología en el mercado generando miles de millones de euros. Hasta ahora el procedimiento empleado por la Unión Europea se basa en exigir el etiquetado de los alimentos, cosméticos y biocidas que contengan nanopartículas, lo que significa que si un país decide exportar estos productos al territorio europeo deben etiquetarlos adecuadamente. Algunos países en concreto (Francia, Bélgica, Dinamarca, Noruega, Suecia, Canadá, China) exigen un registro de estos productos donde se declara las características y las propiedades.

⁷⁰ JIMÉNEZ SIMÓN, N., “Productos cosméticos: marco normativo y prevención de riesgos laborales”, en *Notas Técnicas de Prevención (NTP)*, 1074 (2016), p. 1.

comunes a los que deben responder las reivindicaciones relativas a los productos cosméticos; y la Decisión de Ejecución de la Comisión de 25 de noviembre de 2013 sobre las directrices relativas al anexo I del Reglamento (CE) n°1223/2009⁷¹.

- *Productos químicos*⁷². Este tipo de productos están sujetos a una serie de normas concernientes al Registro, Evaluación, Autorización y Restricción de los Productos Químicos (REACH son las siglas en inglés), las cuales han presentado un cambio en el actual sistema regulatorio, asignando la carga del riesgo al fabricante en vez de a las autoridades, ampliando el alcance de los registros de los productos químicos, reemplazando los sistemas de registro descentralizados por un sistema central europeo, y sustituyendo todo el conjunto de normas por un sistema de regulación único.

- *Directrices y buenas prácticas en la fabricación de medicamentos*. Este grupo normativo está formado por dos Directivas: la Directiva 2001/20/CE, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre la aplicación de buenas prácticas clínicas en la realización de ensayos clínicos de medicamentos de uso humano; y la Directiva 2003/94/CE, por la que se establecen los principios y directrices de las prácticas correctas de fabricación de los medicamentos de uso humano y de los medicamentos en investigación de uso humano.

Con la aprobación del Reglamento (UE) n° 536/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014, sobre los ensayos clínicos de medicamentos de uso humano⁷³, se deroga la Directiva 2001/20/CE. Esta norma se aplica a todos los ensayos clínicos realizados en la UE (art. 2) y aporta una nueva definición de «ensayo clínico» introduciendo un concepto más amplio de «estudio clínico»⁷⁴. Si bien no hace alusión a ningún término «nano», es evidente su vinculación con este ámbito.

⁷¹ JIMÉNEZ SIMÓN, N. (2016: 1).

⁷² TOMA-BIANOV, A. (2012: 107).

⁷³ SANZ CEBALLOS, L.; FERRIT MARTÍN, M.; y otros, “Novedades introducidas por el nuevo Real Decreto legislativo 1090/2015 de ensayos clínicos con medicamentos en España”, en *Ars Pharm.*, 57, núm. 4 (2016), p. 148. En respuesta al Reglamento 536/2014, se aprobó en España el Real Decreto 1090/2015, de 4 de diciembre, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, los Comités de Ética de la Investigación con medicamentos y el Registro Español de Estudios Clínicos. El nuevo RD 1090/2015, «introduce modificaciones sustanciales en la legislación nacional con el objetivo de hacer posible la aplicación del nuevo Reglamento 536/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Ensayos clínicos de medicamentos de uso humano. Sus pilares serán la simplificación de procedimientos, el acortamiento de plazos, la exigencia de transparencia de los resultados, el establecimiento de un marco armonizado de autorización con un sistema único de evaluación y el establecimiento de mecanismos de cooperación transfronteriza permitiendo la participación de pacientes en EC de otros Estados, especialmente interesante en la investigación clínica de medicamentos huérfanos para el tratamiento de patologías poco frecuentes».

⁷⁴ GARCÍA VIDAL, A., “Nuevo reglamento de la Unión Europea sobre los ensayos clínicos de medicamentos de uso humano”, en *Análisis Farmacéutico GA&P*, (2014), p. 1.

En definitiva, delimitar el grupo normativo regulador aplicable a la nanomedicina supone una labor compleja como consecuencia de dos factores principalmente: en primer lugar, la falta de una norma reguladora específica; y, en segundo lugar, el amplio campo de actuación y aplicación de la nanomedicina le hacen abarcar múltiples áreas de desarrollo⁷⁵.

C. European Technology Platform Nanomedicine

La ETP nanomedicine es una iniciativa liderada por el sector industrial para establecer, junto con la Comisión Europea, la aplicación de la nanotecnología con el fin de lograr avances en la asistencia sanitaria. Ha sido desarrollada para apoyar a sus miembros, mejorar la comunicación entre ellos y responsabilizarse de la coordinación de sus investigaciones⁷⁶. El objetivo es trabajar en conjunto con la Comisión Europea y los Estados miembros, para ello colabora con determinadas plataformas nacionales⁷⁷.

La ETP fue originada por un grupo de 53 actores europeos, integrado por expertos industriales y académicos, estableció en 2005 una Plataforma Tecnológica

⁷⁵ Junto con todos estos grupos normativos, podemos destacar otra serie de normas que, con una menor influencia, pueden ser vinculadas con la nanomedicina: Regulación de productos específicos: Reglamento (CE) n° 1394/2007 sobre medicamentos de terapia avanzada; Reglamento (CE) n° 1901/2006 sobre medicamentos para uso pediátrico; y Reglamento (CE) n° 141/2000 sobre medicamentos huérfanos. Directiva 98/44/CE relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas. Organismos modificados genéticamente: Directiva 2001/18/CE sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente; Reglamento (CE) n° 1946/2003 relativo al movimiento transfronterizo de organismos modificados genéticamente. Patentes: Directiva 98/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas; Reglamento (CEE) n° 1768/92 del Consejo, relativo al certificado complementario de protección para los medicamentos (versión codificada aprobada por Reglamento (CE) n° 469/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009); Reglamento (CE) n° 1610/96 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 1996, por el que se crea un certificado complementario de protección para los productos fitosanitarios; Reglamento (CE) n° 816/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, sobre la concesión de licencias obligatorias sobre patentes relativas a la fabricación de productos farmacéuticos destinados a la exportación a países con problemas de salud pública.

⁷⁶ Las instituciones que componen la ETP nanomedicine son numerosas y abarcan diferentes áreas de investigación: industrial (empresas como NANOBIOITIX o ONXEO S.A.); académicas (como INEB, Instituto de Ingeniería Biomedica o IMDEA Nanociencia); o dedicadas a la salud (como University Medical Center Utrecht). Un total de casi 150 instituciones participan en este proyecto, entre los que se encuentra la Comisión Europea. En España, por ejemplo, participa el Instituto de Salud Carlos III. *Vide* http://www.etp-nanomedicine.eu/public/about/members/list_etp?type=All.

⁷⁷ La ETP Nanomedicine está trabajando en estrecha colaboración con una serie de instituciones nacionales: British Society for Nanomedicine, Nano-Med Czech Republic, Deutsche Plattform NanoMedizin, French Society for Nanomedicine, Greek Nanomedicine Platform, Nanomedicine theme within NanoNextNL (Países Bajos), Norwegian NanoMedicine Network, Romanian Nanomedicine Network (RO-NANOMED), NanoMed Northe, Spanish Nanomedicine Platform (como representante de España).

Europea de Nanomedicina⁷⁸. La primera tarea de este grupo de alto nivel era escribir un documento de visión para esta área altamente orientada hacia el futuro de la asistencia sanitaria basada en la nanotecnología en el que los expertos describen una extrapolación de las necesidades y posibilidades hasta el año 2020. A partir de 2006 esta Plataforma se ha abierto a una amplia participación y ha emitido una serie de documentos estratégicos que muestran una bien elaborada manera europea común de trabajar juntos para el cuidado de la salud del futuro tratando de coincidir con las altas expectativas de que la nanomedicina se ha planteado hasta ahora.

2. La nanomedicina en el ordenamiento jurídico español

España destaca por ser referente en materia de nanotecnología. En 2011 se situaba como séptimo país del mundo en términos de producción científica en este ámbito y el más productivo en el contexto iberoamericano⁷⁹.

Como veremos a continuación, la inversión y participación del sector público ha tenido una importante influencia, pero probablemente el factor clave que ha determinado el desarrollo de la nanotecnología en España ha sido una rápida autoorganización de los científicos en redes como la Red Nanociencia (1999-2004) y la Red NanoSpain⁸⁰.

La Red NanoSpain persigue como objetivo más ambicioso el fortalecimiento y la divulgación de la Nanociencia y la Nanotecnología española en el Espacio Europeo de investigación e innovación. Así, la Red NanoSpain fomenta la transferencia de conocimientos entre los grupos que la conforman y facilita el intercambio, lo que se traduce en una mejora en la cooperación entre los agentes implicados en el sector de la nanotecnología⁸¹.

⁷⁸ En Estados Unidos, principal potencia mundial en el ámbito de la nanotecnología, la Oficina Nacional de Coordinación de Nanotecnología (NNCO, siglas en inglés) es la responsable de proporcionar apoyo técnico y administrativo en materia de nanociencia. El subcomité de Ingeniería y Tecnología (NSET) sirve como punto central de contacto para las actividades federales de nanotecnología, y proporciona alcance público en nombre de la Iniciativa Nacional de Nanotecnología. El NNCO coordina la preparación y publicación de la Iniciativa Nacional de Nanotecnología (NNI, siglas en inglés) planificación interinstitucional, el presupuesto y los documentos de evaluación, como el suplemento anual NNI para el presupuesto del presidente. La oficina organiza sesiones de la Subcomisión NSET y sus grupos de trabajo.

⁷⁹ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS IBEROAMERICANOS, *La nanotecnología en Iberoamérica. Situación actual y tendencias*, 2009, <http://www.oei.es/salactsi/nano.pdf>.

⁸⁰ SERENA, P. A., y TUTOR, J. D., “La divulgación y la formación de la nanociencia y la nanotecnología en España: un largo camino por delante”, en *Revista Interdisciplinaria de Nanociencia y Nanotecnología*, Vol. 4, núm. 2 (2011), p. 49.

⁸¹ MORENO MOLINA, A. M., “Productos químicos. Biotecnología. Acuerdos Voluntarios”, en J. PICÓN RISQUEZ (coord.), *Derecho medioambiental de la Unión Europea*, McGraw-Hill Interamericana de España, España, 1996, pp. 273-296. El apoyo del sector público también ha sido determinante para el desarrollo de la nanotecnología. La presión ejercida por la Red NanoSpain se trasladó hasta el Plan Nacional

Desde el Plan Nacional de I-D-i (PNIDI) 2004-2007, la AENN ha estado presente en los Planes de Trabajo de las convocatorias 2004 a 2007. Además, ha tenido un papel protagonista en el PNIDI 2008-2011⁸² y el PNIDI 2013-2016. Con independencia de la PNIDI, cabe destacar el Plan Ingenio 2010, que incluye los programas Consolider, CIBER y CENIT. Junto a estos programas se han financiado grandes infraestructuras como el sincrotrón ALBA⁸³.

No obstante, la Administración Central no ha sido la única que ha hecho un esfuerzo económico para el desarrollo de la nanociencia y la nanotecnología, debe ser destacado igualmente el esfuerzo realizado por las CCAA. La gran mayoría de las empresas, fundaciones, centros tecnológicos y de investigación se encuentran en la Comunidad Autónoma de Madrid, Cataluña y País Vasco⁸⁴. En menor medida cabe destacar las regiones de Andalucía y Comunidad Valenciana.

de I-D-i (PNIDI) 2004-2007 donde por primera vez se incluyó la Acción Estratégica de Nanociencia y Nanotecnología (AENN). Las líneas de actuación de la AENN han sido muy amplias, acorde con el carácter multidisciplinar de la nanotecnología: biotecnología, biomedicina, agroalimentación, energía, medioambiente, almacenamiento magnético de información, magnetoelectrónica, nanoelectrónica, optoelectrónica, nanoestructuras semiconductoras, dispositivos y máquinas nanométricas, nanomanipulación, nanocaracterización y materiales nanocompuestos.

⁸² VIDAL CORREA, L., y ZAYAGO LAU, E., “Nanomedicina: expectativas y regulación para el desarrollo”, en *Observatorio del desarrollo*, Vol. 2, núm. 8 (2014), p. 19: «El nuevo PNIDI se plantea como una oportunidad para cambiar de un enfoque temático a un enfoque instrumental. Los objetivos generales del PNIDI 2008-2011 son: (i) situar a España en la vanguardia del conocimiento; (ii) promover un tejido empresarial altamente competitivo; (iii) desarrollar una política integral de ciencia, tecnología e innovación, imbricando a los ámbitos regionales en el sistema de ciencia y tecnología; (iv) avanzar en la dimensión internacional como base para el salto cualitativo del sistema; (v) conseguir un entorno favorable a la inversión en I+D+i; y (vi) fomentar la cultura científica y tecnológica de la sociedad».

⁸³ Vide <https://www.cells.es/es/que-es-alba/bienvenida> (web oficial): «El Sincrotrón ALBA es una infraestructura científica de tercera generación situada en Cerdayola del Vallés (Barcelona) y es la más importante de la zona del Mediterráneo. Se trata de un complejo de aceleradores de electrones para producir luz de sincrotrón, que permite visualizar la estructura atómica y molecular de los materiales y estudiar sus propiedades».

⁸⁴ VIDAL CORREA, L., y ZAYAGO LAU, E. (2014: 20-21): «El País Vasco lleva varios años apostando por la investigación en nanociencia y nanotecnología, que ya aparecían como áreas prioritarias del Plan de Ciencia, Tecnología e Innovación 2001-2004 del Gobierno Vasco. El principal instrumento desde el que se ha planteado la investigación en nanociencia y nanotecnología, ha sido el Programa de Investigación Estratégica ETORTEK, en cuyo marco se han ejecutado en el periodo 2005-2007 dos grandes proyectos en los últimos 5 años: NANOMATERIALES, centrado en la generación de conocimiento en el campo de los nanomateriales desde una perspectiva de la ciencia e ingeniería de materiales, y NANOTRON, centrado en la generación de conocimiento en nanosistemas y nanoelectrónica. La culminación de las iniciativas de investigación en nanociencia y nanotecnología en el País Vasco ha sido la concesión, en el marco del Programa Consolider-Ingenio 2010, del Proyecto “CIC nanoGUNE Consolider” orientado hacia la puesta en marcha del CIC nanoGUNE como nuevo centro de I+D en nanociencia y nanotecnología [37]. Sin embargo, no todo termina aquí, y el Gobierno Vasco, ha diseñado la Estrategia nanoBASQUE 2015, orientada a promocionar la nanotecnología hacia el ámbito empresarial y así incrementar la compe-

En Cataluña se ha llevado a cabo una importante iniciativa mediante la Acción Especial de desarrollo de la Nanociencia y Nanotecnología, financiando estancias posdoctorales en el Laboratorio de Investigación en Nanobioingeniería (CREBEC) perteneciente al Instituto Catalán de Bioingeniería (IBEC) y el Instituto Catalán de Nanotecnología.

Cabe destacar el centro IMDEA Nanociencia, en Madrid, apoyado por el gobierno de la Comunidad Autónoma, el centro CIC-nanoGUNE en el País Vasco, el Instituto de Nanociencia de Aragón o la Unidad de Nanotecnología de la Universidad de Oviedo.

Por otro lado, a partir del denominado Eje-Nano dentro del Plan Estratégico, se ha fomentado el desarrollo de nuevos centros como el Instituto de Nanotecnología de Asturias y el Centro de Investigación en Nanociencia y Nanotecnología ubicado en Barcelona en colaboración con el Gobierno de Cataluña. En Andalucía se han creado el Centro Andaluz NIBC y el Centro Andaluz de Biotecnología y Nanomedicina (BIONAND)⁸⁵.

IV. LOS RETOS JURÍDICOS QUE PLANTEA LA NANOMEDICINA

La tecnología ha proporcionado enormes avances y ventajas en todos los ámbitos y a diferentes escalas, transformando nuestra sociedad. No obstante, el avance tecnológico frenético del que somos testigos es una evolución de luces y sombras.

En la actualidad, y desde hace bastantes años, nuestra sociedad ha pasado de estar sometida a los daños generados por la naturaleza, a verse afectada principalmente por daños generados por la propia tecnología que desarrollamos. Esta afirma-

tividad industrial del País Vasco. El resultado global que se espera obtener para el año 2015 es el de contar con una comunidad de conocimiento con una masa crítica investigadora consolidada y un nuevo sector económico competitivo posibilitado por la nanotecnología. Uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta la Estrategia nanoBASQUE 2015 es, el ya mencionado, Centro de Investigación Cooperativa en Nanociencias – CIC nanoGUNE, que desarrolla el concepto de investigación cooperativa, ya puesto en práctica con éxito en varios casos en la Comunidad Autónoma del País Vasco».

⁸⁵ El nuevo Centro Andaluz de Nanomedicina y Biotecnología (BIONAND) es un centro de carácter mixto participado por la Consejería de Salud y Bienestar Social, la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo, y la Universidad de Málaga, concebido como espacio para la investigación de excelencia en nanomedicina. BIONAND ha sido diseñado, como un centro de carácter multidisciplinar, en el que la interacción de diferentes profesionales procedentes del ámbito sanitario, universitario y empresarial permitirá generar nuevos sistemas de diagnóstico, prevención y tratamiento de enfermedades a partir de la creación y desarrollo de dispositivos, materiales y abordajes a escala nanométrica. Este centro se enmarca en el Programa Andaluz de Investigación en Nanomedicina, uno de los tres programas de investigación en Terapias Avanzadas de la Comunidad Autónoma de Andalucía, junto con el Programa de Investigación en Terapia Celular y Medicina Regenerativa, y el de Genética Clínica y Medicina Genómica.

ción es la que ocupa una parte muy importante en la investigación científica, valorar los beneficios que nos aporta una tecnología frente a los riesgos a los que nos expone. Si bien, en la gran mayoría de los casos los enormes éxitos que genera el desarrollo tecnológico supera los riesgos que provoca.

De este modo, el desarrollo tecnológico se estima como el sustento básico de la evaluación social, con todas las ventajas que supone, pero también con todos los peligros que engloba. Lo que en la doctrina se conoce como la sociedad del riesgo⁸⁶.

Ahora bien, los daños ocasionados por los desastres naturales se generan a partir de fenómenos incontrolables y en ocasiones impredecibles, de los que no se desprende responsabilidad alguna. Por el contrario, detrás de cualquier tecnología se encuentran decisiones humanas y, por lo tanto, cualquier daño causado queda bajo responsabilidad⁸⁷. En este tipo de daños generados por la tecnología el Derecho adquiere un enorme protagonismo. Como indica Esteve Pardo, cualquier riesgo que emane de la tecnología debe quedar bajo el control del Derecho⁸⁸.

El impresionante despliegue de la ciencia y la tecnología que caracteriza nuestros días obliga al Derecho a desarrollarse para permitirle abarcar situaciones cada vez más numerosas y complejas⁸⁹.

El Derecho debe establecer quién adopta las decisiones y bajo qué responsabilidad. Además, debe pretender siempre un equilibrio entre el riesgo para la salud o para el sector industrial que diseña la tecnología. Este control sin duda puede suponer una ralentización en el desarrollo tecnológico, pero no presume que todo el proceso deba ser puesto en duda o que se criminalice cualquier avance⁹⁰.

La regulación plena de la sociedad tecnológica actual es inalcanzable, ya que existe siempre un margen de incertidumbre asociado a las nuevas tecnologías. Es más, nos encontramos ante un desarrollo tecnológico cada vez más rápido y por lo tanto ante un riesgo en constante aumento. Por ello, la ciencia tiene la función de dar

⁸⁶ BECK, U., *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, 1986.

⁸⁷ ESTEVE PARDO, J., "Ciencia y Derecho ante los riesgos para la salud. Evaluación, decisión y gestión", en *Documentación Administrativa*, núm. 265-266 (2003), p. 138. ESTEVE PARDO, J., "Convivir con el riesgo. La determinación del riesgo permitido", en E. J. PÉREZ ALONSO, E. ARANA GARCÍA, J. L. SERRANO MORENO y P. MERCADO PACHECO, *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, Tirant lo Blanch, España, 2012, pp. 275 y ss. ESTEVE PARDO, J., "Responsabilidad de la Administración y riesgos del desarrollo", en A. B. CASARES MARCOS y T. QUINTANA LÓPEZ (dirs.), *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública: estudio general y ámbitos sectoriales*, Vol. 2, Tirant lo Blanch, España, 2013, pp. 1549 y ss.

⁸⁸ ESTEVE PARDO, J. (2003: 138).

⁸⁹ MONTANO, P. J., "La responsabilidad de médicos y científicos ante las nuevas tecnologías biogénéticas", en *Cuadernos de Bioética*, núm. 1 (1995), p. 81.

⁹⁰ ESTEVE PARDO, J. (2003: 138).

a conocer y valorar los riesgos. No obstante, es el Derecho el que debe decidir sobre la incertidumbre científica. En definitiva, es la ciencia la que informa sobre los posibles riesgos y el Derecho el que debe adoptar decisiones.

1. EL DESARROLLO DE UN GRUPO NORMATIVO REGULADOR APLICABLE A LA NANOMEDICINA

La necesidad de un marco jurídico regulador de la nanomedicina y la nanociencia se justifica en numerosos estudios científicos que alertan de los posibles riesgos derivados de los nanomateriales. Esto supone el desarrollo de normas que controlen los ensayos clínicos con nanomateriales, y otras que controlen la comercialización de productos compuestos por los mismos.

Hasta ahora el marco jurídico regulador de la nanomedicina en las dos grandes potencias en este sector, EE.UU.⁹¹ y UE, se ha basado en la adaptación del marco normativo existente. Se ha considerado que los cuerpos legales son apropiados para tratar esta tecnología y por lo tanto suficientes. Al respecto, con carácter general, se está empleando el marco legal aplicable a los químicos para tratar los nanomateriales⁹².

En la situación actual se han dado cuatro factores que invitan a plantear la posibilidad de desarrollar una apropiada regulación que abarque de forma genérica el sector o, por lo menos, determine aspectos clave, como son los productos compuestos por nanomateriales (en los que se integrarían los nanomedicamentos)⁹³.

En primer lugar, aunque nos encontramos ante un sector complejo e interdisciplinar, se le ha dedicado una amplia cantidad de tiempo y presupuesto, y la información que tenemos sobre el mundo «nano» está en constante crecimiento. Puede que el conocimiento científico actual sea suficiente para iniciar el proceso regulador.

⁹¹ BAWA, R., “FDA and Nanotech: Baby steps Lead to Regulatory Uncertainty”, en H. MORIYAMA y F. SHAHIDI, *Bio-Nanotechnology: A revolution in Food, Biomedical and Health Sciences*, Edita Debasis John Wiley & Sons, Nueva York, 2013, p. 723. La FDA en 2007 creó un grupo de trabajo diseñado para elaborar un informe explicativo de la nanotecnología, en este informe se concluyó que el marco jurídico de los EE.UU. era suficiente para garantizar la seguridad adecuada.

⁹² FOLADORI, G., y INVERNIZZI, N., “La regulación de las nanotecnologías: una mirada desde las diferentes EUA-UE”, en *Vigil. Sanit. Debate*, 4, núm. 2 (2016), p. 10.

⁹³ COMISIÓN EUROPEA, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee. Regulatory aspects of nanomaterials*, Bruselas, 2008, pp. 4-8. En esta Recomendación la Comisión Europea destaca 4 factores clave para la regulación de la nanotecnología: los químicos, la protección de los trabajadores, los productos compuestos de nanomateriales y la protección medioambiental.

En segundo lugar, el desarrollo de esta tecnología se sitúa en una fase en la que tras años de investigación comienzan a comercializarse múltiples productos. La ausencia de una regulación específica genera inseguridad al consumidor y problemas conceptuales muy básicos. En casos concretos se desconoce que normativa aplicar tanto para su producción como para su comercialización. Esto además está generando conflictos sobre patentes⁹⁴.

En tercer lugar, son evidentes e innegables los beneficios y los innumerables usos que puede aportar la nanomedicina a la sociedad, sin embargo, son numerosos los estudios que alertan sobre los posibles riesgos que genera su uso, tanto para la salud pública como para el medioambiente⁹⁵.

Finalmente, la importancia y los enormes beneficios que puede aportar la nanomedicina requiere de un marco legal que permite redistribuir la igualdad en el acceso a esta tecnología. Se están desarrollando estudios sobre la eficacia de este sector en enfermedades tan graves como el cáncer y los resultados están siendo muy satisfactorios. Por lo expuesto, debe ser prioritario que estos tratamientos se apliquen de un modo igualitario y no discriminatorio⁹⁶.

Estas cuestiones están despertando cierta inquietud y pueden determinar un arduo y lento, pero necesario, proceso de regulación. Hasta ahora el marco legal sobre el que se está sustentando se ha visto claramente rebasado por los desarrollos nanotecnológicos y su comercialización⁹⁷. Tanto las instituciones como las normas han demostrado ser endeble e inadecuadas: las instituciones en muchos casos por carecer de recursos suficientes; y las leyes por reflejar importantes lagunas. La conclusión ha quedado más que evidente, la situación actual requiere de una amplia regulación del sector de la nanociencia y la nanomedicina que abarque, cuanto menos, temas tan importantes como la comercialización de los productos como los posibles riesgos de la nanotoxicidad tanto para consumidores como para los propios investigadores.

En su espectro más amplio, la nanotecnología es una tecnología habilitadora que amplía el potencial de otras técnicas y ciencias. Actualmente, la nanotecnología tiene aplicaciones en todos los sectores productivos, aunque sobresalen el automotriz, semiconductores, construcción, químico y médico⁹⁸. Esta diversidad y heterogeneidad son, sin ninguna duda, muy positivas, pero pueden generar alguna duda al legislador.

⁹⁴ SANDERSON, K., "Putting nanotechnology regulation under the microscope", en *The Guardian*, 24 de junio de 2013.

⁹⁵ SANDERSON, K. (2013).

⁹⁶ VIDAL CORREA, L. y ZAYAGO LAU, E. (2014: 34).

⁹⁷ VIDAL CORREA, L. y ZAYAGO LAU, E. (2014: 34).

⁹⁸ VIDAL CORREA, L. y ZAYAGO LAU, E. (2014: 31).

La primera cuestión a la que debe hacer frente el legislador es decidir qué tipo de regulación llevar a cabo, una norma que abarque a todo el sector de la nanotecnología en su conjunto, o desarrollar diferentes normas según un enfoque sector a sector. Lo ideal es diseñar un conjunto de normas especializadas en cada sector que permitan una regulación individualizada, ajustándose a las tecnologías propias de cada área que pueden ser totalmente divergentes. La política reguladora debería ser capaz de regular los retos de cada sector, que en el caso de la nanomedicina son múltiples y muy relevantes.

La segunda cuestión a tratar es la intensidad de la regulación. Se puede optar por una norma rígida que abarque todos los aspectos posibles, o, por el contrario, por una norma más flexible. Una regulación más exigente supondría un lastre para la industria y, por lo tanto, un retraso en el desarrollo de la tecnología a nanoescala. Sin embargo, una regulación más rígida sería esencial para solventar los problemas de salud pública y medioambiente ya detectados, o futuros inconvenientes. Una regulación flexible permitiría además una adaptación más sencilla de la norma a los continuos avances tecnológicos. En este sentido, debemos entender que hasta ahora el marco legal se ha visto rebasado por los desarrollos nanotecnológicos y su comercialización, es más, no podemos descartar futuros avances totalmente impredecibles a corto plazo para la ciencia, aún más para el derecho. Lo ideal sería una norma o grupo de normas que, como poco, establecieran un fuerte control sobre la toxicología de los nanomateriales, que afronte muy seriamente los efectos nocivos que estos puedan tener sobre la salud o el medio ambiente.

A. La investigación como elemento esencial para una adecuada regulación

La regulación debe estar sustentada por un amplio conocimiento científico. Las actividades de investigación están en curso bajo los programas marco de I+D y el Centro Común de Investigación.

En particular, se necesita investigación en áreas que amplíen la evaluación y la gestión de riesgos, tales como⁹⁹: los datos sobre los efectos tóxicos y ecotóxicos, así como métodos de ensayo para generar estos datos; los datos sobre los usos y exposiciones en todo el ciclo de vida de los nanomateriales o productos que contengan nanomateriales, así como los enfoques de evaluación de la exposición; caracterización de los nanomateriales, desarrollo de normas y nomenclaturas uniformes, así como las técnicas de medición analítica; para los aspectos de salud ocupacional, la eficacia de una serie de medidas de gestión de riesgos, incluyendo confinamiento del proceso,

⁹⁹ COMISIÓN EUROPEA, COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL AND THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE, *Regulatory aspects of nanomaterials*, Bruselas, 2010, pp. 8-9.

ventilación, equipo de protección personal, como equipos y guantes de protección respiratoria.

El desarrollo de normas y métodos de ensayo requiere la colaboración internacional para asegurar que los datos científicos pueden ser comparados y que los métodos científicos utilizados a efectos regulatorios están armonizados. Uno de los foros más destacables para la coordinación de actividades a nivel internacional ha sido organizado por el Grupo de Trabajo de la OCDE sobre Nanomateriales Manufacturados. El trabajo también se lleva a cabo en el marco de la Organización Internacional de Normalización, ISO.

En la actualidad, existe una amplia gama de actividades que se han iniciado al objeto de mejorar la base de conocimiento sobre la nanociencia (véase el documento de trabajo de la Comisión anexa y la Comunicación de la Comisión «Nanociencias y Nanotecnologías: Un plan de acción para Europa 2005-2009 Primer Informe de Ejecución 2005-2007») ¹⁰⁰. Si bien, la labor de estos Grupos de trabajo, las reuniones de las autoridades competentes y organismos encargados debe ir más allá de coordinar la aplicación y los mecanismos de reglamentación. Así, tendrán que examinar de forma continua qué tipo de acción adicional se necesita. Estas actividades principalmente se reflejarán en los documentos que apoyan la implementación de la legislación vigente ¹⁰¹.

Ejemplos de ello son el establecimiento de umbrales, la autorización de sustancias e ingredientes, la clasificación de residuos peligrosos, reforzando la evaluación de la conformidad por reclasificación, la introducción de restricciones a la comercialización y el uso de sustancias y preparados químicos, etc. Asimismo, se necesita trabajar en documentos de uso voluntario, como la orientación normativa, las normas europeas o internacionales, el asesoramiento de comités científicos, etc. Del mismo modo, las cuestiones éticas tienen que ser tratadas.

B. La necesidad de un consenso sobre el término «nanomaterial»

La falta de una regulación específica está generando problemas tan elementales como la simple adopción de conceptos básicos consensuados. Antes siquiera de iniciar un proceso regular es necesario acordar el contenido de determinados conceptos esenciales como es el de «nanomaterial».

La definición del término debe basarse en los conocimientos científicos disponibles. Para ello la medición del tamaño y la forma de distribución de los nanomateriales puede ser una posibilidad.

¹⁰⁰ Vide http://ec.europa.eu/nanotechnology/pdf/comm_2007_0505_en.pdf.

¹⁰¹ Ídem.

Al respecto, el Centro de Investigación de Referencia del informe de la Comisión Europea Conjunta sugirió que la definición de los nanomateriales debe abordar los nanomateriales de partículas, que sean ampliamente aplicable en la legislación de la Unión y estar en línea con otros enfoques en todo el mundo. El tamaño debe ser la propiedad que ayude a definir con mayor precisión la nanoescala.

La Comisión encargó al Comité Científico de Emergentes y Recientemente Identificados los Riesgos Sanitarios (CCRSERI) la tarea de proporcionar una aportación científica sobre los elementos a considerar en el desarrollo de una definición del término «nanomaterial» a efectos de regulación. La opinión «Base científica de la definición del término "nanomaterial"» fue objeto de una consulta pública en 2010. En su dictamen de 8 de diciembre de 2010, CCRSERI llegó a la conclusión de que el tamaño es universalmente aplicable a los nanomateriales y magnitudes de medición más adecuado. Un rango de tamaño definido facilitaría una interpretación uniforme. Se propuso el límite inferior a 1 nm. Un límite superior de 100 nm es comúnmente utilizado por consenso general, pero no hay ninguna evidencia científica que apoye la idoneidad de este valor.

En 2011 la Unión Europea emitió una definición de nanomaterial, convirtiéndose en la única jurisdicción con una definición homogénea¹⁰². La definición queda establecida en la Recomendación «on the definition of nanomaterial»¹⁰³.

Un nanomaterial como se define debe consistir en el 50% o más de partículas que tienen un tamaño comprendido entre 1 nm y 100 nm¹⁰⁴. Sin embargo, puede haber casos legislativos específicos donde las consecuencias para el medio ambiente, la salud, la seguridad o la competitividad justifiquen la aplicación de un umbral por debajo del 50%.

¹⁰² FOLADORI, G. y INVERNIZZI, N., “La regulación de las nanotecnologías: una mirada desde las diferencias EUA-UE”, en *Vigilancia Sanitaria Debate*, 4, núm. 2 (2016), p. 12.

¹⁰³ COMISIÓN EUROPEA, *Recommendation of XXX on the definition of nanomaterial*, Bruselas, 2011, p. 5: “Nanomaterial” significa un material natural, accesorio o fabricado que contiene partículas, en un estado no unido o como un agregado o como un aglomerado y donde, para 50% o más de las partículas en la distribución de tamaño numérica, una o más dimensiones externas está en El intervalo de tamaños de 1 nm a 100 nm. En casos específicos y cuando se justifiquen las preocupaciones por el medio ambiente, la salud, la seguridad o la competitividad, el umbral de distribución del tamaño numérico del 50% puede ser sustituido por un umbral entre el 1 y el 50%».

¹⁰⁴ No hay ninguna base científica inequívoca que sugiera un valor específico para una distribución de tamaño distinto a 1 nm – 100 nm. Fuera de este rango, los materiales no pueden exhibir propiedades específicas de los nanomateriales. El asesoramiento científico era utilizar un enfoque estadístico basado en la desviación estándar con un valor umbral de 0,15%. Dado el carácter generalizado de los materiales que serían cubiertos por dicho umbral y la necesidad de adaptar el alcance de la definición para su uso en un contexto normativo, el umbral debe ser mayor.

El desarrollo tecnológico y los avances científicos continúan a gran velocidad. Por lo tanto, los criterios de definición deberán ser objeto de una revisión de forma periódica.

2. La nanomedicina: medicamento vs producto sanitario. A propósito del Reglamento (UE) 2017/745

Un importante reto que debía ser afrontado desde el ámbito jurídico de la UE era la reformulación de la desactualizada y dispersa regulación sobre productos sanitarios que quedaba regulada al amparo de la Directiva 90/385/CEE del Consejo, de 20 de junio de 1990, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros sobre los productos sanitarios implantables activos, y la Directiva 93/42/CEE del Consejo de 14 de junio de 1993 relativa a los productos sanitarios.

Este grupo normativo regulador, en vinculación con la Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de noviembre de 2001 por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano, diseña un marco de gran complejidad donde han surgido importantes conflictos como la difusa diferenciación entre medicamento y producto sanitario. Conviene recordar que la amplia aplicación de la nanomedicina ha derivado en el desarrollo tanto de medicamentos como de productos médicos, y en algunos casos se han combinado ambos. Este hecho y la falta de una norma reguladora representan una gran complejidad a la hora de identificar bajo qué categoría se sitúa el producto y, por lo tanto, qué regulación es aplicable.

Por ello, desde la UE se afrontó el desafío de establecer un nuevo punto de referencia jurídico mediante el desarrollo y aprobación del Reglamento (UE) 2017/745 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2017 sobre los productos sanitarios, por el que se modifican la Directiva 2001/83/CE, el Reglamento (CE) n.º 178/2002 y el Reglamento (CE) n.º 1223/2009 y por el que se derogan las Directivas 90/385/CEE y 93/42/CEE del Consejo.

En virtud del art. 1.6.b) del Reglamento 2017/745, el mismo no será aplicable «a los medicamentos, tal como se definen en el artículo 1, punto 2, de la Directiva 2001/83/CE». Por consiguiente, debemos continuar acudiendo a la Directiva 2001/83/CE sobre medicamentos para uso humano, a la hora de identificar la definición de medicamentos (*Medical Product*):

«toda sustancia o combinación de sustancias que se presente como poseedora de propiedades curativas o preventivas con respecto a las enfermedades humanas; se considerarán asimismo medicamentos todas las sustancias o combinación de sustancias que puedan

administrarse al hombre con el fin de establecer un diagnóstico médico o de restablecer, corregir o modificar las funciones fisiológicas del hombre» (artículo 1.2).

Por su parte, el reciente Reglamento (UE) 2017/745, en su art. 2.1) define los productos sanitarios (*Medical Device*) como:

«todo instrumento, dispositivo, equipo, programa informático, implante, reactivo, material u otro artículo destinado por el fabricante a ser utilizado en personas, por separado o en combinación, con alguno de los siguientes fines médicos específicos: — diagnóstico, prevención, seguimiento, predicción, pronóstico, tratamiento o alivio de una enfermedad, — diagnóstico, seguimiento, tratamiento, alivio o compensación de una lesión o de una discapacidad, — investigación, sustitución o modificación de la anatomía o de un proceso o estado fisiológico o patológico, — obtención de información mediante el examen in vitro de muestras procedentes del cuerpo humano, incluyendo donaciones de órganos, sangre y tejidos, y que no ejerce su acción principal prevista en el interior o en la superficie del cuerpo humano por mecanismos farmacológicos, inmunológicos ni metabólicos, pero a cuya función puedan contribuir tales mecanismos. Los siguientes productos también se considerarán productos sanitarios: — los productos de control o apoyo a la concepción, — los productos destinados específicamente a la limpieza, desinfección o esterilización de los productos que se contemplan en el artículo 1, apartado 4, y en el párrafo primero del presente punto».

Así, podemos encontrarnos con 3 supuestos diferentes en el ámbito de la nanomedicina: un medicamento, que se regiría por la Directiva 2011/83/CE; un producto médico, el cual quedaría regulado por el Reglamento (UE) 2017/745; y finalmente, una aplicación que contuviera elementos de «medicamento» y de «producto médico».

En este último supuesto, el Reglamento (UE) 2017/745 viene a arrojar un poco de luz sobre el marco normativo aplicable. En su art. 1.7. indica que, cuando el producto incorpore como parte integrante una sustancia que, utilizada por separado, se consideraría un medicamento y que tenga una acción accesoria respecto a la del producto, deberá ser evaluado y autorizado con arreglo a lo establecido en dicho Reglamento. No obstante, si la acción de esa sustancia es principal y no es accesoria respecto a la del producto, el producto integrado estará regulado por la Directiva 2001/83/CE.

Sin embargo, el supuesto más complejo se presenta cuando el medicamento y el producto sanitario forman parte de un todo indivisible. En tal caso, el artículo 1.9. del Reglamento (UE) 2017/745 establece: «*si el producto destinado a administrar un medicamento y el medicamento se introducen en el mercado de modo que constituyan un único producto integrado destinado a ser utilizado exclusivamente como tal y que no sea reutilizable, dicho producto único integrado estará regulado por la Directiva 2001/83/CE [...]. En ese caso, se aplicarán los*

requisitos generales de seguridad y funcionamiento pertinentes del anexo I del presente Reglamento en lo tocante a la seguridad y el funcionamiento de la parte que constituye un producto sanitario del producto único integrado».

En definitiva, si el producto es divisible será regulado por la Directiva 2001/83/CE y el Reglamento (UE) 2017/745. No obstante, si el producto es indivisible la norma aplicable es la Directiva 2001/83/CE.

3. La ética aplicada a la nanociencia

La ciencia y tecnología actual que se desarrollan a nanoescala tienen un papel protagonista en la actividad científica actual. Las enormes expectativas que ha generado la nanociencia y la nanotecnología y las exigencias que rodean a este sector no pueden ser motivo suficiente para que su desarrollo no vaya acompañado por la supervisión adecuada y una regulación suficiente para erradicar o minimizar sus efectos negativos.

Aún nos situamos en una fase muy primitiva a tenor de las posibilidades que puede ofrecer la nanotecnología, y nos encontramos ante la posibilidad de, esta vez sí, hacer las cosas bien. La importancia que se desprende de la nanociencia la hace merecedora de un desarrollo sostenible, que le permita un paso firme, pero sin descuidar los riesgos que la rodean, que son numerosos e importantes. Es necesario dimensionar esos riesgos para controlarlos, pero sin olvidar el poder transformador de la nanotecnología. A tal fin, la ética puede ser clave para orientar y conformar la nanotecnología como bien colectivo de la sociedad¹⁰⁵.

La complejidad de la nanotecnología como técnica interdisciplinaria, y su desarrollo aun primario hacen que establecer una regulación al respecto sea altamente complejo; como los juristas bien conocemos, el Derecho suele ir con retraso respecto de la sociedad. Es por esto que la aplicación de la ética a la nanociencia y la nanotecnología nos da la posibilidad de prever futuros problemas o por lo menos plantear cuestiones que permitan establecer un rumbo de desarrollo más adecuado. De este modo, la nanoética debe tener un carácter prospectivo, y anticiparse a la realización de los proyectos nanotecnológicos¹⁰⁶, es decir, aplicar la ética a un futuro inexistente. Además, la ética ya ha sido aplicada al desarrollo de otras tecnologías por lo que su vinculación a la nanotecnología no debe ser muy diferente.

El acercamiento de la ética al mundo «nano» permite responder y valorar las cuestiones más relevantes vinculadas a este sector: ¿qué aplicaciones puede ofrecer

¹⁰⁵ TOMÁS QUIRINO, C. y SANCÉN CONTRERAS, F. (2014: 58).

¹⁰⁶ LINARES SALGADO, J. E., “Nanoética, un nuevo campo para viejos problemas del riesgo tecnológico”, en *Contrastes*, Vol. XVIII (2013), p. 347.

la nanotecnología y cuáles son sus efectos?, ¿cuáles pueden ser las consecuencias?, ¿se puede afrontar su desarrollo desde la equidad económica?, ¿se puede proteger el derecho a la salud cuando estamos expuestos a nanopartículas libres en el entorno?, ¿cómo se debe regular este sector?, etc.

Conviene resaltar que los problemas éticos que concibe la nanotecnología no son muy distintos de los que ha planteado el desarrollo de otras tecnologías.

Problemas como la distinción entre curación y mejoramiento, el acceso de toda la población a los nuevos tratamientos quirúrgicos, la manipulación de la información genética no sólo para la construcción de nuevos seres humanos, sino para la obtención de tejidos en el mismo organismo con propiedades diversas, traen necesariamente a discusión el problema de la ética para la práctica de la medicina. En este sentido, es necesario hacer referencia a la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica, que tiene por objeto, a tenor de los rápidos avances, regular las pruebas genéticas y su implicación en los biobancos¹⁰⁷.

Todo esto abre un campo de reflexión originado en la medicina, pero que toca aspectos universales del ser humano y que tradicionalmente se trata en el ámbito de la ética¹⁰⁸. Es por esto que la relación de la medicina con la ética adquiere hoy día nuevos retos, derivada de la incorporación de la nanotecnología a la investigación y práctica médica.

Otra cuestión ética que debe ser planteada en torno a la nanotecnología (especialmente en su aplicación con la medicina) es la relacionada con la accesibilidad. La brecha social que existe actualmente provoca que una parte importante de la población tenga dificultades o le sea imposible acceder a las posibilidades que ofrecen avances tecnológicos como la nanotecnología. En este sentido, los Estados deben proteger la nanotecnología de una excesiva privatización que desemboque en altos costes y en opacidad.

Por otro lado, si como se espera de la nanotecnología se desarrollan nanomedicamentos más eficientes, es responsabilidad de las instituciones públicas garantizar un acceso igualitario a los mismos.

Esta opacidad es otra de las cuestiones importantes a tratar. El secretismo que caracteriza el desarrollo de la industria privada no puede generar en el desconocimiento de algunos de los inconvenientes que rodean a esta tecnología, todo ello bajo un ordenamiento jurídico ajeno a ella. Una manera de evaluar imparcialmente los riesgos y la adecuación tecnológica es fomentar la investigación científica inde-

¹⁰⁷ MARTÍNEZ NAVARRO, J. A., "Genética y Derecho. La medicina genómica en el Sistema Nacional de Salud", en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 54 (2019), pp. 337 y ss.

¹⁰⁸ SANCÉN CONTRERAS, F. (2010: 77).

pendiente de los intereses comerciales, bajo la supervisión de Estados u organismos internacionales¹⁰⁹.

Nos encontramos ante una tecnología sin desarrollar plenamente, por lo que existe un claro vacío de conocimiento, más aún si tenemos en cuenta que casi la totalidad de los profesionales médicos carecen de cualidades para manejarla. A esto debemos añadir que las posibilidades de diagnóstico que ofrece esta tecnología pueden no ser del todo entendidas por los expertos.

Para concluir, expondré la idea que expresa Tomás Quirino y Sancén Contreras sobre la aportación de la ética al mundo nano: «Gracias a esta modificación de normas antes consideradas como absolutas, surge la necesidad de pensar una ética del devenir en la que más que ajustar la acción del hombre a normas consideradas como absolutas se asuma desde dicha acción la responsabilidad de la futura realidad que se construye a partir del actuar humano. Es desde esta perspectiva que consideramos a la nanociencia y los riesgos posibles que entraña su desarrollo y aplicación en bienes útiles para la sociedad. Así, dado el amplio espectro que cubren las nanociencias, la nanoética no consiste en denunciar el riesgo, sino que tiende a precisar su ubicación y dimensión para su posible manejo»¹¹⁰.

Por consiguiente, el objetivo de la ética debe ser favorecer y fomentar una investigación en el campo de la nanotecnología desde un enfoque positivo, es decir, en la búsqueda de aplicaciones cuya contribución sea responsable y sensible a los problemas sociales y alcance las expectativas ya fijadas, sin la intención de lastrar el desarrollo de este sector.

V. MODO DE CONCLUSIÓN

La nanotecnología ha llegado para rediseñar nuestra sociedad desde todos los ámbitos. Su desarrollo e influencia marcarán los principales avances científicos y tecnológicos de las futuras décadas.

¹⁰⁹ MENDES DE BARROS, L., “Hibridación tecnológica, mediática y cultural. Las mediaciones culturales en el contexto de la globalización”, en *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, núm. 88 (2009), p. 149. Otra consecuencia de la aplicación de la nanotecnología, especialmente de la nanomedicina, cuya trascendencia ético-filosófica está siendo muy tratada es la denominada «hibridación tecnológica». La hibridación tecnológica surge cuando «en el mismo espacio social las manifestaciones artísticas populares y artesanías regionales se mezclan con los aparatos tecnológicos digitales del mundo globalizado». En este sentido, «[...] los signos de hibridación están en todas partes. El pasado y el presente se superponen y se articulan con las perspectivas del futuro. El tiempo físico diacónico encuentra su relatividad al proyectarse en otras escalas de tiempos prácticas, simbólicos». Recomiendo también: BALLESTAS, N. y RIVERA, P. E., “La hibridación tecnológica. Una aproximación al proceso comunicativo desde la perspectiva educativa”, en *Panorama*, núm. 7 (2009), pp. 21-27.

¹¹⁰ TOMÁS QUIRINO, C. y SANCÉN CONTRERAS, F. (2011: 59).

Con carácter general, lo que se espera de la nanotecnología es la creación de nuevos materiales, dispositivos e instrumentos que no solamente introduzcan cambios, sino que supongan una auténtica revolución en áreas tan importantes como medicina, industria, seguridad, defensa, medioambiente, transporte, electrónica, educación, ocio, y un largo etcétera.

En su relación con el ámbito de la salud, la denominada «nanomedicina» está destinada a adoptar los nuevos mecanismos de diagnóstico y tratamiento que regirán la prestación sanitaria del futuro. Sus posibilidades se sitúan a la altura de la medicina genómica.

No obstante, todo avance tecnológico plantea retos. En efecto, la repercusión y el potencial de la nanotecnología hacen prever el desarrollo de importantes conflictos jurídicos. En particular, el Derecho tiene la obligación de establecer las reglas y pautas a partir de las cuales aplicar esta tecnología, acotando y afrontando todos los desafíos que presente.

Primeramente, será necesario diseñar un marco normativo regulador. El ordenamiento actual de la Unión Europea se estima como insuficiente cuanto menos para afrontar los retos jurídicos que se han planteado en campos como: la toxicidad de los nanomateriales, los efectos en el medioambiente y la salud pública, y, especialmente, en la patente de nuevos medicamentos diseñados a nanoescala.

Segundamente, es requisito indispensable establecer protocolos de desarrollo e investigación estandarizados. Para ello, será imprescindible acotar y consensuar términos esenciales a nivel internacional¹¹¹.

Finalmente, el Derecho deberá ejercer como un medio de contención o conducción razonado que sea capaz de medir el impacto social de la ciencia y tecnología en este campo, para realizar los cambios de dirección que sean considerados como necesarios. Asimismo, la Administración Pública deberá velar por un uso no discriminatorio de todas las posibilidades que nos aportará el ámbito de la nanociencia.

¹¹¹ RODRÍGUEZ MANZANERA, C., «Desde la filosofía del derecho, una mirada a la nanociencia y a la nanotecnología», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México*, (2011), p. 249.

VI. BIBLIOGRAFÍA

AGUAYO GONZÁLEZ, F.; ZARZUELA ROLDÁN, E.; y LAMA RUIZ, J. R., “Nanotecnología y nanoquímica”, en *Sevilla Técnica*, núm. 36 (2011).

ALCALÁ-ALCALÁ, S. y QUINTANAR-GUERRERO, D., “La terapia a nanoescala: ensamblaje de estructuras liberadoras de fármacos”, en *Revista Interdisciplinaria en Nanociencias y Nanotecnología*, Vol. 7, núm. 12 (2014).

BALLESTAS, N. y RIVERA, P. E., “La hibridación tecnológica. Una aproximación al proceso comunicativo desde la perspectiva educativa”, en *Panorama*, núm. 7 (2009).

BAWA, R., “FDA and Nanotech: Baby steps Lead to Regulatory Uncertainty”, en MORIYAMA, H., y SHAHIDI, F., *Bio-Nanotechnology: A revolution in Food, Biomedical and Health Sciences*, Edita Debasis John Wiley & Sons, Nueva York, 2013.

BECK, U., *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, 1986.

BERTONE, P. y SNYDER, M., “Advances in functional protein microarray technology”, en *FEBS JOURNAL*, 272, núm. 21 (2005).

CASTELL, P., “Nanotubos de carbono”, en CORREIA, A. (Coord.), *Nanociencia y Nanotecnología en España. Un análisis de la situación presente y de las perspectivas de futuro*, Phantoms foundation, España, 2011.

CHAN, J. M.; VALENCIA, P. M.; ZHANG, L.; LANGER, R.; y FAROKHZAD, O. C., “Polymeric nanoparticles for drug delivery”, en *Methods in Molecular Biology*, núm. 624 (2010).

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO, AL PARLAMENTO EUROPEO Y AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, *Nanociencias y nanotecnologías: Un plan de acción para Europa 2005/2009*, Bruselas, 2005.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO Y AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, *Aspectos reglamentarios de los nanomateriales*, Bruselas, 2008.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN, *Hacia una estrategia europea para las nanotecnologías*, Bruselas, 2004.

COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europea. Nanociencias y nanotecnologías: Un plan de acción para Europa 2005-2009*, Bruselas, 2005.

COMISIÓN EUROPEA, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee. Regulatory aspects of nanomaterials*, Bruselas, 2008.

COMISIÓN EUROPEA, *Recommendation of XXX on the definition of nanomaterial*, Bruselas, 2011.

COMISIÓN EUROPEA, *Nanotechnology: the invisible giant tackling Europe's future challenges*, Publicaciones Oficina de la Unión Europea, Bélgica, 2013.

CORREIA, A.; PÉREZ, M.; SÁENZ, J. J.; y SERENA, P. A., “Nanoscience and nanotechnology: driving research and applications”, en *Physica Status Solidi*, Vol. 1 (2007).

CORREIA, A. y SERENA, P. A., “Introducción”, en A. CORREIA (coord.), *Nanociencia y Nanotecnología en España. Un análisis de la situación presente y de las perspectivas de futuro*, Phantoms foundation, España, 2011.

CUADROS CELORRIO, M.; LLANOS MÉNDEZ, A.; y VILLEGAS PORTERO, R., *Nanotecnología en Medicina. Informe de síntesis de tecnología emergente*, Agencia de Evaluación de Tecnologías Sanitarias de Andalucía, Sevilla, 2010.

DE LA ROSA CRUZ, E., “Nanofotónica: luz + nanopartículas”, en *Ide@s CONCYTEG*, 24, núm. 2 (2007).

ECHANDI PACHECO, R., “Nanoelectrónica: la nueva era de la miniaturización y la física cuántica”, en *Revista Rhombus*, Vol. 2, núm. 5 (2006).

ECHEVERRÍA-CASTILLO, F., “Retos de este siglo: nanotecnología y salud”, en *Revista Cubana Hematología, Inmunología y Hemoterapia*, núm. 29 (2013).

ESTEVE PARDO, J., “Ciencia y Derecho ante los riesgos para la salud. Evaluación, decisión y gestión”, en *Documentación Administrativa*, núm. 265-266 (2003).

ESTEVE PARDO, J., “Convivir con el riesgo. La determinación del riesgo permitido”, en E. J. PÉREZ ALONSO, E. ARANA GARCÍA, J. L. SERRANO MORENO y P. MERCADO PACHECO, *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, Tirant lo Blanch, España, 2012.

ESTEVE PARDO, J., “Responsabilidad de la Administración y riesgos del desarrollo”, en A. B. CASARES MARCOS y T. QUINTANA LÓPEZ (dirs.), *La*

responsabilidad patrimonial de la Administración Pública: estudio general y ámbitos sectoriales, Vol. 2, Tirant lo Blanch, España, 2013.

ETPN, “The potential of nanomedicine: Why is small different”, <http://www.etp-nanomedicine.eu/public/about-nanomedicine/what-is-nanomedicine>.

EUROPEAN CHEMICALS AGENCY, *ECHA Services at a glance*, 2014.

EUROPEAN CHEMICALS AGENCY, *Programa de trabajo 2019. Aspectos destacados*, 2019.

FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. (Dir.) y otros, *Grafeno e innovación tecnológica. Aspectos jurídicos*, Editorial Ratio Legis, España, 2017.

FOLADORI, G., y INVERNIZZI, N., “La regulación de las nanotecnologías: una mirada desde las diferentes EUA-UE”, en *Vigil. Sanit. Debate*, 4, núm. 2 (2016).

GARCÍA MARTÍNEZ, J., “Nanotecnología: un sector estratégico en innovación y creación de valor”, en *Economía Exterior*, núm. 44 (2008).

GARCÍA VIDAL, A., “Nuevo reglamento de la Unión Europea sobre los ensayos clínicos de medicamentos de uso humano”, en *Análisis Farmacéutico GA&P*, (2014).

GONZÁLEZ, J. M.; LÓPEZ, M.; y RUÍZ, G., *Informe de vigilancia tecnológica. Nanomedicina (vt 5)*, en DE LA SOTA RÍUS, J. (Coord.), CEIM y Dirección General de Universidades e Investigación, Madrid, 2006.

HARRIS, S., “The regulation of nanomedicine: Will the existing regulatory scheme of the FDA suffice?”, en *Richmond Journal of Law & Technology*, Vol. 16, núm. 2 (2009).

IRACHE, J. M., “Nanomedicina: nanopartículas con aplicaciones médicas”, en *Anales del Sistema Sanitario en Navarra*, Vol. 31, núm. 1 (2008).

JIMÉNEZ SIMÓN, N., “Productos cosméticos: marco normativo y prevención de riesgos laborales”, en *Notas Técnicas de Prevención (NTP)*, núm. 1074 (2016).

LECHUGA, L. M., “Nanomedicina: ampliación de la nanotecnología en la salud”, *Curso de Biotecnología aplicada a la salud humana*, Grupo de nanobiosensores y aplicaciones bioanalíticas, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2010.

LINARES SALGADO, J. E., “Nanoética, un nuevo campo para viejos problemas del riesgo tecnológico”, en *Contrastes*, Vol. XVIII (2013).

LOERA SERNA, S.; RUIZ ÁNGELES, J.; FLORES MORENO, J.; y SOTO PORTAS, L.; “Protegiendo fármacos con nanomateriales inteligentes”, en *Revista Interdisciplinaria en Nanociencia y Nanotecnología*, Vol. 5, núm. 1 (2012).

LOZANO, A., “El nanomagnetismo y la nanóptica centrarán parte de la labor de nanoGUNE”, en *Diario Tecnología Vasca*, 11 de junio de 2011.

MARTÍNEZ NAVARRO, J. A., “Genética y Derecho. La medicina genómica en el Sistema Nacional de Salud”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 54 (2019).

MEJIAS SÁNCHEZ, Y.; CABRERA CRUZ, N.; TOLEDO FERNÁNDEZ, A. M.; y DUANY MACHADO, O. J., “La nanotecnología y sus posibilidades de aplicación en el campo científico-tecnológico”, en *Revista Cubana de Salud Pública*, Vol. 35, núm. 3 (2009).

MENDES DE BARROS, L., “Hibridación tecnológica, mediática y cultural. Las mediaciones culturales en el contexto de la globalización”, en *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, núm. 88 (2009).

MIRANDA SORIANO, R., “El tsunami de la nanotecnología”, resumen ejecutivo de la sesión impartida el 11 de marzo, Madrid, 2015.

MONTANO, P. J., “La responsabilidad de médicos y científicos ante las nuevas tecnologías biogenéticas”, en *Cuadernos de Bioética*, núm. 1 (1995).

MORENO GONZÁLEZ, J. y VALENZUELA JUAN, R., “Nanotecnología aplicada a la salud”, en *Revista I+D*, núm. 79 (2010).

MORENO MOLINA, A. M., “Productos químicos. Biotecnología. Acuerdos Voluntarios”, en Juan PICÓN RISQUEZ (Coord.), *Derecho medioambiental de la Unión Europea*, McGraw-Hill Interamericana de España, España, 1996.

MUÑOZ PÉREZ, D. y BERNAL LLUCH, R. M^a., “Análisis del impacto de la nanomedicina: consideraciones jurídicas”, en *Aletheia, Cuadernos Críticos del Derecho*, núm. 2 (2018).

Organización de Estados Iberoamericanos, *La nanotecnología en Iberoamérica. Situación actual y tendencias*, 2009, <http://www.oei.es/salactsi/nano.pdf>.

ODDONE, N.; ZAMBRANA, A.; BERVEJILLO, V.; ALBERRO, A.; y otros, “De la nanobiomoléculas a la nanobiología y nanomedicina”, en *Revista Interdisciplinaria en Nanociencias y Nanotecnología*, Vol. 6, núm. 10 (2013).

PÉREZ GÁLVEZ, J. F., “La sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud”, en J. F. PÉREZ GÁLVEZ (dir.), *La sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud en el siglo XXI*, Comares, Granada, 2015.

POOLE, C. P. y OWENS, F. J., “Introduction to the Nanotechnology”, en *Wiley-VCH*, Weinheim, (2003).

PRIETO E., “Nanometrología”, en A. CORREIA (coord.), *Nanociencia y Nanotecnología en España. Un análisis de la situación presente y de las perspectivas de futuro*, Phantoms foundation, España, 2011.

ROCO, M. y BRAINBRIDGE, W. S., “Societal Implications of Nanoscience and Nanotechnology”, *Kluwer Press*, (2001), <http://www.wtec.org/loyola/nano/NSET.Societal.Implications>.

RODRÍGUEZ MANZANERA, C., “Desde la filosofía del derecho, una mirada a la nanociencia y a la nanotecnología”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México*, (2011).

SAMITIER, J., “Nanobiología y Nanomedicina”, en A. CORREIA (coord.), *Nanociencia y Nanotecnología en España. Un análisis de la situación presente y de las perspectivas de futuro*, Phantoms foundation, España, 2011.

SAMITIER, J., “Nanomedicina: nanotecnologías aplicadas a la salud”, en *Dossier Científico SEBBM*, núm. 168 (2011).

SANCÉN CONTRERAS, F., “Nanoética y nanomedicina. Apuntes para una nueva ética de la medicina”, en *Revista Interdisciplinaria en Nanociencia y Nanotecnología*, Vol. 3, núm. 1 (2010).

SANDERSON, K., “Putting nanotechnology regulation under the microscope”, en *The Guardian*, 24 de junio de 2013.

SANZ CEBALLOS, L.; FERRIT MARTÍN, M.; y otros, “Novedades introducidas por el nuevo Real Decreto legislativo 1090/2015 de ensayos clínicos con medicamentos en España”, en *Ars Pharm.*, 57, núm. 4 (2016).

SERENA, P. A.; y CORREIA, A., “Nanotecnología: el motor de la próxima revolución tecnológica”, en *Apuntes de Ciencia y Tecnología*, núm. 9 (2003).

SERENA, P. A.; CORREIA, A.; SÁENZ, J. J.; y PÉREZ, M., “Nanotechnology applications: a driving force for R&D investment”, en *Physica Status Solidi*, Vol. 204 (2007).

SERENA, P. A., y TUTOR, J. D., “La divulgación y la formación de la nanociencia y la nanotecnología en España: un largo camino por delante”, en *Revista Interdisciplinar de Nanociencia y Nanotecnología*, Vol. 4, núm. 2 (2011).

TOMA-BIANOV, A., “European Union Regulations on nanomedicine”, en *Bulletin of the Transilvania University of Brasov*, Vol. 5 (54), núm. 2 (2012).

TOMÁS QUIRINO, C. y SANCÉN CONTRERAS, F., “Ubicación de riesgos en el trabajo a nanoescala. Una visión desde la ética”, en *Revista Interdisciplinar de Nanociencia y Nanotecnología*, Vol. 4, núm. 1 (2011).

VIDAL CORREA, L., y ZAYAGO LAU, E., “Nanomedicina: expectativas y regulación para el desarrollo”, en *Observatorio del desarrollo*, Vol. 2, núm. 8 (2014).

ZEA, R., “Nanomaterials: health effects and legislation”, en *Ingeniería e investigación*, Vol. 32, núm. 1 (2012).

**La sinergia entre Administración y sociedad:
Análisis del “Plan España Digital 2025”¹**

**The synergy between Administration and Society:
Analysis of "Plan España Digital 2025"**

Ariana Expósito Gázquez

Personal Investigador en Formación
Universidad de Almería

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA TRANSFORMACIÓN DE LA SOCIEDAD. 1. La revolución “Internet” y de las TIC: la configuración de la sociedad de la información. 2. El advenimiento de la sociedad digital: concepto y caracteres. III. EL PROCESO DE DIGITALIZACIÓN EN ESPAÑA. 1. Consideraciones previas: los planes europeos de digitalización. 2. Los proyectos de sociedad digital en nuestro país: análisis del “Plan España Digital 2025”. A. Los antecedentes de digitalización. B. La pandemia que impulsó la digitalización. C. El nuevo proyecto para digitalizar España. IV. LA NECESIDAD DE ADAPTAR LA ADMINISTRACIÓN A LOS CAMBIOS DE LA SOCIEDAD: HACIA LA ADMINISTRACIÓN DIGITAL. 1. La insuficiencia del marco legislativo actual para afrontar el proceso de digitalización. 2. La Administración digital: propuesta para una reforma de futuro. A. La datificación de la actividad. B. Los principios y valores de funcionamiento del sistema. C. La adecuación del procedimiento administrativo. D. La inclusión de las tecnologías propias de la sociedad digital en la Administración. E. La modificación e incorporación de derechos (digitales) al ordenamiento jurídico. V. FINAL. VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La incorporación de Internet y las TIC a nuestras vidas ha ocasionado profundos cambios en las relaciones sociales, hasta el punto de que, la evolución de éstas está marcando el ritmo de desarrollo de los distintos sectores de la sociedad. Este proceso de cambio digital se ha agudizado en los últimos meses como

¹ Esta colaboración ha sido elaborada en el seno del Proyecto de Investigación DER2016-76053-R, del Ministerio de Universidades.

Recibido: 13/10/2020

Aceptado: 12/11/2020

consecuencia de las restricciones y condiciones impuestas por la crisis sanitaria provocada por el Covid-19. Ante estas condiciones, el Gobierno, aprovechando el avance y consolidación de las nuevas tecnologías entre la población, ha decidido auspiciar el proceso de digitalización, que no estaba teniendo los resultados programados, aprobando el “Plan España Digital 2025”. Este Plan está destinado, en parte, a suplir las deficiencias detectadas antes y durante la pandemia, pero, también, a afrontar nuevos desafíos propios de una sociedad en evolución. Si bien, uno de los retos inminentes que debe asumir el Gobierno es la reforma de la Administración, para que se convierta en el organismo de referencia de este proceso de cambio, y para ello, hay que comenzar adecuando el marco legislativo para diseñar a una Administración auténticamente Digital.

PALABRAS CLAVE: sociedad digital, proceso de digitalización, Administración electrónica, y Administración digital.

ABSTRACT: The arrival of Internet and TIC in our lives has caused profound changes in social relations, to the point that their evolution is setting the pace for the development of different sectors of society. This process of (digital) change has intensified in recent months as a result of the restrictions and conditions imposed by the health crisis caused by Covid-19. In view of these conditions, the Government, taking advantage of the progress and consolidation of these among the population, has decide to sponsor the digitization process that, until now, was not having the planned effects, approving the “Plan España Digital 2025”. This Plan is intended, in part, to make up for the deficiencies detected before and during the pandemic, but also to face up to new challenges typical of an evolving society. However, one of the most imminent challenges that the government must take up is the reform of the administration, so that it becomes the reference point in this process of change, and to do this, it must start by adapting the legislative framework to design a truly digital Administration.

KEY WORDS: digital Society, process of digitization, electronical Administration, and digital Administration.

I. INTRODUCCIÓN

El avance de la ciencia en distintos ámbitos, el desarrollo de nuevas tecnologías, y la consolidación de las TIC e Internet como herramientas imprescindibles para garantizar las relaciones, están marcando el ritmo de evolución de la sociedad. Todos los sectores se están enfrentando a un período de transición, en el que se atisba una ruptura del orden preestablecido, para sentar nuevos principios, valores y reglas en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, hasta el momento, la estrategia con la que

nos estamos enfrentado a esta metamorfosis social es la inactividad. Los ciudadanos, simplemente, se están dejando llevar, sin oponer resistencia o trabas, por la fuerza de este movimiento. De este modo, este proceso de cambio tecnológico se asemeja, cada día más, al procedimiento de aprendizaje y asimilación de la "canción del verano" (permítanme la expresión). Los primeros acordes (digitales) de esta transformación son pegadizos, por lo que rápidamente se memorizan y repiten, una y otra vez, en el subconsciente. La realidad no es otra que se ha unificado en único dispositivo la gestión de la vida personal, familiar y laboral. Si bien, los ciudadanos aprenden comportamientos nuevos, pero sin reparar demasiado hacia dónde nos están llevando nuestras propias decisiones: simplemente, la sociedad se está entregando al cambio digital, embaucada por una melodía contagiosa, obviando la letra de la canción y lo que ésta representa.

Las nuevas tecnologías están marcando la cadencia de la evolución, sin darnos tiempo a reflexionar sobre sus consecuencias y diseñar un marco jurídico propicio para su desarrollo que respete los derechos ya reconocidos por el ordenamiento jurídico. En este sentido, la capacidad del Gobierno para resolver las controversias que se plantean se está viendo superada por la novedad, variedad y velocidad de estas disyuntivas, para adoptar decisiones y crear Derecho específico. Lo que, en sentido contrario, está retrasando el proceso de evolución, especialmente, en las instituciones públicas. Así, en un contexto donde las innovaciones crecen a un ritmo apresurado, el Derecho no puede tardar años en dar respuestas, porque, seguramente, cuando venga a establecer una solución a los problemas, ésta ya no será necesaria, o no responderá a los objetivos que la motivaron.

La metamorfosis del proceso de digitalización no culminará hasta que no se instaure una Administración consecuente con los principios, técnicas y necesidades de esta nueva forma de interacción social: una Administración del S.XXI². De este modo, si todas las relaciones jurídicas están cambiando, la Administración y su derecho (es decir, su propio régimen jurídico y de organización) deben someterse al tsunami transformador en el que el resto de los sectores están ya inmersos. Sin embargo, ésta no sólo debe dejarse llevar por los acordes (digitales) de este proceso, sino que tiene reservado un papel protagonista: la Administración debe marcar el ritmo del desarrollo. Así, ésta como la mano ejecutora del Estado, tiene que ser la directora de orquesta, ajustando la melodía, el ritmo y, por supuesto, componiendo la letra de la canción. No sólo se trata de resolver los problemas que están surgiendo, si no de dirigir el proceso de transformación que implante la sociedad digital.

² Vide PONCE SOLÉ, Juli (2019): 30, el Derecho Administrativo se define como «aquella rama del Derecho Público que regula el buen desarrollo de la función administrativa de servicio al interés general, respetando, protegiendo y haciendo efectivos los derechos de los ciudadanos, cuando la misma implique manejo de caudales públicos, datos personales o ejercicio de potestades públicas, sean éstas desplegadas por entes públicos o por sujetos privados».

II. LA TRANSFORMACIÓN DE LA SOCIEDAD

1. La revolución “Internet” y de las TIC: la configuración de la sociedad de la información

Desde el descubrimiento de Internet, (en el seno del proyecto de investigación “ARPANET”) hasta su expansión generalizada por todo el mundo, han transcurrido menos de cincuenta años. Sin embargo, la sociedad no ha quedado impasible a sus efectos: Internet ha modificado el tejido social, económico e institucional de los Estados de todo el mundo. Si bien, éste se ha convertido en la base elemental a través de la que se estructura un régimen complejo e inédito de relaciones sociales³. La Real Academia Española define Internet como «*la red informática mundial, descentralizada, formada por la conexión directa entre computadoras mediante un protocolo especial de comunicación*»⁴. Nada que ver con la descripción que realiza el Diccionario de Español jurídico, que llega a describirlo como «*un sistema mundial de comunicaciones*»⁵. De este modo, aunque desde una perspectiva técnica éste debe catalogarse como una modalidad de telecomunicación (cuya naturaleza se corresponde con un “*servicio de interés general que se presta en régimen de competencia*”⁶), Internet es mucho más que un sistema de comunicación. Éste es la base que articula una sociedad con unos caracteres propios, provocando la sinergia de dos mundos: el físico o material, y el ciberespacio o virtual.

No obstante, el éxito de Internet no habría sido tal, si no estuviera acompañado por el avance de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC⁷). No se puede obviar que Internet es inmaterial, éste no representa una realidad física, dado que, son paquetes de datos que circulan por las redes de telecomunicaciones, y es necesario un soporte (ya sea un ordenador, un teléfono móvil o cualquier otro aparato interconectable) para tener acceso al contenido que se difunde en la red. Por ahora, el ser humano no es capaz de percibir los datos que se envían y reciben, o de traducir los 1-0 en lenguaje comprensible, sin utilizar alguna de estas herramientas. En este sentido, las TIC son el resultado de los avances en microelectrónica, programación y de la informática de manera generalizada que han permitido el diseño de instrumentos de comunicación más sofisticados, con mayor capacidad de procesamiento y que posibilitan multitud de actuaciones.

³ Vide BARRIO ANDRÉS, Moisés (2017): 68.

⁴ Vide <https://dle.rae.es/internet>

⁵ Vide <https://dpej.rae.es/lema/internet>

⁶ Vide Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, artículo 2.1: «*Las telecomunicaciones son servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia*».

⁷ Vide COMISIÓN EUROPEA, Comunicación (2001)770, de 14 de diciembre, al Consejo y al Parlamento Europeo: *Tecnologías de la información y de la comunicación en el ámbito del desarrollo. El papel de las TIC en la política comunitaria de desarrollo*, Bruselas, p. 2, «*una gama amplia de servicios, aplicaciones, y tecnologías, que utilizan diversos tipos de equipos y de programas informáticos, y que a menudo se transmiten a través de las redes de telecomunicaciones*».

La implantación de Internet y la llegada de las TIC ha repercutido en todos los sectores de la población que se han visto obligados a adaptarse al medio (digital) que les rodea. Así, al igual que ocurrió durante la I Revolución Industrial, donde se distinguía entre los territorios que habían sido o no industrializados, la sociedad se ha vuelto a dividir entre quienes han sucumbido o no a las tecnologías de la III Revolución Industrial⁸, configurando una nueva forma social: la sociedad de la información. Si bien, desde una perspectiva instrumental está puede definirse como «*la extraordinaria expansión de las redes de telecomunicaciones y, en especial, de Internet como vehículo de transmisión e intercambio de todo tipo de información*»⁹. Pero, también puede ser entendida desde la conceptualización finalista como «*aquel estadio de desarrollo social caracterizado por la capacidad de sus miembros (sociedades, empresas y administraciones públicas) para obtener y compartir cualquier información, instantáneamente desde el lugar y de la forma que prefieran*»¹⁰.

En otras palabras, se puede definir la sociedad de la información como una forma de organización social en la que la generación, el procesamiento y la transmisión de la información se convierten en las fuentes fundamentales de la productividad y el poder, debido a las nuevas condiciones tecnológicas. En consecuencia, la sociedad del conocimiento¹¹ no es más que el advenimiento de estas nuevas tecnologías y la adaptación de nuestras relaciones a estas transformaciones que se han experimentado: extensión de la comunicación y aumento de la difusión y conservación del conocimiento, y con ellas, la datificación de nuestra actividad¹².

Sin embargo, los avances tecnológicos de los últimos diez años han permitido que la sociedad de la información madure, y con ella, se ha consolidado el mundo digital¹³. Su afianzamiento se ha producido gracias al progreso en los componentes de los chips procesadores y la evolución de la conectividad, a través de la banda ancha de mejor calidad y a precios económicos. Por un lado, en lo que se refiere a los chips, la evolución de su densidad permite explicar el progreso que ésta ha sufrido [se pasa en el año 1971 el primer modelo 4004 (8 bits pre-PC) tenía 2.300 transistores, y en 2019 el Ryzen Threadripper 3970X tiene 23.540.000.000 de transistores]. Y, por otro lado, en lo que respecta a la evolución de la conectividad, los progresos principales se producen sobre las comunicaciones por satélite, las redes inalámbricas,

⁸ Vide BALLESTERO MOFFA, Luis Ángel (2017): 1689.

⁹ Vide Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, Exposición de motivos.

¹⁰ Vide SERRANO FERNÁNDEZ, Marisa (2017): 11-12.

¹¹ Vide CASTELLS ARTECHE, José María (1991): 907-908.

¹² Vide MANTELERO, Alessandro (2018): 159 y ss.

¹³ Vide FLYVERBOM, Mikkel (2019): 33, «*Las plataformas digitales constituyen la infraestructura y el fundamento de tantas parcelas de la vida social, económica y cultural que apenas tiene sentido seguir distinguiendo entre mundos en línea y fuera de línea*».

la ampliación de la banda suministrada y la expansión territorial de las mismas¹⁴. La telefonía móvil tiene ya cinco generaciones. Si bien, la sociedad espera ansiosa la extensión generalizada de la tecnología 5G, con velocidades de hasta 20 Gbps de descarga y 10 Gbps de subida¹⁵.

Junto a estos progresos, hay otras áreas que ofrecen prometedores avances para el conjunto global de la sociedad, como es el caso de la inteligencia artificial y la robótica avanzada. Estas tecnologías se presentan como la base sobre la que está sustentando un nuevo período disruptivo: la IV Revolución industrial¹⁶ o digital¹⁷. Aunque ésta se encuentra en un estadio inicial, se atisba una profunda transformación de la conducta, las relaciones y de la concepción propia del ser humano que iría más allá de los caracteres identitarios de la sociedad de la información¹⁸. La sociedad, simplemente informada, está floreciendo hacia una estructura mucho más compleja. En consecuencia, estamos siendo testigos de un período de transición histórico: la metamorfosis hacia la sociedad digital¹⁹ o 4.0²⁰. Si bien, ratificando esta realidad, en estos mismos términos, se expresa nuestro ordenamiento jurídico, cuando afirma que: «*la transformación digital de nuestra sociedad es ya una realidad en nuestro desarrollo presente y futuro tanto a nivel social como económico*»²¹.

No obstante, la convergencia entre las distintas fases de evolución genera cierta confusión en la doctrina quién utiliza de manera indistinta ambos términos para referirse al proceso transformador que estamos experimentando. Sin embargo, éstas no identifican la misma realidad: la sociedad de la información corresponde al estadio en el que estamos inmersos la mayor parte de los países globalizados; mientras que, la sociedad digital es la meta por conquistar en el futuro.

¹⁴ Vide GORRELL GUIM, Antonio y GUILERA AGÜERA, Llorenç (2019): 33-35.

¹⁵ Vide MUÑOZ, Ramón (2020): 1: «*Movistar ha encendido ya su red en ocho grandes capitales de provincia con la promesa de extender la cobertura del 5G al 75% de la población antes de finales de año, incluyendo las 150 ciudades de más de 50.000 habitantes*».

¹⁶ Vide SCHWAB, Klaus (2016): 13, «*La primera vez que se utiliza el término “Industria 4.0.” es durante el CeBIT de Hannover en 2011*».

¹⁷ Vide COMISIÓN EUROPEA, Comunicación (2015) 192, de 6 de mayo, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *Una estrategia para el mercado único digital de Europa*, Bruselas, p. 2.

¹⁸ Vide FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio (2018): 52.

¹⁹ Vide BARRIO ANDRÉS, Moisés (2018): 61.

²⁰ El término de sociedad 4.0 se utiliza en referencia a la concordancia temporal con la IV Revolución Industrial.

²¹ Vide Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, Exposición de Motivos.

2. El advenimiento de la sociedad digital: concepto y caracteres

Definir la sociedad digital, cuando se encuentra en una situación primaria de desarrollo, se convierte en una disyuntiva, puesto que, su contenido, extensión y caracteres están limitados a lo que somos capaces de percibir, pero no engloba todo lo que puede llegar a ser. Por tanto, éste es un concepto en evolución, y de cuyos rasgos identitarios sólo se pueden dar las primeras pinceladas de lo que terminará por describir.

En primer lugar, es necesario reflexionar lo que engloba por sí sólo el término de sociedad digital. Según la RAE, por sociedad se entiende *«el conjunto de personas, pueblos o naciones que conviven bajo normas comunes»*²², es decir, un grupo de seres humanos que terminan desarrollando su vida bajo unos principios, normas y reglas que son universales para todos ellos. Mientras que, por digital, se entiende lo *«dicho de un dispositivo o sistema: que crea, presenta, transporta o almacena información mediante la combinación de bits»*²³. En consecuencia, digital es una cualidad que se desprende de cualquier objeto o instrumento que utiliza un lenguaje singular (0 y 1) para el tratamiento de la información. Por tanto, se advierte que el carácter digital que está directamente relacionado con Internet, por el procedimiento de creación y transporte de la información en paquetes que realiza y que, por ende, se desprende igualmente de las TIC.

Sin embargo, ambas palabras son contrapuestas: la sociedad como concepto es material y plenamente tangible a los ojos; mientras que, el carácter digital es la concreción en un lenguaje incomprensible por el ser humano. Por tanto, se puede interpretar que, mediante el término "sociedad digital" se hace referencia a la finalidad que persigue, es decir, la de digitalizar el mundo de los hechos para incorporar toda esta actividad al ciberespacio. Si bien, la acción de digitalizar, según la RAE, consiste en *«convertir o codificar en números dígitos datos o informaciones de carácter continuo, como una imagen fotográfica, un documento o un libro»*²⁴. De este modo, en la sociedad digital *«todo lo que se pueda digitalizar se digitalizará; todo lo que se pueda conectar se conectará; y, todo lo que se pueda analizar se analizará»*²⁵, aprovechando los conocimientos y técnicas adquiridos hasta el momento.

La digitalización de la actividad ha facultado la creación de un mundo digital que permite casi las mismas acciones que realizamos en la vida "real". No obstante, el mundo virtual no es sólo la traslación de la actividad física a la web, sino que,

²² Vide <https://dle.rae.es/sociedad>

²³ Vide <https://dle.rae.es/digital>

²⁴ Vide <https://dle.rae.es/digitalizar>

²⁵ Vide CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE ORGANIZACIONES EMPRESARIALES, *Plan digital 2020: la digitalización de la sociedad española*, CEOE, Madrid, 2018, p. 11.

mediante Internet y las TIC se ha creado un régimen propio de actividades y posibilidades de actuación para los seres humanos. En otras palabras, la expansión y consolidación de Internet ha derivado en la creación de dos mundos paralelos, pero interactuantes entre sí: el digital y el real. En este sentido, la doctrina apunta que la sociedad digital es lo que se ha construido sobre la base de descubrimientos, técnicas, dispositivos y aparatos creados por el ser humano, pero que, no sólo facilitan los desplazamientos o la comunicación, sino que, han creado un mundo propio vinculado a nuestra vida, autosuficiente y en el que lo convencional acaba siendo accesorio²⁶.

De este modo, un concepto válido de sociedad digital podría establecerse atendiendo a las facultades que éstas nos otorgan como grupo colectivo. De tal manera que, por sociedad digital, podría entenderse el conjunto de personas conectadas al entorno, debido al proceso de codificación de su actividad, que actúan de forma más inteligente y eficaz, gracias al análisis de los datos o información que obran en su poder. A partir de este concepto, y del análisis general de las relaciones, se observan cuatro fenómenos que se repiten como caracteres propios²⁷: la movilidad, en relación con los activos intangibles y las funciones comerciales; se sirve de los datos para su exponencial crecimiento; depende de los sistemas de la red; y propicia la difusión de múltiples modalidades de negocio. Lo que, en sentido contrario, permite definirla como una sociedad tecnificada y dependiente de las nuevas tecnologías; hipermedia, puesto que disfruta de multitud de canales conectados entre sí; y basada en las modas y tendencias que cambian al mismo ritmo que ésta crece²⁸.

No obstante, como consecuencia de esa incertidumbre ya avanzada sobre los caracteres en los que se sustentará su desarrollo, hay quienes encuentran en esta nueva sociedad un proceso transformador revolucionario, con capacidad para reformular todos los valores y principios instaurados hasta el momento. Los cambios que se están produciendo en el ser humano, las relaciones y su entorno, tienen un alcance desconocido, y donde el Derecho se encuentra limitado para encontrar soluciones adecuadas a los problemas que se plantean. En consecuencia, se presenta un reto de igual, o superior, entidad al proceso disruptivo ocasionado con la I Revolución Industrial²⁹. Los problemas derivados de la inteligencia artificial, la robótica, los algorítmicos y el desarrollo de las actividades en biotecnología o neurología son innovaciones sin precedentes. Y, es por ello, que el ordenamiento no se puede limitar a adaptarse, sino que, se debe crear Derecho, capaz de abarcar todas las nuevas realidades a las que, más pronto que tarde, se tendrá que enfrentar. Sin embargo, las dificultades de este proceso transformador no se limitan a los descubrimientos tecno-

²⁶ *Vide* DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás (2018): 22.

²⁷ *Vide* SAINT-AMANS, Pascal (2017): 61-62.

²⁸ *Vide* GORRELL GUIM, Antonio y GUILERA AGÜERA, Llorenç (2019): 37.

²⁹ *Vide* PIÑAR MAÑAS, José Luis (2019): 2 y ss.

lógicos, sino que, también se están deteriorando los valores y principios de todo tipo: morales, culturales, políticos, religiosos, y éticos. En este mismo sentido, hay autores que definen la sociedad digital por «el debilitamiento del orden establecido, en la búsqueda de generar un reclamado nuevo orden, siguiendo el carácter cíclico de nuestra historia»³⁰. Esta realidad ha llevado a la doctrina a afirmar que estamos contemplado un nuevo período de la sociedad, que supone el nacimiento de una nueva Era³¹.

Pese a la incertidumbre descrita, ante los cambios que introduzca la metamorfosis de la sociedad, esta generación no debe limitarse a refrendar el proceso de cambio. Todo lo contrario: hay que adoptar las medidas y garantías necesarias para sentar las bases, principios y derechos de la sociedad que queremos llegar a ser. No basta con observar las alteraciones que se están produciendo, debemos ser los agentes que favorezcan el cambio. Somos la generación bisagra que permitirá asentar la sociedad del futuro, y debemos actuar en consecuencia. Si bien, el grado de eficacia con el que alcancemos este proceso influirá en el desarrollo de nuestro país, ya que éste repercute sobre su competitividad global y productividad y, por tanto, termina afectando al bienestar social.

III. EL PROCESO DE DIGITALIZACIÓN EN ESPAÑA

1. Consideraciones previas: los planes europeos de digitalización

En los inicios de la crisis económica más dura de nuestra historia, (por lo menos hasta que se puedan calcular los efectos ocasionados por la pandemia del Covid-19) la UE comienza a plantear las nuevas tecnologías como una alternativa para salir de la situación de recesión y promover el crecimiento económico y social del continente. Las megatendencias de evolución ya se evidencian: se habla de economías interconectadas a nivel mundial y un crecimiento exponencial de las TIC e Internet, donde parece estar el futuro de la humanidad. De este modo, en el marco de las competencias en las políticas sectoriales que tiene la Unión Europea, paulatinamente se han ido regulando y promoviendo distintas iniciativas y proyectos. Así, en el año 2010, mediante la estrategia de "Europa 2020", se manifiesta la necesidad de configurar un proyecto de crecimiento inteligente, para que el futuro de Europa se asiente sobre "una economía basada en el conocimiento y la innovación"³².

³⁰ Vide CANTERO OJEDA, Carlos (2018): 33.

³¹ Vide DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás (2019): 1 y ss.

³² Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2010) 2020, de 3 de marzo, Europa 2020: una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, Bruselas, p. 12.

A partir de este momento, la UE abre tres frentes sobre los que actuar para la consecución de ese crecimiento inteligente: aumentar el presupuesto en I+D; mejorar los niveles formativos de la población, promoviendo una sociedad capaz de adaptarse al mercado laboral que se está constituyendo; y actuar directamente sobre la configuración de la sociedad digital, mejorando la capacidad de Internet y las posibilidades de las TIC. Además, para alcanzar este último objetivo se crea una Agenda Digital para Europa. Si bien, aunque la agenda prioriza la constitución del mercado económico digital para asegurar el avance de la sociedad, se hacen ciertas recomendaciones para facilitar el proceso de digitalización de los Estados miembros³³.

Sin embargo, el contexto económico y social obliga a la Unión Europea a centrarse en aspectos como la gestión y control de la deuda pública que arrastran algunos Estados miembros y los problemas de empleo generalizado. Así, tras años de inactividad, la Comisión refleja en sus documentos la carencia de inversión suficiente para la digitalización de la sociedad hasta ese momento, e insta a los distintos órganos a que apuesten decididamente por la evolución³⁴. La UE es consciente de que los programas de desarrollo de la sociedad digital no están a la altura de los objetivos propuestos. Más aún, si se pone en relación con el déficit de inversión durante los años de recesión, lo que ha provocado un desfase entre la demanda de tecnología punta y la oferta dentro de la UE³⁵.

Una vez cumplidos los plazos del año 2020 para digitalizar Europa, y no habiéndose alcanzado resultados satisfactorios, sobre todo, en materias como la educación y formación, o en la adquisición de competencias digitales, la Comisión se ha marcado nuevas metas. Esta vez los esfuerzos se concentran en un período de cinco años, a través de los siguientes objetivos: en primer lugar, invertir las posiciones actuales entre personas y tecnologías poniendo a éstas al servicio de las primeras; en segundo lugar, la adecuación de la economía, para que sea justa y competitiva, en el que todas las empresas puedan disponer de los mismos medios y servicios que ofrece

³³ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2010)245, de 19 de mayo, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Una Agenda Digital para Europa*, Bruselas, pp. 18-31.

³⁴ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2014) 130, de 5 de marzo, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico Social y Europeo y al Comité de las Regiones: Balance de la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, Bruselas, p. 12: «Las comunicaciones electrónicas modernas y los servicios en línea, en particular la Administración electrónica, son, por derecho propio, sectores económicos importantes, pero también motores cruciales del crecimiento y la productividad de la economía en su conjunto. El hecho de que Europa invierta menos en TIC y las utilice también menos justifica en buena medida la diferencia de productividad de la mano de obra de la UE con respecto a la de EE. UU. (...).»

³⁵ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2016) 587, de 14 de septiembre, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: la conectividad para un mercado único digital competitiva, hacia una sociedad europea del Gigabit*, Bruselas, pp. 1-2.

el mundo digital; y en tercer lugar, la construcción de una sociedad abierta, democrática y sostenible, donde el ciudadano mantenga el control de sus datos³⁶.

En consecuencia, la sociedad digital se está construyendo más por intuición evolutiva que por verdadera actividad legislativa, hasta el momento. Los planes de la UE son ambiciosos, pero la inversión económica no es proporcional a los objetivos: bien porque, los Estados no están empleando de forma eficiente (o suficiente) los recursos en el proceso de digitalización; o bien porque, la UE debería adoptar un papel con mayor protagonismo, asumiendo el liderazgo de este proceso de cambio. En puridad, no existe en la actualidad ninguna otra institución con capacidad y medios idóneos para dirigir esta transformación. Asimismo, si a esto le sumamos el declive económico actual, la realidad es que pocas otras opciones resultan factibles. Por ello, es necesario solicitar a la UE que dé el empuje que la sociedad digital necesita para consolidarse.

2. Los proyectos de sociedad digital en nuestro país: análisis del “Plan España Digital 2025”

A. Los antecedentes de digitalización

Los primeros planes en materia de modernización y advenimiento de la sociedad de la información fueron el Plan Info XXI³⁷ en el año 2000, el Programa España.es³⁸ en 2003, el Plan Avanza³⁹ en 2005, y el Plan Avanza 2⁴⁰ en 2010. Sin embargo, el verdadero impulso de evolución de la sociedad se produce con la Agenda Digital para España en el año 2013⁴¹ que, imitando el plan europeo, sienta las bases del modelo a seguir en materia de TIC. Sin embargo, la mayor parte de la acción se concentró en el año 2015 con el Plan de Transformación digital de la Administración General del Estado (AGE) y sus Organismos Públicos. Con posterioridad, no hay acciones relevantes que no sean Derecho de la UE propiamente dicho, tanto es así, que el informe DESI del año 2019 manifiesta la falta de compromiso del ejecutivo con la transformación digital.

Si bien, se han incumplido algunos de los objetivos propuestos: el capital humano formado en nuevas tecnologías es más bajo que la media de la UE; una quinta

³⁶ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2020) 67, de 19 de febrero, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: configurar el futuro digital de Europa*, Bruselas, pp. 2-3.

³⁷ Vide Plan INFO XXI: la sociedad de la información para todos, 2000.

³⁸ Vide España.es: programa de actuaciones para el desarrollo de la sociedad de la información en España, 2004.

³⁹ Vide Plan Avanza: 2006-2010 para el desarrollo de la sociedad de la información y la convergencia con Europa y entre Comunidades Autónomas y Ciudades Autónomas, 2005.

⁴⁰ Vide Plan avanza 2: estrategia 2011-2015, 2010.

⁴¹ Vide GOBIERNO DE ESPAÑA, *Agenda digital para España*, Madrid, febrero de 2013.

parte de los españoles no están conectados a la red; y casi la mitad de la población no tiene competencias digitales básicas. La situación de digitalización en España no es positiva teniendo en cuenta que es la cuarta economía de Europa, y que se encuentra en la posición undécima (57,5 puntos) dentro del ranking europeo de digitalización, aunque esté por encima de la media europea (52,5 puntos). Asimismo, países como Malta, Estonia, o Luxemburgo superan en desarrollo digital a España, situación que insta a mejorar el proceso de digitalización del país⁴².

B. La pandemia que impulsó la digitalización

Las perspectivas de digitalización de la sociedad española se han visto mercedadas a consecuencia de la inestabilidad política del país y la falta de inversión generalizada en los sectores estratégicos de las nuevas tecnologías durante los últimos años⁴³. Por ello, el año 2020 se contemplaba como símbolo de nuevo comienzo y una oportunidad para marcar la hoja de ruta hacia la consecución de la digitalización de la sociedad. Sin embargo, nadie esperaba que esta nueva década empezara con una pandemia que paralizara la actividad económica y social de medio mundo durante meses, por lo que, las expectativas de crecimiento han vuelto a hundirse.

No obstante, pese a las fatales consecuencias provocadas por la crisis del Covid-19, es necesario matizar que, al menos, ha tenido algún efecto positivo en la población. El confinamiento obligatorio que se impuso en el mes de marzo supuso un acercamiento de los ciudadanos a las nuevas tecnologías, descubriendo funciones y actividades, hasta ahora utilizadas por unos pocos, como es el caso de las compras por Internet, el uso de las redes sociales como medio de comunicación⁴⁴, o de los servicios públicos digitales para relacionarse con las distintas Administraciones Públicas⁴⁵. De este modo, la crisis del Covid-19 ha obligado a usar las TIC y los servicios digitales, lo que ha favorecido el proceso de incorporación y de aprendizaje de competencias digitales entre la población.

El desarrollo de nuestra actividad rutinaria, sin más remedio, ha tenido que adaptarse al medio digital durante la pandemia. El ejemplo más pragmático es la incorporación de la modalidad de teletrabajo hasta ese momento desincentivado por

⁴² Vide COMISIÓN EUROPEA, *Índice de la Economía y la Sociedad Digitales: Informa del España 2019*, Bruselas, 2020, pp. 3 y ss.

⁴³ Vide PÉREZ GÁLVEZ, Juan Francisco (2015): 27.

⁴⁴ Vide SMARTME ANALYTICS, *Estudio del impacto del coronavirus en el uso del teléfono móvil*, marzo de 2020, p. 4: «El impacto más evidente de esta nueva situación ha sido un aumento considerable en el uso del teléfono móvil. Desde la primera semana analizada, su uso medio diario ha crecido en casi una hora, situándose en las 3h y 24 min durante la semana en la que se decretó el Estado de Alarma por parte del Gobierno. Este aumento de hasta un 38,3% está causado por la necesidad de comunicación con nuestros seres queridos, así como de entretenernos, que realizamos ahora gracias a las nuevas tecnologías y diversas aplicaciones que nos lo permiten hacer aun estando aislados físicamente los unos de los otros».

⁴⁵ Vide VALERO TORRIJOS, Julián (2020): 28.

las empresas y el Sector Público. El teletrabajo pasa de representar una cifra simbólica en nuestro país, a englobar a todas aquellas actividades que por su naturaleza podrían desarrollarse de forma telemática, llegando a representar el 34% de la población activa⁴⁶. Así, aunque más por miedo a la llegada de la segunda ola que por auténtico deseo del ejecutivo, se ha dotado de forma reciente de soporte legal tanto para los trabajadores⁴⁷, como a los empleados públicos⁴⁸. O, una situación similar ha ocurrido con la salud electrónica⁴⁹ que se convirtió en el recurso idóneo para prestar asistencia sanitaria a los pacientes, disminuyendo los riesgos de contagio para el personal sanitario, pero también, de los propios enfermos⁵⁰. Sin embargo, tanto la telemedicina, como la teleasistencia, son instrumentos que cuentan con arraigo dentro del Sistema Nacional de Salud⁵¹, por lo que, la única novedad es la obligatoriedad de su utilización durante la pandemia y, en consecuencia, haberse impuesto frente a los medios tradicionales.

Otro ejemplo, es la educación a distancia que se convirtió durante la pandemia en la única forma de continuar con el curso académico "normal" de nuestros estudiantes. Aunque, éste se ha desarrollado, más con pena que con gloria, especialmente por la falta de homogeneidad en el tratamiento. Si bien, la crisis del Covid-19 ha puesto de manifiesto las deficiencias digitales de nuestro sistema educativo, principalmente, porque el derecho de acceso a Internet⁵² y de inserción y aprendizaje del uso de los medios digitales⁵³ no cuenta con las garantías suficientes en el ordenamiento jurídico. Así, durante este período se han acrecentado las desigualdades sociales en todos los niveles educativos, atendiendo a criterios tales como: la capacidad económica de las familias, entre quienes contaban con las herramientas necesarias o no para continuar el aprendizaje; las zonas territoriales (urbanos o rurales); y la adquisición previa de competencias digitales suficientes.

En consecuencia, el uso de las nuevas tecnologías se convirtió en nuestro mejor aliado para combatir la crisis del Covid-19, paliando los efectos económicos y ayu-

⁴⁶ Vide INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, "El teletrabajo en España y la UE antes de la COVID-19", 2020.

⁴⁷ Vide Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, del trabajo a distancia.

⁴⁸ Vide Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, artículo 1.

⁴⁹ Vide MARTÍNEZ NAVARRO, Juan Alejandro (2018): 29, «La salud electrónica se puede definir como el conjunto de servicios sanitarios prestados de forma telemática o en relación con las Tecnologías de la Información y la Comunicación, y añadiría, interconectados entre sí. Este último apunto, a mi modo de ver, es clave».

⁵⁰ Vide CIERCO SEIRA, César (2020): 71.

⁵¹ Vide PÉREZ GÁLVEZ, Juan Francisco (2017) : 14.

⁵² Vide Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, artículo 81.

⁵³ Ídem Artículo 83.

dando a contener los problemas sanitarios, lo que ha obligado a legislar sobre algunas de estas materias. De este modo, el Derecho de carácter excepcional⁵⁴, ha promovido la evolución de la sociedad, en algunas parcelas, mucho más de lo efectuado por el derecho específico en los últimos diez años en nuestro país. Por ello, es necesario reflexionar si debemos incluir aquellas disposiciones innovadoras y que han obtenido buenos resultados como derecho ordinario en nuestro ordenamiento jurídico⁵⁵. Las crisis son el contexto perfecto de desorganización para abordar cambios y, por ello, debería aprovecharse más que nunca para reconducir y marcar las directrices de la sociedad del futuro que queremos ser. Si bien, esto mismo ha debido de pensar el ejecutivo que, aprovechando la coyuntura del proceso de digitalización de nuestro país, ha aprobado un nuevo Plan Digital para España con diversos objetivos.

C. El nuevo proyecto para digitalizar España

El “Plan España Digital 2025”⁵⁶ se estructura de forma semejante a sus antecesores, centrándose, principalmente, en cuatro ejes de actuación: el despliegue de redes y servicios que posibiliten la conectividad digital; la digitalización de la economía; la mejora de la Administración, y la formación de la sociedad en competencias digitales. El Plan advierte las deficiencias que han presentado los programas anteriores, especialmente frente a la capacitación digital de la población, la superación de la brecha digital, y la falta de conectividad de velocidad suficiente en los entornos rurales. No obstante, si hay un problema que se ha exhibido durante la crisis del Covid-19 ha sido la falta de interoperabilidad⁵⁷ de los sistemas (especialmente entre las Comunidades Autónomas), y de previsión digital y electrónica de los medios⁵⁸. Así, atendiendo a estos problemas, el Plan se centra en conseguir diez grandes objetivos que se pueden sistematizar de la siguiente manera.

En primer lugar, se prosigue con el proceso de implementación de la sociedad digital a través de tres grandes proyectos: la garantía de la conectividad de la población, el despliegue de las redes de Internet Tecnología 5G, y reforzar las capacidades digitales de la población. El primero de los objetivos consiste en dotar del servicio de Internet a la totalidad de la población, sin que quepan excepciones a la universalidad del servicio⁵⁹. Para ello, se adoptará el “Plan de Conectividad” y se contempla la posibilidad de desarrollar bonos sociales de conectividad para los colectivos más vulnerables, así como otros programas orientados a reducir las brechas sociales (aunque

⁵⁴ Vide ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente (2020): 2.

⁵⁵ Vide ZAMORA ROSELLÓ, M^a Remedios (2020): 16.

⁵⁶ Vide GOBIERNO DE ESPAÑA, “*Plan España Digital 2025*”, Madrid, 2020.

⁵⁷ Vide GAMERO CASADO, Eduardo (2017): 499 y ss.

⁵⁸ Vide COTINO HUESO, Lorenzo (2020): 3.

⁵⁹ Vide GOBIERNO DE ESPAÑA, “*Plan España Digital 2025*”, Madrid, 2020, pp. 16-18.

esto ya estaba previsto en la Ley General de las Telecomunicaciones⁶⁰). Además, también se prevé la aprobación de una nueva Ley General de las Telecomunicaciones, que refuerce el despliegue de redes de alta velocidad, y el avance en la protección de los derechos digitales, creando nuevos niveles de obligaciones para los operadores del servicio. No sabemos si el proyecto se quedará en la creación de un régimen auténtico, o en la mera modificación del marco jurídico vigente.

Mientras que, el segundo de los objetivos consiste en el despliegue total de las redes de 5G en nuestro país⁶¹. Y, para la consecución de competencias digitales de la población, se prevé la concreción de distintos programas: por un lado, el programa "Educa en Digital" que consiste en la transformación del sistema educativo, mediante la dotación de dispositivos y recursos tecnológicos a todos los centros educativos; el "Plan Nacional de Competencias digitales" dirigido a todos los sectores de la población (ciudadanía, ámbito educativo, FP, trabajadores, y desde una perspectiva más avanzada, en tratamiento de datos y uso de la Inteligencia Artificial); y el "Plan Uni-Digital", dirigido a las Universidades Públicas, para reforzar las competencias digitales del profesorado y estimular la innovación docente⁶².

En segundo lugar, se prevé reforzar la ciberseguridad de nuestro país, con las siguientes medidas: creación de un servicio público de ciberseguridad; y, la implantación de un Centro de Operaciones de Ciberseguridad que mejore la prevención, vigilancia y detención de estos problemas, y optimice la capacidad de reacción y respuesta ante un ciberataque, entre otras actuaciones⁶³. En tercer lugar, se prevé la transformación digital del Sector Público, simplificando las relaciones de la ciudadanía con las Administraciones y personalizando los servicios públicos digitales. Para ello, se creará una APP para gestionar solicitudes y citas previas desde el móvil, y que permita el acceso a los distintos servicios públicos. Y, como novedad, se prevé la configuración de un sistema centralizado de notificaciones electrónicas y de interconexión de registros. Además, se reforzarán las infraestructuras tecnológicas del Sector Público, se crearán nuevos puestos de trabajo adaptados a estas necesidades digitales, y se mejorará el marco regulatorio de la Administración Digital, entre otras medidas⁶⁴.

En cuarto lugar, se encuentra el bloque destinado a la transformación digital de las empresas, sobre todo, dirigido a las PYMES, y el emprendimiento digital⁶⁵. En quinto lugar, un proyecto transversal que afecta a distintos sectores de nuestra

⁶⁰ Vide Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, artículo 25.1. f)

⁶¹ Vide GOBIERNO DE ESPAÑA, "Plan España Digital 2025", Madrid, 2020, pp. 23-24.

⁶² Vide GOBIERNO DE ESPAÑA, "Plan España Digital 2025", Madrid, 2020, pp. 30-31.

⁶³ *Ibidem* pp. 34-35.

⁶⁴ *Ibidem* pp. 41-47.

⁶⁵ *Ibidem* pp. 51-54.

economía: se habla de impulsar un sector agroalimentario digital, que apueste por la industria 4.0, atendiendo a la eficiencia productiva y logística; un proyecto de salud digital con tres ámbitos de actuación, investigación y diseño preventivo, asistencia y herramientas a la ciudadanía para mejorar sus decisiones, y la dotación de herramientas de telemedicina y autodiagnóstico para mejorar su accesibilidad; otro proyecto centrado en la movilidad digital, situada dentro del marco de las Smart Cities; la promoción del turismo inteligente, a través de la dotación de herramientas tecnológicas al sector, entre otros⁶⁶.

En sexto lugar, se promueve la transformación del sistema económico de nuestro país para focalizar una atención especial sobre la economía de los datos, impulsando la inteligencia artificial y la creación de un marco ético y jurídico para la IA basado en los valores compartidos de nuestra sociedad. Si bien, para la consecución de estos planes se prevé una estrategia nacional de inteligencia artificial; la creación de la Oficina del Dato, encargada de la buena gobernanza de los datos públicos y de diseñar estrategias de crecimiento; la configuración de un Consejo Asesor de la Inteligencia Artificial, para el análisis de los cambios que se van a producir como consecuencia de la revolución tecnológicas de la IA y la robótica; y una estrategia de datos en la nube, siguiendo el modelo Europeo⁶⁷. Y, finalmente, se prevé la consolidación de los derechos digitales de la ciudadanía. Para ello, se elaborará una Carta de Derechos Digitales que contribuirá a superar las brechas que las nuevas tecnologías implantan en la población, en todos sus términos (sociales, económicos, de género, generacionales o territoriales). Y, además, se llevará a cabo el Proyecto “*Digital Future Society*” para mejorar el impacto de la tecnología en la sociedad. Si bien, la Carta de los Derechos Digitales cuenta ya con un precedente en nuestro ordenamiento jurídico en la legislación catalana⁶⁸.

El nuevo plan de España para digitalizar la sociedad se presenta como una bocanada de aire fresco en las previsiones del ejecutivo que, aunque continúa persiguiendo objetivos no culminados en los procesos anteriores, al menos parece seguir las recomendaciones de la UE sobre los sectores estratégicos. Así, se prevé la configuración de unos servicios públicos adaptados a las necesidades digitales de la ciudadanía; se promueve la consolidación de la economía de los datos auspiciada por la Unión Europea; o se comienza a plantear cuestiones transversales, tales como la irrupción de la inteligencia artificial y la robótica, en nuestra sociedad. Eso implica un cambio generacional, al menos a priori, en las políticas públicas.

⁶⁶ *Ibidem* pp. 59-61.

⁶⁷ *Vide* GOBIERNO DE ESPAÑA, “*Plan España Digital 2025*”, Madrid, 2020, pp. 70-71.

⁶⁸ *Vide* <http://www.icab.cat/files/242-500413-DOCUMENTO/CartaDretsDigitalsCAS-v1.pdf>

IV. LA NECESIDAD DE ADAPTAR LA ADMINISTRACIÓN A LOS CAMBIOS DE LA SOCIEDAD: HACIA LA ADMINISTRACIÓN DIGITAL

1. La insuficiencia del marco legislativo actual para afrontar el proceso de digitalización

El régimen jurídico y de organización de la Administración Pública lleva años sumergido en una vorágine de reformas para intentar adaptarse a las posibilidades que implican las nuevas tecnologías y dar respuesta a las necesidades que éstas generan en la sociedad⁶⁹. El mejor ejemplo de este proceso de cambio lo encontramos en los instrumentos que ha ido incluyendo dentro de su régimen jurídico: primero, se incorporan “los medios mecánicos de producción en serie”⁷⁰ para resolver los expedientes administrativos; luego, se incluye “la aplicación de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos”⁷¹; después, “la aplicación de medios electrónicos a los procesos de trabajo y la gestión de los procedimientos y de la actuación administrativa”⁷²; y, finalmente, la actuación automatizada íntegra del procedimiento administrativo⁷³.

Las últimas reformas legislativas [La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común y de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Sector Público (en adelante LRJSP), y la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos de Sector Público] están destinadas a la incorporación de los medios electrónicos a las Administraciones y el Sector Público. La aprobación de las denominadas como “leyes siamesas”, cuya finalidad era integrar la administración electrónica en el cuerpo principal del Derecho Administrativo, para dotar la norma de coherencia y visibilidad dentro del ordenamiento jurídico⁷⁴, no ha estado exenta de (merecidas) críticas.

La doctrina, de forma unánime, ha manifestado su reprobación por: la disgregación del marco jurídico general del derecho administrativo en dos textos legislativos⁷⁵; la falta de coherencia interna entre las normas⁷⁶; la excesiva precisión de algu-

⁶⁹ Vide VALERO TORRIJOS, Julián y CERDÁ MESEGUER, Juan Ignacio (2020b): 103.

⁷⁰ Vide Ley de 17 de julio de 1958, de Procedimiento Administrativo, artículo 38.

⁷¹ Vide Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, artículo 45.1.

⁷² Vide Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, artículo 33.1.

⁷³ Vide Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, artículo 41.

⁷⁴ Vide GAMERO CASADO, Eduardo (2016): 2.

⁷⁵ Vide RODRÍGUEZ VILLAR, Beatriz (2016): 233.

⁷⁶ Vide SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (2015): 21; Vide FERNÁNDEZ FARRERAS, Germán (2016): 58.

nos aspectos inapropiados para una ley, y más propios de un reglamento⁷⁷; centrarse exclusivamente en la incorporación de los medios electrónicos⁷⁸ y no en la finalidad que la actuación administrativa debe cumplir⁷⁹; el desconocimiento de la realidad española y su estadio de desarrollo⁸⁰; el detrimento de los derechos de los ciudadanos⁸¹; la carencia de reformas sustantivas en el procedimiento administrativo⁸²; la excesiva prórroga de su entrada en vigor⁸³, y la falta de previsión presupuestaria para su concreción⁸⁴.

Si bien, las incorporaciones más relevantes en materia de medios y relaciones electrónicas son las siguientes: la consagración del principio de preferencia del medio electrónico en las relaciones (art. 3.2 de la LRJSP); la concreción de un derecho y un deber de relacionarse por este medio (artículo 12, 13, y 14 de la LPAC); la configuración de los sistemas de identificación y firma electrónica (art. 9 y 10 de la LPAC, y art. 40, 42, 43 y 45 de la LRJSP); la determinación de los puntos de acceso electrónicos (art. 36 y 38 de la LRJSP); el establecimiento de registros electrónicos y su régimen de cómputo de plazos (6, 16, y 31 de la LPAC); la creación de un procedimiento administrativo íntegramente electrónico (art. 17, 26, 27, 28, 36, 66.1, 70, y 80 de la LPAC, y art. 41, 46 y 46 bis de la LRJSP); el establecimiento del régimen de las notificaciones electrónicas (art. 41 y 43 de la LPAC, y art. 44 de la LRJSP); la

⁷⁷ Vide RODRÍGUEZ VILLAR, Beatriz (2016): 236; Vide SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL (2015): 24.

⁷⁸ Vide PASCUA MATEO, Fabio (2016): 201, «Por tanto el legislador abandona la concepción de la relación del ciudadano con la Administración por medios electrónicos como un derecho de éste, para configurarla como una técnica general de organización. Obviamente hay intereses públicos de consideración para ello, como el principio de eficacia, consagrado en el artículo 103.1 CE o el más reciente de transparencia (...)».

⁷⁹ Vide SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2016):18.

⁸⁰ Vide MARTÍN REBOLLO, Luis (2015): 5, «Pero eso que no significa que no existan problemas de todo tipo, entre ellos técnicos, derivados de la falta de homologación en la actividad electrónica de las distintas Administraciones, la dificultad de acceso todavía en muchos ámbitos del territorio y la existencia de una generación pre-internet en plena actividad profesional»; Vide SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, (2016): 19.

⁸¹ Vide FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (2015): 365, «Esta regulación es inaceptable absolutamente. Hasta ahora, la notificación estaba configurada como una carga que la Administración autora del acto tenía que levantar si quería que éste pudiera desplegar sus efectos propios. Para ello tenía que acudir al domicilio del interesado, que, en consecuencia, podía permanecer tranquilo en su casa sabiendo que, en tanto la Administración no viniera a ella para comunicarle el contenido íntegro del acto y los medios a su disposición para combatirlo, ningún perjuicio podía sufrir a consecuencia del acto en cuestión. Con la nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común, en cambio, la carga ha cambiado radicalmente de sentido, ya que ahora es el interesado el que tiene que acudir al domicilio electrónico de la Administración para recibir las notificaciones, so pena de caer en una situación de irremediable indefensión»; Vide PASCUA MATEO, Fabio (2016): 201 y ss.

⁸² Vide PAREJO ALFONSO, Luciano (2016): 52, «Se entiende así que el modelo de procedimiento que, definido en su preámbulo, consagra la LPAC no pueda ser más clásico (y, por tanto, superado, no por obsoleto, sino por excesivamente parcial e insuficiente para la realidad actual)».

⁸³ Es el caso, por ejemplo, de los registros electrónicos generales, de apoderamiento y de archivo único que no entrarán en vigor hasta el 2 de abril del año 2021.

⁸⁴ Vide GAMERO CASADO, Eduardo, (2016): 8.

publicidad de las normas en los portales de Internet (art. 132 de la LPAC); y la participación ciudadana en la elaboración de normas con rango de ley y reglamentos a través de este medio (art. 133 de la LPAC).

A grosso modo, las modificaciones del régimen jurídico de las Administraciones y del Sector Público se han limitado a adaptar su funcionamiento a los nuevos medios y sistemas de funcionamiento. Esto puede traducirse a la utilización de los sistemas informáticos, telemáticos y automatización del procedimiento administrativo, pero siguiendo la estructura y sistema de funcionamiento que regía en antaño⁸⁵. La reforma nunca habla de la adecuación al proceso de cambio (digital) que ésta experimentando la sociedad. En consecuencia, el proceso evolutivo no es que éste equivocado, sino que, se ha centrado en los medios e instrumentos, alejándose de la finalidad que se persigue: mejorar los servicios públicos, las actuaciones administrativas, los procesos democráticos y el apoyo a las políticas públicas⁸⁶. De tal modo que, el marco jurídico vigente es insuficiente, en algunos aspectos, para la construcción de la sociedad auténticamente digital.

La evolución de la Administración se encuentra en la misma materia prima y sistema de funcionamiento de las que se sirve el resto de los sectores de la sociedad⁸⁷. Los datos se han convertido en el petróleo del S. XXI, puesto que, son la fuente que permite la incorporación, utilización y sacar el máximo rendimiento a las posibilidades que las nuevas tecnologías ofrecen. Por ello, las Administraciones Públicas deben iniciar una metamorfosis completa, tal y como señala la doctrina, desde la base hasta la cúspide, olvidando todo lo aprendido hasta ahora que resulte inútil o ralentice el procedimiento, pero siempre que no suponga el menoscabo de los derechos de los ciudadanos⁸⁸. La remodelación de las Administraciones Públicas debe virar ya obligatoriamente hacia la digitalización, puesto que, hasta ahora el camino andado está en una línea paralela al objetivo que se pretende conseguir. Si bien, la sinergia Administración y sociedad es indispensable para que culmine el proceso de digitalización, y posibilite la llegada de la Era Digital.

2. La Administración digital: propuesta para una reforma de futuro

La clave del éxito para construir una Administración adecuada a las necesidades de la sociedad, presente y futura, se encuentra en los datos. Y, para ello, la Administración debe reformular los principios, sistemas y métodos de funcionamiento que ha aprendido hasta el momento, para incorporar los valores y técnicas del S.

⁸⁵ Vide ALAMILLO DOMINGO, Ignacio (2020): 227.

⁸⁶ Vide MARTÍNEZ PUÓN, Rafael (2017): 113.

⁸⁷ Vide CAPDEFERRO VILLAGRASA, Óscar (2020) :4.

⁸⁸ Vide MARTÍN DELGADO, Isaac (2018): 181 y ss.

XXI. Así, a modo de propuesta para iniciar la reconstrucción de la Administración, podrían tenerse en consideración las siguientes pautas.

A. La datificación de la actividad

La Administración debe iniciar el proceso de cambio asumiendo que los datos son sus nuevos aliados para la prestación de los servicios y el desarrollo de las políticas públicas. En consecuencia, el primer paso de este proceso es continuar con la actividad de datificación iniciada a partir de los años 60, construyendo grandes bases de datos automatizadas de titularidad estatal. En este sentido, la Administración debe valerse de dos categorías distintas de datos para auspiciar esa evolución: por un lado, los datos que ella misma produce y almacena; y, por otro lado, aquellos que le proporcionan los ciudadanos.

En lo que se refiere a los datos propios de las Administraciones (ad intra) las políticas de transparencia, acceso a la información pública y open data y reutilización de éstos, son la base normativa sobre la disposición y utilidad que se podrá dar a esos datos. Hasta el momento, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (y las autonómicas en esta materia), junto con la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del Sector Público, están siendo la base de desarrollo. Si bien, es la propia doctrina la que ha calificado ésta como un buen punto de partida para iniciar la reconversión y la apertura de la Administración, pero que necesita ser mejorada y ampliada⁸⁹. En consecuencia, hay que pasar de la transparencia y apertura formal, a conseguir que estos valores se integren en el funcionamiento de las actuaciones como intrínsecos y propios, tal como los que se recogen en el artículo 103 CE⁹⁰. Además, es imprescindible superar la carencia de sinergias legislativas suficiente, estableciendo un marco jurídico claro de obligaciones para la Administración y derechos para los ciudadanos, puesto que, se convierte en uno de los mayores obstáculos para implantar la transparencia y la reutilización de la información en nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, la Directiva (UE) 2019/1024, de 20 de junio, relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del Sector Público, que debe contextualizarse dentro de la estrategia con la estrategia Europea de Datos⁹¹, no remedia las deficiencias del régimen, hace falta el establecimiento de un compromiso en un texto legal de cambio del sistema de funcionamiento.

⁸⁹ Vide GIMÉNEZ SÁNCHEZ, Isabel (2014): 168.

⁹⁰ Vide MESEGUER YEBRA, Joaquín (2019): 20.

⁹¹ Vide COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (2020) 66, de 19 de febrero, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones: una estrategia europea de datos*, Bruselas, pp. 15 y ss.

Por otro lado, estarían los datos pertenecientes a los ciudadanos (ad extra), si bien estos dependen en su mayoría de las políticas que se desarrollan de participación y colaboración de los ciudadanos con los asuntos públicos. Hasta el momento, este ha sido uno de los caballos de batalla del Gobierno, en tanto que, no ha llevado a cabo ningún proyecto significativo para su consecución⁹². La evolución de la Administración debe tener como base al ciudadano, para prestar servicios públicos de calidad que se adapten y garanticen la cobertura de sus necesidades. Sin embargo, el hecho de situar al ciudadano como referente de sus decisiones implica cambiar el funcionamiento de la Administración⁹³. Además, esta realidad queda perfectamente enmarcada dentro de la construcción de las Smart Cities⁹⁴ que pueden prestar servicios más eficientes, relacionados con la movilidad urbana, la protección de la seguridad ciudadana, la consecución de servicios más sostenibles, como el alumbrado o la gestión del agua, o sobre los propios edificios e infraestructuras de titularidad pública⁹⁵.

De forma concomitante a convertir los datos en su materia prima, hay que solucionar los problemas de interoperabilidad y opacidad de funcionamiento como norma general de las distintas Administraciones. Tal y como ha sido señalado por la doctrina, sin un cambio en la normativa general que permita salvar la tradicional concepción de la información del Sector Público, como un recurso para mantener las estructuras burocráticas, y orientado a custodiar la opacidad de las instituciones, no se puede abarcar un cambio de la organización democrática⁹⁶. No obstante, de nada sirve agrupar macrodatos de forma generalizada, si no se cuenta con los mecanismos necesarios para analizarlos y extraer conclusiones relevantes⁹⁷. De ahí se advierte la importancia de que las Administraciones incorporen las técnicas de Big Data⁹⁸ (Data Warehouse, Data Mining, y Data Analytics) para el análisis de la información que recogen, en tanto que es necesario realizar las técnicas de minería, agregación y actuación sobre esos datos para dotarlos de valor. Los datos, por sí solos, aislados, mal estructurados o sesgados de forma errónea no implican nada, es un recurso insuficiente para tomar decisiones. Y, en idéntico sentido, se convierte en un reto en sí

⁹² El Plan IV de Gobierno Abierto ha asumido este reto, manifestando su compromiso de elaboración de un plan de participación ciudadana en los asuntos públicos que, además, de mejorar las condiciones de esta actividad, promueva la evaluación de planes y programas públicos en órgano consultivos y medios electrónicos.

⁹³ Vide VALERO TORRIJOS, Julián (2018): 389 y ss.

⁹⁴ Vide CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí (2020): 8, «La ciudad inteligente es aquel municipio que utiliza la tecnología de manera intensiva, innovadora y colaborativa para recopilar y analizar los datos de la ciudad con el fin de prestar servicios centrados en las personas inclusivos, eficientes, resilientes y sostenibles».

⁹⁵ Vide VELASCO RICO, Clara I. (2019): 4 y ss.

⁹⁶ Vide CRIADO GRANDE, Ignacio (2016): 99.

⁹⁷ Vide CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí (2017): 306 y ss.

⁹⁸ Vide PUYOL MONTERO, Javier (2015): 79, «conjunto de tecnologías y procesos que están permitiendo capturar y almacenar cantidades masivas de datos de diversos orígenes y tipologías».

mismo, conciliar el principio de transparencia y publicidad con los derechos de protección de datos personales y la privacidad de acuerdo con la normativa aplicable⁹⁹. Por ello, deben utilizarse las técnicas de Blockchain¹⁰⁰, o similares, para crear las cadenas de bloques en el sistema¹⁰¹, y que éstos cuenten con las garantías suficientes de seguridad de la información que obra en su poder y proveer de servicios públicos auténticamente digitales¹⁰².

B. Los principios y valores de funcionamiento del sistema

Los valores de esta nueva Administración serán la igualdad (especialmente, centrado para garantizar el acceso de estos dispositivos); la simplificación del procedimiento administrativo; la transparencia pública, con especial énfasis sobre la configuración del Gobierno Abierto; la calidad de los servicios que se presten; la accesibilidad y usabilidad por parte de los ciudadanos; la interoperabilidad entre los sistemas de las distintas Administraciones; la seguridad sobre la integridad, disponibilidad, o confidencialidad de los datos; y el principio de neutralidad tecnológica¹⁰³. Aunque, hay otro sector de la doctrina que añade los valores de inteligencia, innovación, adaptabilidad al cambio y capacidad de aprendizaje¹⁰⁴. Todas ellas características de la sociedad que conforman la nueva Era.

La reforma de la Administración debe tener como principio básico de funcionamiento de su sistema la interoperabilidad desde el diseño, así como también la neutralidad tecnológica. No se trata tanto de garantizar el principio de neutralidad propio de la red, ya que éste se entiende intrínseco al funcionamiento de la misma y es el Estado el que debe garantizar su respeto, sino la imparcialidad y accesibilidad de la tecnología. Los puntos de acceso configurados para las relaciones, así como también los programas y plataformas que se impongan (art. 36 y 38 LRJSP) deben favorecer

⁹⁹ Vide GUICHOT REINA, Emilio (2019): 285 y ss.

¹⁰⁰ Vide MERCHÁN MURILLO, Antonio (2019): 5, «El Blockchain debe entenderse como una tecnología de registro que permite almacenar y mover la información en forma de bloques, pero que genera confianza, transparencia, confiabilidad, velocidad y efectividad en las transacciones electrónicas automáticas»; Vide MARTÍNEZ CASTAÑO, Rodrigo (2018): 296-297, en estas páginas se explica cómo funciona esta tecnología a través de la criptografía asimétrica, el hash, la firma digital y las redes P2P.

¹⁰¹ El Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones, ha modificado Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, Disposición adicional sexta, prohibiendo el uso de esta técnica hasta que no sea objeto de regulación por la Unión Europea. No obstante, el Gobierno autonómico de Aragón ha resuelto en fechas recientes el primer contrato basado en esta tecnología, pero bajo el marco de un proyecto piloto supervisado por el Gobierno central.

¹⁰² Vide ALAMILLO DOMINGO, Ignacio (2020): 252 y ss.

¹⁰³ Vide CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí (2017): 62 y ss.

¹⁰⁴ Vide RAMIÓ MATAS, Carles (2017): 141.

la funcionalidad del sistema, y la simplificación del procedimiento administrativo, incluso acudiendo al sector privado para configurarla si fuere necesario. A todas luces es incomprensible que los ciudadanos no se relacionen con las Administraciones con la misma facilidad que lo hacen entre ellos y las empresas. Éstas parece que se esfuerzan en diseñar instrumentos o plataformas poco o nada afables, así como nada intuitivas para los ciudadanos. Y, a mayor complejidad y carencia de sentido en el diseño, más se alejan las Administraciones del sentir general de la población.

En este sentido, cobra especial relevancia el "Plan España Digital 2025", en tanto que, promueve la creación de una aplicación móvil para la solicitud y gestión de citas previas con la AGE. Y, además, se contempla simplificar los procedimientos de identificación y reconocimiento de los ciudadanos (art. 9 y 10 LPAC) para que puedan utilizarse con facilidad mediante los dispositivos móviles. Esto era impensable hace muy pocos años. Pero, la extensión generalizada de los teléfonos con conexión a Internet, y el hecho incuestionable de que estos son el instrumento más utilizado de comunicación entre los ciudadanos, hace más que nunca necesario que la Administración se relacione con los ciudadanos a través de este medio. Sin embargo, a modo de queja, el Gobierno se olvida de acercar estas posibilidades al resto de relaciones que se pueden establecer con otras Administraciones jerárquicamente inferiores a la estatal. ¿Qué pasa con las Administraciones locales que son las más cercanas a los ciudadanos y, por tanto, las que mejor pueden conocer sus necesidades? No se puede perpetuar un proceso de digitalización a distintas velocidades, atendiendo a la naturaleza de la Administración, el entorno rural o urbano al que se refiere, o las posibilidades económicas de éste. La transformación no puede llevar distintas velocidades de forma constante en el tiempo, porque la única consecuencia será el aumento de la brecha digital entre la población.

C. La adecuación del procedimiento administrativo

En tercer lugar, se debe afrontar la tarea de diseñar un procedimiento administrativo completamente nuevo, pensado para las necesidades del S. XXI, y que obvie los formalismos innecesarios por los que se caracteriza en la actualidad¹⁰⁵. Un procedimiento ágil, sin burocracia, ni rigideces del sistema que rompan con las formalidades y la construcción paquidérmica de la Administración. Por ejemplo, habría que dejar de incluir elementos obligatorios como la firma dentro del formulario de iniciación del procedimiento administrativo (art. 66.1 LPAC), en tanto que, con la mera identificación por certificado digital es suficiente. Además, de repensar la ordenación del procedimiento, a través de un sistema de extracción de los datos que puedan ser objeto de análisis (mediante Big Data) para su posterior reutilización en la actividad y servicios que prestan las Administraciones; y la conservación del pro-

¹⁰⁵ Vide MARTÍN DELGADO, Isaac (2019): 117.

cedimiento a través de la técnica de Blockchain, garantizado la integridad, seguridad y custodia de la información. En consecuencia, lo que se promueve es la elaboración de un procedimiento íntegramente digital desde la base, obviando todo aquello que no sea imprescindible.

Si bien, el hecho de tener un único perfil del ciudadano facilitará en gran medida la simplificación del procedimiento, así como también, la eliminación de duplicidades y la presentación de documentos que ya obran en poder de la Administración (art. 28 LPAC). Una crítica reiterada a la Administración, y que no ha sido capaz de solventar en todas las reformas legislativas que ha abordado¹⁰⁶. En este mismo sentido, destaca la intención del Gobierno de crear un sistema centralizado de notificaciones. Hasta el momento, esta había sido uno de los mayores reproches que había recibido la Administración electrónica. El hecho de generar una obligación de conectarse en los distintos portales de las distintas Administraciones para conocer si había alguna notificación puesta a nuestra disposición, frenaba la tramitación electrónica del procedimiento, de muto propio, por aquellos que no estaban obligados¹⁰⁷. Si bien, la Ley genera una obligación a los administrados que no existe en la norma. Al final el presupuesto de la Administración es que debemos tener un hábito de relacionarnos con ella, cuando esa nota de asiduidad no existe, y por ello, no encontrándose regulada una obligación en la ley, no puede aplicarse ese carácter. Sin contar que la Ley establece unos efectos jurídicos desproporcionados¹⁰⁸, entre las notificaciones en papel¹⁰⁹ y electrónica, lo que restringe las posibilidades de defensa y el legítimo ejercicio de derechos del procedimiento administrativo.

De este modo, propongo que el régimen de notificaciones en el procedimiento digital se impulse desde una perspectiva garantista de los derechos de los ciudadanos y no en su detrimento. Así, aunque aún no se puede imponer una tramitación digital obligatoria de todos los procedimientos, porque la evidente brecha digital lo impide, si que deseo que los ciudadanos se decidan de muto propio, con el paso del tiempo, por esta forma de tramitación, al encontrar algún beneficio significativo en esta nue-

¹⁰⁶ Vide SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (2015): 27, «Lo deseable sería que, cualquiera que sea el Gobierno que se forme, replantee el asunto y aborde una reforma legal que recupere la arquitectura tradicional y lógica del régimen jurídico general de las Administraciones públicas, con las modificaciones que sean necesarias o convenientes, incluyendo algunas de las incluidas en las dos Leyes que comento».

¹⁰⁷ Vide FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (2015): 366, «¿Qué quiere decir esto, que cada mañana, al levantarse, habrá que abrir el ordenador para visitar las sedes electrónicas de las Administraciones Públicas de las que uno podría recibir una notificación, esto es, del Ayuntamiento de la población donde uno vive, de la Agencia Tributaria, de la Hacienda autonómica, de la Universidad, de Tráfico, etc., etc.? ¿Pues vaya panorama nos espera!».

¹⁰⁸ Vide MIGUEZ MACHO, Luis (2016): 269.

¹⁰⁹ Vide Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, artículo 42.2.

va modalidad, relacionados con la celeridad y eficacia, o alguna otra ventaja que pueda introducir el legislador.

D. La inclusión de las tecnologías propias de la sociedad digital en la Administración

La necesidad de incorporar las tecnologías que configuran la Revolución digital al funcionamiento e instrumentos de desarrollo de las actuaciones y servicios públicos es un hecho incuestionable. El Sector Público en general, pero, especialmente, las Administraciones Públicas en particular, tienen que asumir como propias las técnicas y métodos de la sociedad digital, sirviéndose de todas aquellas herramientas que impliquen un potencial beneficio para los ciudadanos. La Administración debe promover la automatización, el uso de la inteligencia artificial y la robotización de todos aquellos trámites dentro de su sistema de funcionamiento y en el desarrollo del procedimiento administrativo para alcanzar una mayor eficiencia y eficacia. Si bien, gran parte de la actividad que realizan los funcionarios podría ser llevada a cabo, bien por sistemas automáticos simples, o bien por otro con capacidad autónoma para adoptar decisiones. Más aún, en aras de prevenir la corrupción, el ejercicio de una buena administración y de rendición de cuentas¹¹⁰. Así, tal y como señala la doctrina *«urge disponer de una interpretación auténtica y precisa del significado de estas normas. Porque, de lo contrario, estamos abocados a ejercicios especulativos y peligrosos (...)»*¹¹¹.

Hasta el momento, la automatización del procedimiento se ha incorporado de forma pacífica en nuestro ordenamiento, puesto que, beneficia a los ciudadanos al simplificar la tramitación del procedimiento, y a los funcionarios en el desempeño de sus funciones (pese a las desconfianzas generales al principio). En consecuencia, el auténtico problema se encuentra en la incorporación de las innovaciones con cierto grado de autonomía en las decisiones, en este caso me refiere al uso del IoT, la inteligencia artificial y la robótica más avanzada. Así, es necesario resolver los problemas que, desde el punto de vista jurídico generan los algoritmos (es la base de funcionamiento de estos sistemas), antes de integrarse. Por ello, en todo momento se debe garantizar el sometimiento pleno de su actuación a la Constitución, a la ley y al derecho, garantizando la protección del derecho a los datos personales y la privacidad. Pero, también, se debe asegurar la transparencia y motivación de las decisiones que se adopten, evitando que los ciudadanos sean objeto de actuaciones arbitrarias¹¹². Estas tecnologías desde el diseño deben estar destinados a defender los valores sociales y los derechos fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico. El hecho de que éstas tengan autonomía propia para tomar decisiones implica el establecimiento de

¹¹⁰ Vide PEREIRO CÁRCELES, Manuel (2019): 8.

¹¹¹ Vide MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard (2020): 10.

¹¹² Vide CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí (2019): 13 y ss.

garantías adicionales para que, en todo momento, se respeten los principios, valores y derechos por los que se constituye el Estado social.

La inteligencia artificial funciona a través de diversidad de algoritmos que le permiten el aprendizaje automático a través de un complejo proceso de análisis, que se conoce como machine learning. Si bien, todos estos algoritmos configuran la red neural profunda (ANN) que, imitando el cerebro humano, cada red está diseñada para dar una respuesta lógica a una pregunta¹¹³. Y, de igual manera, el Big Data se sirve de los datos para extraer su análisis. El problema que presenta esta tecnología es que, si los datos están minados o sesgados atendiendo a criterios que no respetan los derechos fundamentales, todo proceso posterior estará contaminado. En otras palabras, los algoritmos deben cumplir con los principios de responsabilidad y transparencia, de manera que, puedan ser constatables las reglas que han motivado una determinada resolución¹¹⁴. En este caso, hay que tener en cuenta la reciente jurisprudencia holandesa que, interpretando el alcance del respeto a la vida privada de los ciudadanos en relación con el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Reglamento de Protección de Datos, declara ilegal un algoritmo de evaluación de características personales de los ciudadanos por su falta de transparencia¹¹⁵.

Además, los problemas se incrementan con la utilización de sistemas de almacenamiento de estos datos, o computación en la nube. En España los servidores que almacenan esta información se encuentran ubicadas en territorio de la UE, lo que permite un tratamiento homogéneo, tanto por el marco jurídico aplicable, como la jurisdicción competente en la materia (art. 46 bis LRJSP). No obstante, hay que tener especial consideración respecto de la seguridad y mecanismos de protección de estos servidores, impidiendo que los datos puedan ser alterados, manipulados o eliminados. Por ello, se debe garantizar la seguridad de estos sistemas, tanto la estructura física, como el funcionamiento logístico de los mismos. De este modo, la ciberseguridad se ha convertido en un elemento transversal para garantizar el crecimiento y evolución de esta sociedad, convirtiéndose en una obligación que debe ser asumida por el Estado¹¹⁶. Prueba de ello, es el proyecto de prestar como servicio público un sistema que garantice la seguridad de los ciudadanos dentro del ciberespacio.

¹¹³ Vide MORENO FERNÁNDEZ, Luis y JIMENEZ TELLADO, Raúl (2018): 30.

¹¹⁴ Vide COTINO HUESO, Lorenzo (2017): 136.

¹¹⁵ Vide Sentencia de la Corte de la Haya, de 5 de febrero de 2020, caso 09/550982 / HA ZA 18-388, FJ 6.

¹¹⁶ Vide STC 142/2018, de 20 de diciembre, FJ 4: *«la ciberseguridad se incluye en materias de competencia estatal en cuanto, al referirse a las necesarias acciones de prevención, detección y respuesta frente a las ciberamenazas, afecta a cuestiones relacionadas con la seguridad pública y la defensa, las infraestructuras, redes y sistemas y el régimen general de telecomunicaciones»*.

En consecuencia, una vez que se superen estas trabas será más fácil incorporarlos al procedimiento administrativo. La inteligencia artificial y la robótica avanzada debe usarse para agilizar la tramitación del procedimiento administrativo, especialmente, para el análisis de datos, la resolución de actos reglados, y decisiones basadas en la evidencia. Ahora bien, no es tan recomendable su uso cuando se trate de actos que requieran una valoración o ponderación de distintos derechos, o intereses de las partes y, en todo caso, esa actuación deberá ser siempre supervisada por una persona. Huelga decir que, las cuestiones de seguridad y protección de los datos adquieren mayor importancia dentro del procedimiento administrativo, dado que, la falta de motivación puede llevar a provocar vicios invalidantes en el acto administrativo que se dicte¹¹⁷.

Si bien, tal y como advierte la doctrina, el encargado de supervisar los actos automatizados o basado en el análisis de los datos, debe tener la capacidad efectiva de supervisar el funcionamiento de los algoritmos. No obstante, se habla de incorporar nuevos mecanismos que faciliten esta labor, como el control de esta actividad mediante una agencia independiente¹¹⁸. Sin embargo, en mi opinión, sería recomendable incorporar ambos controles. Un doble control que garantizara la legitimidad y seguridad de las decisiones: (ad intra) tanto por parte de los empleados públicos con conocimiento del funcionamiento del algoritmo, pero también de las normas que resultan aplicables; y (ad extra) por una agencia independiente, encargada de certificar que los procesos automatizados o ejecutados por sistemas con cierta autonomía, cumplen con las garantías legales. Y, en consecuencia, esto lleva a afirmar la necesidad de formar a los empleados y reorganizar las funciones que llevan a cabo, promoviendo la reasignación de puestos de trabajo, y creando un clima de progreso digital general. En este sentido, se recoge dentro del Plan de España Digital 2025 una parte destinada a cumplir este objetivo, como es el proyecto de capacitación de los empleados públicos para adaptarse a la implementación de las nuevas tecnologías. Sin embargo, su integración dentro del aparato gubernamental supondrá un proceso más lento y paulatino, además de la obligatoriedad de adoptar acuerdos con los funcionarios, cuyos empleos se van a ver afectados.

En mi opinión, hasta el momento, el ejecutivo parece estar obviando la inminente necesidad de encontrar soluciones para todos los empleos públicos que sean destruidos por la llegada del progreso, o que sean incapaces de adaptarse a la nueva realidad social como consecuencia de la brecha digital. Así, aunque el proceso de sus-

¹¹⁷ Vide PONCE SOLÉ, Juli (2019): 35 y ss.

¹¹⁸ Vide CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí (2019): 20 y ss.; Vide VALERO TORRIJOS, Julián (2019): 91 y ss.

titudin no sea de carácter inmediato¹¹⁹, los planes y ayudas para superar los problemas sociales que va a generar la implantación de estas tecnologías deben comenzar a abordarse desde este mismo momento. Asimismo, mayor consideración debe tenerse, si se atiende a los argumentos vertidos en la reciente sentencia del Juzgado Social de las Palmas, de cuya interpretación se desprende que el relevo entre humanos y robots no será nada pacífico¹²⁰. Reflexionemos que se prevé que para el año 2030 el 35% de los puestos de trabajo están en riesgo de desaparecer por la llegada de los robots, o la automatización avanzada¹²¹. Y los empleados públicos, y otros puestos de trabajos vinculados a la actividad pública (como transporte, salud o servicios sociales) no quedarán indemnes a la llegada de la ola arrasadora del progreso.

E. La modificación e incorporación de derechos (digitales) al ordenamiento jurídico

Y, en quinto lugar, el proceso de cambio debe realizarse bajo la creación de un Derecho destinado a resolver los problemas y necesidades de esta sociedad que se está construyendo: un derecho digital que faculte a los ciudadanos y garantice sus relaciones. No obstante, ya existen en nuestro ordenamiento unos derechos con el calificativo de digital¹²². Si bien, éstos tienen carácter novedoso como consecuencia de que es la primera vez que se desarrollan un conjunto de derechos específicos y propios del mundo digital con un tratamiento tan homogéneo, estableciendo límites y garantías propias para las relaciones que se producen dentro del ciberespacio. Sin embargo, en cuanto a su contenido, en su mayoría, es reiterativo a lo que se dispone en otras normas y la jurisprudencia emitida por los Tribunales, tanto europeos, como españoles¹²³. Además, necesitan una norma de desarrollo y concreción de los límites para su correcto ejercicio.

Sin embargo, es necesario adelantar que los derechos digitales que regula la norma están muy alejados de poder describir todas las necesidades que se engloban y resultan imprescindibles dentro del mundo digital. Así, por el momento, la regula-

¹¹⁹ Vide MONEREO PÉREZ, José Luis, MORENO VIDA, M^a Nieves, LÓPEZ INSUA, Belén del Mar (2019): 51.

¹²⁰ Vide Sentencia del Juzgado de lo Social n^o 10 de las Palmas de Gran Canaria, de 23 de septiembre de 2019, por la que se declara improcedente un despido justificado por razones objetivas al sustituir a una trabajadora por un proceso de automatización, FJ 6: «En definitiva, la automatización mediante “bots” o “robots” con la única excusa de reducir costes para aumentar la competitividad, viene a significar lo mismos que reducir el Derecho al Trabajo para aumentar la Libertad de Empresa. Siendo así por tanto que no puede tenerse por procedente un despido en estos términos, en atención a la interpretación (que expuesta ut supra) ha de darse del despido objetivo por causas técnicas».

¹²¹ Vide OCDE, Informe sobre los progresos de digitalización, París, 29 de enero de 2019.

¹²² Vide Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, Preámbulo V: «El Título X de esta ley acomete la tarea de reconocer y garantizar un elenco de derechos digitales de los ciudadanos conforme al mandato establecido en la Constitución».

¹²³ Vide RALLO LOMBARTE, Artemi, (2019): 3.

ción jurídica se ciñe básicamente a establecer una equivalencia entre los derechos del mundo físico y aquellos que deben ser respetados dentro del ciberespacio¹²⁴. Pero, el principio de equivalencia funcional no sirve para todos los problemas que el mundo digital plantea. Si bien, no se puede tratar de resolver los problemas (nuevos) de nuestro ordenamiento jurídico, con un derecho anticuado y que no está pensado para ese medio.

No obstante, lo que sí se puede advertir es que se configuran en su mayoría como prestacionales, en tanto que, implican el desarrollo de una concreta actividad. Es el caso, por ejemplo, del derecho de acceso a Internet, de la neutralidad de la red, la seguridad o la educación digital. Si bien, todos estos derechos conllevan una obligación cuyo cumplimiento necesita un desarrollo legislativo y una actividad prestacional concreta por parte del ejecutivo. Por ello, junto al elemento formal que es cuanto menos mejorable, se debe incorporar un elemento material, o presupuesto económico de conformidad con las expectativas marcadas. No se puede iniciar este proceso sin un compromiso firme de invertir una parte suficiente del presupuesto público en su configuración. La Administración tiene un papel principal en este proceso, siendo el reflejo de la intencionalidad del Gobierno no para adaptarla simplemente al nuevo medio, sino para innovar desde su origen y sentar las bases del futuro: el diseño de la Administración Digital.

F. Síntesis de la propuesta

A modo de resumen, la Administración del futuro debe estar basada en los datos, pensada para responder a las necesidades de los ciudadanos, prestando servicios más eficientes y prácticamente individualizados, o destinados a grupos concretos. Si bien, la digitalización supone cambiar los principios que regían hasta el momento, dejando de lado el formalismo y procedimiento burocrático, para configurar procedimientos neutrales, sencillos y dúctiles. Así, para culminar el proceso es imprescindible incorporar las facultades y posibilidades que otorgan estas nuevas tecnologías dentro del sistema organizativo y funcional que les rige. Pero, sin olvidar los problemas que éstas evidencian, y evitar gran parte de los riesgos que éstas implican. Además, para ello, es necesario crear un Derecho a la altura de las necesidades digitales de la población, por lo que no basta con reproducir o utilizar el principio de equivalencia funcional para todas las disyuntivas que se plantean.

El proceso de transformación de la Administración no puede calificarse como una tarea simple, sino que, responde a los efectos de un procedimiento dilatado y paulatino en el tiempo. La Administración necesita que estas tecnologías adquieran la madurez suficiente para comprender los riesgos a los que se expone con su imple-

¹²⁴ Vide BARRIOS ANDRÉS, Moisés (2019): 3.

mentación, y tomar medidas para enfrentarse a estos retos. Por ello, es imprescindible comenzar el proceso de cambio cuanto antes, si no queremos que, el resto de los pilares de la sociedad nos superen por el ritmo al que avanzan, y se convierta en objetivo inalcanzable. Así, por ejemplo, hay Comunidades Autónomas que ya han iniciado la transformación como es el caso de Galicia que ha aprobado la Ley de Administración Digital¹²⁵, o de Cataluña que ha aprobado recientemente por decreto el régimen jurídico para el desarrollo de la Administración Digital¹²⁶. Si bien, la sinergia entre todos los sectores es imprescindible para culminar esta metamorfosis con éxito.

V. FINAL

La evolución que ha experimentado la sociedad en estas últimas décadas, como consecuencia de la extensión de Internet y la expansión de las TIC y, también, de los avances en otros sectores (como la inteligencia artificial, la robótica, la neurociencia y la biotecnología) están promoviendo la construcción de una nueva forma de organización social. Asimismo, la sociedad digital se presenta como la evolución natural de nuestro sistema. Sin embargo, ésta no es más que la consecuencia de la incorporación al funcionamiento de las relaciones de las distintas posibilidades que las innovaciones tecnológicas y científicas facultan. Si bien, hasta el momento, este proceso de cambio ha estado presidido por la inexistencia de impedimentos sociales al progreso. De forma que, los ciudadanos se han dejado llevar por el movimiento afable de las nuevas tecnologías y todas las posibilidades que éstas propician para las relaciones. Con esta falta de resistencia, se ha ido legislando para adecuar el Derecho a las relaciones y problemas que el ciberespacio provocaba en la sociedad. Y, de igual manera, se ha producido la adaptación de las Administraciones Públicas a estas modificaciones. No obstante, y pese a los planes de digitalización, el proceso se ha ralentizado hasta el punto de que no ha culminado la transformación electrónica de la Administración, cuando se reclaman mejoras en el sistema y nuevas necesidades a las que dar respuesta.

Sin embargo, es evidente que la sociedad digital no terminará su proceso de transformación, si no se coordina la conversión de la Administración con las modificaciones que experimentan el resto de los pilares de la sociedad. La sinergia entre ambos procesos no es opcional: es una obligación que debe asumir el Gobierno. La Administración debe servir con objetividad a los intereses generales, y actuar de conformidad con el principio de eficacia, tal y como se encuentra garantizado en el artículo 103 CE. En consecuencia, una Administración que no es capaz de dar respuesta

¹²⁵ *Vide* Ley 4/2019, de 17 de julio, de Administración digital de Galicia.

¹²⁶ *Vide* Decreto 76/2020, de 4 de agosto, de Administración digital.

a los problemas de los ciudadanos, utiliza principios y un sistema de funcionamiento arcaico, y que no incluye las innovaciones que implanta el resto de la sociedad, no puede calificarse nunca de eficaz. Por ello, hay que replantear todo lo que conocemos sobre el funcionamiento de la Administración, obviar todo lo que suponga una traba, y reconvertirla para que se encuentre en sintonía con el resto de la sociedad.

Si bien, como ya se ha advertido este es un proceso calmado y que necesita madurar, pero sobre el que hay que comenzar a sentar las bases de forma inmediata. El "Plan España Digital 2025" es un primer acercamiento a la materia, pero incompleto hasta que no se inicien y desarrollen las medidas políticas y las reformas legislativas necesarias para adaptar la Administración, y el resto del ordenamiento, a la transformación digital. Lo que es obvio, es que la metamorfosis ya está en marcha, y hay dos formas de asumir este proceso de cambio: bien, desde el desconcierto absoluto y la descoordinación; o bien, desde la previsión y análisis de la problemática, incluso antes de que las disyuntivas puedan llegar a surgir. No obstante, esto no implica sólo una actividad formal por parte del ejecutivo, sino que, evidentemente, supone una acción material, o prestacional, asumiendo el coste que conlleva el progreso. El Gobierno debe percatarse de que, sin financiación pública suficiente, los objetivos de digitalización social son inalcanzables. Así, pese a la situación de decadencia económica en la que estamos ya sumergidos, no podemos permitirnos otro estancamiento en el proceso evolutivo. La crisis económica del año 2008 ya frenó el crecimiento del país durante años, y no se puede transigir tan fácilmente a un anquilosamiento de la Administración "*sine die*". La Era Digital se atisba, y depende de nosotros cómo afrontemos el proceso.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GARCÍA, V., “Coronavirus y derecho (II): los elementos esenciales del derecho de necesidad”, *Foro de Investigación en Ciencias Sociales y Jurídicas*, Universidad de Extremadura, (2020).

ALAMILLO DOMINGO, I., “El régimen jurídico de la Administración digital: aspectos tecnológicos, plataformas y servicios de intermediación”, en Isaac MARTÍN DELGADO, *El procedimiento administrativo y el régimen jurídico de la Administración pública desde la perspectiva de la innovación tecnológica*, Iustel, Madrid, 2020.

BALLESTERO MOFFA, L. A., “La tierra prometida de la Administración electrónica en la prestación de servicios públicos y desarrollo de la economía digital”, en Luciano José PAREJO ALFONSO, José VIDA FERNÁNDEZ, Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Los retos del Estado y la Administración en el S.XXI: libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, II, Tirant, Valencia, 2017.

BARRIO ANDRÉS, M., *Fundamentos del Derecho de Internet*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017.

BARRIO ANDRÉS, M., *Ciberderecho: bases estructurales, modelo de regulación e instituciones de gobernanza*, Tirant, Valencia, 2018.

BARRIO ANDRÉS, M., “La nueva estrategia digital de la Comisión Europea: primeras impresiones”, *Diario la LEY CIBERDERECHO*, 34, (2019).

CANTERO OJEDA, C., *Sociedad digital: razón y emoción*, Editorial UOC, Barcelona, 2018.

CAPDEFERRO VILLAGRASA, O., “La inteligencia artificial del sector público: desarrollo y regulación de la actuación administrativa inteligente en la cuarta revolución industrial”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, (2020).

CASTELLS ARTECHE, J. M., “La limitación informática”, en Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Libro homenaje al Profesor Dr. D. Eduardo García de Enterría: estudios sobre la constitución española*, Civitas, Madrid, 1991.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “Los fundamentos jurídicos de la Administración digital”, en *A las puertas de la Administración digital: una guía detallada para la aplicación de las leyes 39/2015 y 40/2015*, INAP, Madrid, 2017.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “El impacto de la inteligencia artificial en el Derecho Administrativo ¿nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, (2019).

CERRILLO I MARTÍNEZ, A., "Los servicios de la ciudad inteligente", *XV Congreso de la Asociación Española de Derecho Administrativo*, Islas Baleares, 2020.

CIERCO SEIRA, C., "Derecho de la salud pública y covid-19", en David BLANQUER CRIADO, *Covid-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

COTINO HUESO, L., "Big Data e inteligencia artificial: una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales", *Dilemata*, 24, (2017).

COTINO HUESO, L., "Inteligencia artificial, big data y aplicaciones contra la Covid-19: privacidad y protección de datos", *Revista de Internet, Derecho y Política*, 31, (2020).

CRIADO GRANDE, J. I., "Crowdsourcing y plataformas colaborativas en las Administraciones públicas", en *Nuevas tendencias en la gestión pública. Innovación abierta, gobernanza inteligente y tecnologías sociales en unas Administraciones públicas colaborativas*, INAP, Madrid, 2016.

DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., "Retos, riesgos y oportunidades de la sociedad digital", en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Madrid, 2018.

DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., "Derechos fundamentales, democracia y mercado en la edad digital", *Revista de Derecho Digital e Innovación*, 1, (2019).

FERNÁNDEZ FARRERAS, G., "Las nuevas leyes de Régimen Jurídico del Sector Público y del Procedimiento Administrativo Común: entre la cosmética y el enredo", *Revista Asamblea*, 34, (2016).

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. L., "Ciberseguridad: ¿desafío insuperable? En búsqueda de escenarios de respuesta adecuados", en César GARCÍA NOVOA y Diana SANTIAGO IGLESIA, *4ª Revolución Industrial. Impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad de economía digital*, Aranzadi, Navarra, 2018.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., "Una llamada de atención sobre las notificaciones electrónicas en la novísima Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas", *Revista de Administración Pública*, 198, (2015).

FLYVERBOM, M., "Geopolítica digital: el control de la información y el poder de las visibilidades", *Vanguardia Dossier*, 72, (2019).

GAMERO CASADO, E., “Panorámica de la Administración electrónica en la nueva legislación administrativa básica”, *Revista española de Derecho Administrativo*, 175, (2016).

GAMERO CASADO, E., “Administración electrónica e interoperabilidad”, en Isaac MARTÍN DELGADO, *La reforma de la Administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el derecho*, INAP, Madrid, 2017.

GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I., “La Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno en el marco del Estado autonómico”, en Isabel WENCES, Mario KÖLLING y Sabrina RAGONE, *La Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: una perspectiva académica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.

GORRELL GUIM, A., y GUILERA AGÜERA, L., “La sociedad 4.0”, *La industria 4.0. en la sociedad digital*, ICG Marge S.L., Barcelona, 2019.

GUICHOT REINA, E., “Los límites de la transparencia y el derecho de acceso a la información”, en Isaac MARTÍN DELGADO, *Transparencia y acceso a la información pública: de la teoría a la práctica*, Iustel, Madrid, 2019.

MANTELERO, A., “Ciudadanía y gobernanza digital entre política, ética y derecho”, en Tomás DE LA QUADRA SALCEDO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Madrid, 2018.

MARTÍN DELGADO, I., “El acceso electrónico a los servicios públicos: hacia un modelo de Administración digital auténticamente innovador”, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y José Luis PIÑAR MAÑAS, *Sociedad digital y derecho*, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Madrid, 2018.

MARTÍN DELGADO, I., “El derecho de acceso a la información pública”, en *Transparencia y acceso a la información pública: de la teoría a la práctica*, Iustel, Madrid, 2019.

MARTÍN REBOLLO, L., “La nueva ley del procedimiento administrativo común”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 174, (2015).

MARTÍNEZ CASTAÑO, R., “Blockchain: introducción técnica”, en César GARCÍA NOVOA y Diana SANTIAGO IGLESIAS, *4ª Revolución Industrial: impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital*, Aranzadi, Navarra, 2018.

MARTÍNEZ NAVARRO, J. A., *Régimen jurídico de la Salud electrónica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., "El laberinto de la contratación pública en protección de datos", en *La Ley Ciberderecho*, 35, (2020).

MARTÍNEZ PUÓN, R., *De la transparencia hacia un gobierno abierto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

MERCHÁN MURRILLO, A., "Inteligencia, artificial y blockchain: retos jurídicos en paralelo", *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, (2019).

MESEGUER YEBRA, J., What's next?, *Revista Española de Transparencia*, 8, (2019).

MIGUEZ MACHO, L., "Las notificaciones electrónicas", en Marcos ALMEIDA CERREDA Y Luis MIGUEZ MACHO, *Actualización de la Administración electrónica*, Andavira, Santiago de Compostela, 2016.

MONEREO PÉREZ, J. M., MORENO VIDA, M. N., LÓPEZ INSUA, B. M., "Reorganización y modernización de las Administraciones públicas: sucesión laboral y despidos colectivos", *Gestión y análisis de políticas públicas*, 22, (2019).

MORENO FERNÁNDEZ L. y JIMENEZ TELLADO, R., *Democracias robotizadas: escenarios futuros en Estados Unidos y la Unión Europea*, Catarata, Madrid, 2018.

MUÑOZ, R., "Llega el 5G a España y esto es todo lo que tienes que saber", *El País Digital*, 13 de septiembre de 2020.

PAREJO ALFONSO, L., "A las puertas de su entrada vigor: algunas cuestiones que suscitan las Leyes 39 y 40 de 2015, examinadas a la luz, en particular, de la autonomía local", *Revista Asamblea*, 34, (2016).

PASCUA MATEO, F., "La administración electrónica en las nuevas leyes de régimen jurídico y de procedimiento", *Revista Asamblea*, 34, (2016).

PIÑAR MAÑAS, J. L., "¿Qué regulación de derechos en la sociedad digital?", *Revista de Derecho Digital e Innovación*, 1, (2019).

PEREIRO CÁRCELES, M., "La utilización del blockchain en los procedimientos de concurrencia competitiva", *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, (2019).

PÉREZ GÁLVEZ, J. F., "La sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud", en PÉREZ GÁLVEZ, J. F., *La sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud en el Siglo XXI*, Comares, Granada, 2015.

PÉREZ GÁLVEZ, J. F., "Personal sanitario y salud electrónica: perspectiva y retos pendientes", en *Salud electrónica: perspectiva y realidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

PONCE SOLÉ, J., “El derecho Administrativo del S.XXI, *Revista General de Derecho Administrativo*, 52, (2019).

PONCE SOLÉ, J., “Inteligencia artificial, Derecho Administrativo y reserva de la humanidad: algoritmos y procedimiento debido tecnológico”, *Revista general de Derecho Administrativo*, 50, (2019).

PUYOL MONTERO, J., *Aproximación jurídica y económica al Big Data*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

RALLO LOMBARTE, A., “Del derecho a la protección de datos a la garantía de los nuevos derechos digitales”, en *Tratado de Protección de Datos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

RAMÍO MATAS, C., *La Administración Pública del futuro (Horizonte 2050). Instituciones, política, mercado y sociedad de la innovación*, Tecnos, Madrid, 2017.

RODRÍGUEZ VILLAR, A., “La Ley 39/2015: claves de la reforma y problemática competencial”, *Revista Asamblea*, 34, (2016).

SAINT-AMANS, P., “¿Están las grandes compañías de Internet modelando un nuevo sistema económico? Los retos de las políticas tributarias, *Vanguardia Dossier*, 63, (2017).

SÁNCHEZ MORÓN, M., “Una reforma precipitada o la desarticulación gratuita del régimen jurídico de las Administraciones Públicas”, *El Cronista del Estado y Democrático de Derecho*, 56, (2015).

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “Reformas incompletas, proyectos de futuro: el régimen jurídico de las Administración Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, *Revista Asamblea*, 34, (2016).

SCHWAB, K., *La cuarta revolución industrial*, Debate, Barcelona, 2016.

SERRANO FERNÁNDEZ, M., *El impacto de la sociedad de la información en la propiedad industrial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

VALERO TORRIJOS, J., “La necesaria reconfiguración de las garantías jurídicas en el contexto de la transformación digital del Sector Público”, en DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO T. y PIÑAR MAÑAS, J. L., *Sociedad digital y derecho*, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Madrid, 2018.

VALERO TORRIJOS, J., “Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena Administración”, *Revista catalana de Derecho Público*, 58, (2019).

VALERO TORRIJOS, J., "Administración electrónica en tiempos de pandemia", *Boletic*, 86, (2020).

VALERO TORRIJOS, J. y CERDÁ MESEGUER, J. I., "Transparencia, acceso y reutilización de la información ante la transformación digital del sector público: enseñanzas y desafíos en tiempos del Covid-19", *Eunomia*, 19, (2020).

VELASCO RICO, C. I., "La ciudad inteligente: entre la transparencia y el control", *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, (2019).

ZAMORA ROSELLÓ, M. R., "Administración de emergencia ante una pandemia: aplicación de los principios básicos del derecho administrativo", *Revista General de Derecho Administrativo*, 55, (2020).

Hacia una nueva Administración del agua en Andalucía

Towards a new water's administration in Andalusia

Jesús Enrique Martín Martín

Universidad de Huelva

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. BREVE APROXIMACIÓN A LA ADMINISTRACIÓN ESTATAL DE LAS AGUAS. III. LA ADMINISTRACIÓN DEL AGUA EN ANDALUCÍA: 1. La organización administrativa en materia de agua en Andalucía hasta el año 2004. La participación en los Organismos de cuenca 2. Hacia una administración especializada en la gestión del agua en Andalucía. La Agencia Andaluza del Agua. A. Primera etapa. Creación de la Agencia Andaluza del Agua para la gestión de las Cuencas Mediterráneas Andaluzas: para el traspaso de la CH del Sur. B. Segunda etapa. Ampliación de las funciones y servicios de la Agencia Andaluza del Agua con el traspaso de las cuencas internas del Guadalete, Bárbate, Tinto-Odiel-Piedras, y la encomienda de gestión del Chanza. Creación de las Direcciones provinciales. C. Tercera etapa. Homogeneización de los procedimientos administrativos entre las Cuencas Mediterráneas y Atlánticas Andaluzas. Gestión por cuencas hidrográficas. D. Cuarta etapa. El cambio hacia una administración centralizada en Sevilla con Direcciones provinciales y Distritos hidrográficos. Ruptura del principio de unidad de gestión por cuenca hidrográfica. E. Quinta Etapa. La vuelta a los orígenes con la adscripción de las funciones y servicios en materia de agua a la consejería con competencias en medio ambiente. IV. ESTADO ACTUAL DE LA GESTIÓN DEL AGUA EN ANDALUCÍA Y EN EL RESTO DE CCAA. V. HACIA UNA NUEVA ADMINISTRACIÓN DEL AGUA EN ANDALUCÍA. 1. La Encomienda de gestión de la Cuenca Hidrográfica del Chanza. 2. La implantación del principio de «unidad de cuenca» en la gestión de las cuencas intracomunitarias. 3. Administración especializada y autónoma para la gestión de las aguas. 4. Suficiencia financiera. 5. Reordenación administrativa y dotación de más medios humanos y técnicos. 6.

Recibido: 14/10/2020

Aceptado: 12/11/2020

Participación de ciudadanos e implantación de la gobernanza en la gestión del agua. VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El objeto del artículo es exponer, en orden cronológico y desde un punto de vista jurídico-administrativo, la evolución de las estructuras administrativas para la gestión del agua en Andalucía, con objeto de formular propuestas de futuro para adaptar la gestión del agua a los principios básicos recogidos en la Directiva 2000/60/CE, de 23 de octubre, por la que se establece un Marco Comunitario de Actuación en el ámbito de la política de aguas, en el Real Decreto 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas y en la Ley 9/2010, de 30 de julio, de Aguas para Andalucía y, así, alcanzar la implantación de la gobernanza en la gestión del agua.

PALABRAS CLAVE: Derecho de Aguas, Andalucía, organización administrativa, participación pública.

ABSTRACT: The object of the article is to present, in chronological order and from a legal-administrative point of view, the evolution of the administrative structures for water management in Andalusia, in order to formulate future proposals to adapt water management to the principles basic principles included in Directive 2000/60/CE, of 23 October, establishing a framework for Community action in the field of water policy, in Royal Decree 1/2001, of 20 July, approving the Consolidated Text of the Water Law and Law 9/2010, of 30 July, of Waters for Andalusia, and thus achieve the implementation of governance in water management.

KEY WORDS: Water Law, Andalusia, administrative organization, citizen participation.

I. INTRODUCCIÓN

En marzo del año 2017, en plena celebración por el nonagésimo aniversario de la creación de la Confederación Hidrográfica (CH) del Ebro, tuvieron lugar en Zaragoza unas jornadas sobre los organismos de cuenca, en las cuales se abordó su estado actual y las propuestas de futuro para mejorar la gestión y ordenación de las aguas, entre ellas la ampliación de su autonomía financiera y orgánica y la dotación de nuevas herramientas para mejorar el proceso de participación de los ciudadanos en la gestión del agua¹.

Las jornadas se centraron principalmente en los organismos de cuenca gestores de las cuencas hidrográficas intercomunitarias de España, dejando al margen a una parte importante de las administraciones hidráulicas del territorio español creadas

¹ Al respecto se puede consultar la obra colectiva dirigida por EMBID IRUJO, A., *El Futuro de las Organismos de cuenca*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, año 2017.

en las Comunidades Autónomas (CCAA) para gestionar tanto las cuencas hidrográficas intracomunitarias como el resto de competencias sectoriales que inciden o tienen relación con el agua (pesca, regadío, protección del medio natural, ordenación del territorio, ciclo urbano del agua, etc.)².

Inspirado por las referidas jornadas, en este momento que se está elaborando el Pacto Andaluz por el Agua donde en el eje 2 dedicada a la Gobernanza se propone «una Administración hidráulica andaluza autónoma, eficiente y tecnificada»³, se ha considerado procedente acometer este estudio jurídico, donde a través de un análisis de la evolución histórica de la administración del agua en Andalucía hasta la actualidad, y de las organizaciones administrativas existentes en otras CCAA, se pueda realizar una reflexión final sobre sus perspectivas de futuro, con propuestas de cambios para mejorar la gestión del agua en Andalucía. Propuestas que puedan contribuir a construir esa nueva administración del agua en Andalucía autónoma, eficiente y tecnificada, reclamada en el citado Pacto Andaluz por el Agua.

En primer lugar, daré breve cuenta de la evolución de la administración hidráulica hasta la implantación del Estado de las autonomías tras la Constitución de 1978 (CE), para adentrarme posteriormente en los cambios experimentados en la administración andaluza del agua. A partir de la experiencia histórica de la Administración estatal, utilizando como referencia la estructura administrativa del resto de las CCAA en materia de aguas, finalizaré la exposición con unas reflexiones sobre las perspectivas de futuro de la administración del agua en Andalucía.

² Se analizaron distintos aspectos de los organismos de cuenca en materia de autonomía orgánica, participación y planificación, perspectivas financieras, coste de los servicios del agua, los usuarios, etc., con la finalidad de realizar propuestas de mejora sobre su funcionamiento. También tuvo cabida la experiencia en América Latina relativa a la administración por cuencas y a la participación de los usuarios. Tan solo se recogió una ponencia sobre los organismos de cuenca intracomunitarios, referida, en concreto, a Galicia. Véase IBEAS ROLLAN, P., «Los Organismos de cuenca intracomunitarios: Gobernanza del agua por la Administración hidráulica de Galicia» en A. EMBID IRUJO (2017: 301-322).

³ En el año 2019 el Gobierno autonómico y los grupos políticos consensuaron los 10 ejes principales del citado Pacto Andaluz por el Agua que debía elaborarse para mejorar la gestión del agua, y adecuarla a las necesidades y desafíos actuales. Durante el año 2020 se ha realizado la fase II con reuniones con agentes sociales y expertos, y la fase III de participación pública, para recabar sus propuestas que serán sometidas en la próxima fase IV a los grupos parlamentarios y agentes sociales. En la jornada del día 9/9/2020 el Director General de Planificación y Recursos Hídricos presentó la síntesis de las propuestas recibidas.

II. BREVE APROXIMACIÓN A LA ADMINISTRACIÓN ESTATAL DE LAS AGUAS

A raíz de la aprobación de la Ley de Aguas de 3 de agosto de 1866, con la consiguiente estatalización de las aguas corrientes, surgen las primeras estructuras administrativas del Estado para la gestión de las aguas en España y, por ende, en Andalucía⁴. Si bien habrá que esperar al Decreto de 5 de marzo de 1926 para que se creen las Confederaciones Sindicales Hidrográficas⁵, para el aprovechamiento general coordinado y metódico de las aguas que discurren por los cauces de los ríos (centradas en el estudio, elaboración, ejecución y en su caso explotación de las obras hidráulicas), y al Decreto de 16 de agosto de 1932 para que se creen las delegaciones de servicios hidráulicos para la gestión del agua (principalmente la ordenación y gestión de los usos y demandas), al mando del jefe de aguas de la cuenca.

La unificación en las CH de las funciones de gestión del agua (que en el año 1959 se atribuyeron a las Comisarias de Aguas⁶) y de las funciones de ejecución y

⁴ «La estatalización de las aguas corrientes que establece la Ley de Aguas de 1866-1879, constituye la premisa del nacimiento de la Administración hidráulica. Esta debe autorizar y garantizar los usos privativos del agua. Esa función corresponde a la Administración estatal que la ejerce por sus órganos (Ministro, Gobernador Civil y Alcalde) y servicios ordinarios (Dirección General de Obras Públicas, Servicios Provinciales). La Ley de Aguas de 1879 no establece singularidad organizativa alguna para la gestión del agua y, como el resto de los servicios públicos, su base territorial es la provincia, a cuyo frente está el Gobernador Civil, subordinado jerárquicamente al Ministro de Fomento». Véase FANLO LORAS, A., «Confederaciones Hidrográficas», en A. EMBID IRUJO (Dir.): *Diccionario de Derecho de aguas*, Ed. Iustel, 2007, pp. 427-428. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que un año antes de la aprobación de la Ley se dispuso la creación de diez divisiones hidrológicas, con el propósito de «dar nuevo y vigoroso impulso a los estudios hidrológicos del territorio de la Península, que tanto han de contribuir al fomento de la agricultura y demás industrias» (Real Orden de 29 de julio de 1865).

⁵ La denominación «sindical» responde al carácter colegiado y participativo de sus órganos de gobierno: la Asamblea, Junta de gobierno y los Comités ejecutivos. Estas confederaciones se formarían, en base al art. 1 del citado decreto, en «todas las cuencas hidrográficas en que la Administración lo declare conveniente o en la que lo solicite el 70 por 100, por lo menos, de su riqueza agrícola e industrial afectada por el aprovechamiento de sus aguas corrientes». Así se constituyeron (con competencias en el ámbito territorial de Andalucía) en el año 1926 la CH del Segura, en el año 1927 la CH del Guadalquivir, en 1948 la CH del Sur (o Guadalhorce) y, finalmente, en 1953, la CH del Guadiana. Para profundizar en el tema se puede consultar a MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S., «Problemas de organización en materia de aguas públicas», *Revista de Administración Pública* núm. 33, 1960, pp. 47-78.

⁶ En la exposición de motivos del Decreto de 8 de octubre de 1959, que creaba las Comisarias de Aguas, se indicaba que el extraordinario volumen y variedad de los asuntos de gestión del agua requería una atención permanente y una dirección propia independiente de la función confederal de ejecución y explotación de las obras previstas en los Planes nacionales de obras hidráulicas. Lo que hacía necesario separar ambas administraciones dentro del mismo ámbito territorial de la cuenca hidrográfica. Véase MENÉNDEZ REXACH, A., «La Ley de aguas de 13 de junio de 1879 y la evolución posterior» en A. GALLEGO ANABITARTE, A. MENÉNDEZ REXACH, y J.M. DÍAZ LEMA (coautores): *El Derecho de aguas en España*, Centro de publicaciones del MOPU, 1986, p. 504.

explotación de las obras hidráulicas a nivel de cuenca hidrográfica, se produciría en el Real Decreto 1821/1985, de 1 de agosto⁷, como en su día propuso Martín-Retortillo⁸, dando lugar a lo que algunos autores han llamado “confederaciones potenciadas”⁹. Confederaciones que se las configurarían como organismos de cuenca en la Ley de Aguas de 1985¹⁰, y cuyo ámbito territorial quedaría fijado por el Real

⁷ Estas CH estaban compuestas de tres unidades administrativas diferenciadas: la Dirección Técnica se ocupaba del estudio, elaboración de proyectos, construcción y explotación de las obras hidráulicas (y el establecimiento de los correspondientes cánones y tarifas); la Comisaría de Aguas de la gestión del dominio público hidráulico y de las aguas públicas; y la Secretaría general de la gestión administrativa y financiera.

⁸ Señalaba MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (1960: 74) que la «realidad que como hemos visto no responde ni en una mínima parte a los esquemas lógicos que parecen aconsejar la reunificación de tales funciones en un solo organismo o, al menos, en un solo Departamento ministerial [...] la reforma de la estructuras orgánicas correspondiente a la administración de las aguas públicas constituye un hecho de importancia capital y que horadadamente ya no admite demora». Años después, y antes de que se aprobara la Ley de Aguas de 1985, ORTIZ DÍAZ, J., «Las confederaciones hidrográficas y las comisarías de aguas ante las modificaciones de nuestro ordenamiento jurídico», *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, 1983, pp. 2374-2375, consideraba que «la mayor parte de las actuales funciones de las Comisarías de Aguas deben mantenerse en la órbita de la Administración del Estado, sin transferirse a las Comunidades Autónomas, ni tampoco integrarse en las Confederaciones Hidrográficas», y planteaba que «El problema organizativo de las futuras Confederaciones o de las Neo-Confederaciones consiste en modular orgánicamente las aludidas representaciones. Ninguna puede excluir a las otras. Cuando en una cuenca pesen más los intereses de las Comunidades Autónomas deben tener más representación, o los del Estado cuando los de este resulten más importantes». En un sentido similar LÓPEZ MENUDO, F., «Los Organismos de cuenca en la nueva Ley de Aguas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 49, 1986, p. 50, consideraba que el balance de dichas confederaciones hasta la aprobación de dicha Ley de Aguas era «francamente negativo».

La reforma de la administración hidráulica realizada en la Ley de Aguas de 1985, que ya se suponía compleja en el momento de su aprobación, tras más de veinte años «pocas expectativas se han cumplido: el fenómeno de hidroencefalitis de las confederaciones hidrográficas sigue presente y manifestado en el fuerte centralismo y burocratización, y la presencia de representantes autonómicas en aquellas y en el Consejo Nacional del Agua [...] no ha sido asumido por la Administración hidráulica estatal». Véase DELGADO PIQUERAS, F., «Organización de las cuencas hidrográficas», en EMBID IRUJO, A. (Coord.), *Agua y territorio: (consideración especial de la reforma de los estatutos de autonomía)*, 2007, pp. 195-196.

⁹ MENÉNDEZ REXACH, A. y DÍAZ LEMA, J.M., «La Ley de aguas de 2 de agosto de 1985: análisis institucional» en A. GALLEGO ANABITARTE, A. MENÉNDEZ REXACH y J.M. DÍAZ LEMA (coautores): *El Derecho de aguas en España*, Centro de publicaciones del MOPU, 1986, pp. 537-538,

¹⁰ El art. 20 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de aguas (LAg) configuró los organismos de cuenca como entidades de derecho público con personalidad jurídica propia y distinta de la del Estado, adscritas a efectos administrativos al Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo y con plena autonomía funcional. Disponen así, de autonomía para regir y administrar por sí los intereses que les sean confiados, para adquirir y enajenar los bienes y derechos que puedan constituir su propio patrimonio, para contratar y obligarse y para ejercer ante los tribunales todo género de acciones, sin más limitaciones que las impuestas por las leyes. Asimismo, sus actos y resoluciones agotan la vía administrativa.

La constitución de los organismos de cuenca estatales encargados de gestionar las aguas en el territorio de Andalucía se aprobó en el Real Decreto 925/1989, de 21 de julio (CH del Segura); el Real Decreto 926/1989, de 21 de julio (CH del Guadalquivir); y el Real Decreto 928/1989, de 21 de julio (CH del Gua-

Decreto 650/1987, de 8 de mayo. Así, se constituirían como organismos de cuenca la CH del Segura (Real Decreto 925/1989), la del Guadalquivir (Real Decreto 926/1989) y la del Guadiana (Real Decreto 928/1989), pero no la CH del Sur que, en virtud de la disposición transitoria segunda del citado Real Decreto 650/1987, seguiría adscrita al Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, en tanto en cuanto no se traspasaran las funciones y servicios a la Comunidad Autónoma de Andalucía por ser una cuenca hidrográfica intracomunitaria.

Finalmente, mediante el Real Decreto 984/1989 se dotaría a dichos organismos de cuenca de una oficina de planificación hidrológica para la elaboración del plan hidrológico de cuenca previsto en la Ley de Aguas de 1985. Ello supuso que la CH del Sur siguiera manteniendo la estructura previa fijada en el mencionado Real Decreto 1821/1985 y que no dispusiera de una oficina de planificación para redactar el correspondiente plan hidrológico de cuenca.

Con la trasposición de la Directiva 2000/60/CE, de 23 de octubre, por la que se establece un Marco Comunitario de Actuación en el ámbito de la política de aguas (DMA) al derecho interno, llevada a cabo mediante la Ley 62/2003, que modificó el Real Decreto 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas (TRLA), no se produjeron grandes cambios en la organización administrativa de los organismos de cuenca estatales, más allá de la ampliación de su ámbito territorial de planificación hidrológica a la Demarcación Hidrográfica (DH), la modificación del Consejo del Agua y la constitución de los Comités de Autoridades Competentes.

Esta estructura es la que se mantiene en la actualidad en las cuencas hidrográficas intercomunitarias de competencia estatal, sometidas a importantes desafíos¹¹ y en las que la participación de las CCAA se circunscribe principalmente a la Junta de Gobierno, el Consejo del Agua de la cuenca y el Comité de Autoridades Competentes¹². Respecto de las cuencas intracomunitarias, son las CCAA las que

diana). La CH del Sur no llegó a constituirse formalmente como organismo autónomo por cuanto estaba pendiente de traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía,

¹¹ Como ya he referido, en las Jornadas celebradas en Zaragoza en 2017 se expusieron distintas propuestas para superarlos, atinentes a los ámbitos político-territorial, funcional, social, administrativo y económico. Véase EMBID IRUJO, A., «Los Organismos de cuenca tienen futuro» en A. EMBID IRUJO (Dir.): *El Futuro de los Organismos de Cuenca*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 40-55.

¹² Así como los arts. 27.d y 36bis.3.b TRLA establecen un único vocal para cada Comunidad Autónoma en la Junta de gobierno y en el Comité de autoridades competentes respectivamente, el art. 36.c fija la participación de las CCAA en el Consejo del Agua en función del porcentaje de superficie que cada Comunidad Autónoma tiene en la cuenca hidrográfica. De este modo, en la Cuenca Hidrográfica del Guadiana, se estableció que correspondían a la Junta de Andalucía tres vocales en el citado Consejo del Agua por afectar al 10,12% del territorio andaluz; en la Cuenca del Guadalquivir el porcentaje ubicado en la Comunidad Autónoma de Andalucía es del 90,22 % (Castilla – La Mancha 7.13 %, Extremadura 2.45

establecen su propia organización administrativa para su gestión, debiendo aplicar los principios generales establecidos en el art. 14 TRLA, en especial la unidad de la cuenca hidrográfica y la participación de los usuarios en la gestión del agua.

III. LA ADMINISTRACIÓN DEL AGUA EN ANDALUCÍA

1. La organización administrativa en materia de agua en Andalucía hasta el año 2004. La participación en los Organismos de cuenca

Aprobada la CE en el año 1978, las CCAA fueron promulgando progresivamente sus respectivos Estatutos de autonomía entre los años 1979 y 1983, siguiendo un patrón similar en cuanto a la asunción de competencias en materia de aguas. Las únicas diferencias eran las originadas por la distinta vía utilizada para alcanzar la autonomía: las CCAA del art. 143 se atribuían exclusivamente las competencias establecidas en el art. 148.1.4 y 10 CE, mientras que el resto se atribuyeron también competencias exclusivas sobre los recursos¹³ y aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos, cuando las aguas transcurran únicamente por el territorio de la Comunidad Autónoma, así como sobre las aguas subterráneas cuando su aprovechamiento no afecte a otro territorio. Del juego de los citados Estatutos con la CE resultará el entramado básico para una regulación y organización, planificación y gestión de los totales recursos hidráulicos, superficiales y subterráneos¹⁴.

% y Murcia 0.20 %) y por ello le corresponden 10 vocales; y en la del Segura, el porcentaje asciende al 9.4 % y le corresponden 3 vocales.

¹³ A diferencia de los Estatutos catalán, vasco y gallego, que solo se atribuían competencias sobre «aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos», el art. 13.12 del Estatuto de Andalucía, aprobado por Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, recogía expresamente también los «recursos». Diferenciación que no es baladí, por cuanto autores como MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S., «Competencias constitucionales y autonómicas en materia de aguas», *Revista de Administración Pública* núm. 128, 1992, pp. 44-46 han defendido la competencia exclusiva del Estado en materia de recursos, lo que dejaba solo a las CCAA la competencia sobre los aprovechamientos de las aguas que discurran únicamente por su ámbito territorial. Esta interpretación no fue acogida por la STC 227/1988, que en su FJ 18 relativizó la distinción entre aprovechamientos y recursos para amparar la competencia exclusiva de las CCAA tanto para los aprovechamientos como para los recursos de las aguas que discurran íntegramente por su territorio. Para profundizar en las distintas posiciones doctrinales mantenidas al respecto, se puede consultar a ORTIZ DE TENA, M.C., *Planificación hidrológica*, Ed. Marcial Pons ediciones jurídicas S.A, 1994, pp. 131-136.

¹⁴ MARTÍNEZ BLANCO, A., «Repercusión de la Constitución Española de 1978 en el régimen de aprovechamiento de las aguas», en el Primer Congreso Nacional de Derecho de Aguas de Murcia, *Revista de Administración Pública* núm. 99, 1982, p. 387, aventuraba que la unidad de gestión de las aguas debía pasar de la cuenca hidrográfica histórica a la región política, si bien ello haría necesario un ensamblaje cuidadoso entre la citada cuenca hidrográfica y el territorio e interés regional. La consideración realizada por el referido autor no ha distado mucho de la que hemos vivido hasta la fecha dentro de la evolución en materia competencial de los Estatutos de Autonomía, cuyo culmen se podría cifrar en la atribución de

Todo ello sin perjuicio de la participación que la LAg asignaba, y el TRLA asigna actualmente, a las CCAA en los órganos de gobierno, administración y cooperación de los organismos de cuenca estatales. Así, en estos primeros años y hasta que se promulgó el Real Decreto 2130/2004 de traspaso de funciones y servicios de la extinta CH del Sur, la totalidad de la gestión de las aguas en el territorio andaluz se realizó por parte de las CHs del Guadiana, Guadalquivir, Sur y Segura, con la participación de la Junta de Andalucía en los órganos colegiados previstos en la LAg, tanto de gobierno (Junta de Gobierno) como de elaboración de la planificación hidrológica (los Consejos del Agua de la cuenca). Esta participación fue desempeñada primero por técnicos de la consejería con competencias en materia de agricultura y, posteriormente, de la Dirección General de Obras Hidráulicas de la Consejería de Obras Públicas y Transportes.

Por lo que respecta a las aguas que discurren íntegramente por Andalucía, al no existir un acuerdo en la Comisión Mixta de Transferencia¹⁵ entre las administraciones que permitiera hacer el traspaso de medios y servicios del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía¹⁶, quedó en suspenso el ejercicio de las funciones y servicios correspondientes a las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma sobre estas aguas. De este modo, las cuencas hidrográficas intracomunitarias siguieron siendo gestionadas por los citados organismos estatales: las CH del Guadiana, Segura, Sur y Guadalquivir.

competencias exclusivas sobre parte de las Cuencas Hidrográficas intercomunitarias del Duero y del Guadalquivir por parte de los Estatutos de Castilla y León y Andalucía respectivamente. Esta posición jurídica no fue acogida por el TC, que en su sentencia 227/1988 estableció el principio de la unidad de gestión por cuenca hidrográfica como criterio delimitador de las competencias en la gestión de las aguas entre el Estado y las CCAA.

¹⁵ La disposición transitoria segunda del Estatuto de Autonomía para Andalucía establecía la creación de una Comisión Mixta Estado-Junta de Andalucía para el traspaso de las competencias establecidas en dicho Estatuto que aún no hubieran sido transferidas al Ente preautonómico. Como es sabido, la falta de acuerdo en el seno de la comisión determinaba que el traspaso no tuviera lugar; lo que beneficiaba al Estado, que seguía ejerciendo la competencia en cuestión de forma provisional hasta que se dictase el correspondiente real decreto. Esta anomalía (en palabras de la STC 209/1990, FJ. 4º) implicaba «una prolongación indebida de dicha provisionalidad, y supone un obstáculo grave a la plena efectividad del reparto de competencias» establecida en la CE. Ante la falta de acuerdo de la citada Comisión Mixta, se incluyó una disposición transitoria segunda en el Real Decreto 650/1987, que definía los ámbitos territoriales de los organismos de cuenca y de los planes hidrológicos, para indicar que la CH del Sur «continuará adscrita a efectos administrativos al Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, con un Plan hidrográfico único, pudiendo la Comunidad Autónoma de Andalucía incorporarse a la Junta de Gobierno de dicha Confederación». Por lo que los primeros planes hidrológicos de cuenca de la futura DH de las Cuencas Mediterráneas Andaluzas serían redactados por el organismo de cuenca estatal.

¹⁶ El primer traspaso de medios y funciones se realizó desde la CH del Sur con el Real Decreto 2130/2004. Hasta entonces, aun disponiendo la administración andaluza de competencias en las cuencas hidrográficas intracomunitarias, carecía de medios para poderla ejercerlas.

Por tanto, aunque en el Estatuto de 1981 se atribuía competencias a la Comunidad Autónoma de Andalucía para poder gestionar las cuencas hidrográficas intracomunitarias, en cuanto aguas que transcurren únicamente por Andalucía, estas no llegaron a ejercerse por no tener traspasados las funciones y servicios correspondientes del Estado¹⁷. Si bien, para coordinar su participación en los órganos colegiados de los organismos de cuenca estatales y, en particular, en la elaboración de los planes hidrológicos de cuenca, se constituye el Consejo Andaluz del Agua mediante el Decreto 202/1995, de 1 de agosto, como un órgano colegiado de participación, asesoramiento y consulta en todos los aspectos relacionados con el agua¹⁸.

¹⁷ No he encontrado una explicación jurídica ni técnica a dicho retraso en el traspaso de funciones y medios a Andalucía hasta el año 2005, cuando en otras CCAA como Cataluña, Canarias, Galicia o País Vasco ya se venían ejerciendo bastantes años antes por haber recibido el traspaso de las funciones y medios correspondientes a sus cuencas hidrográficas intracomunitarias. Así HORGUE BAENA, C., «Administración hídrica de Andalucía» en A. EMBID IRUJO (Dir.): *Diccionario de Derecho de aguas*, Ed. Iustel, 2007, p. 56, indica que por diversos avatares no llegarían a materializarse estos traspasos, quedando la Comunidad Autónoma de Andalucía durante bastantes años en una situación desigual respecto a aquellas CCAA que, con un mismo nivel competencial, habían recibido los correspondientes traspasos de competencias en relación con las cuencas intracomunitarias: Cataluña (Real Decreto 2646/1985, de 27 de diciembre), Galicia (Real Decreto 2792/1986, de 30 de diciembre), Canarias (Real Decreto 482/1985, de 6 de marzo), y el País Vasco (Real Decreto 1551/1994, de 8 de julio).

Andalucía debió esperar hasta el Real Decreto 2130/2004, de 29 de octubre, para recibir el traspaso de funciones y servicios en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos (CH del Sur). Le siguió el Real Decreto 1560/2005, de 23 de diciembre, sobre traspaso de funciones y servicios del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos correspondientes a las cuencas hidrográficas intracomunitarias vertientes al litoral atlántico integradas en las CH del Guadalquivir y del Guadiana; y, finalmente, el Real Decreto 1666/2008, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos correspondientes a las aguas de la Cuenca del Guadalquivir que discurren íntegramente por el territorio de la Comunidad Autónoma. Este último traspaso fue derogado mediante el Real Decreto 1498/2011, devolviéndose las funciones y servicios traspasados al Estado, en cumplimiento de las SSTS de los días 13 y 14 de junio de 2011 que declaran la nulidad del citado Real Decreto 1666/2008, ya que utilizaba como base competencial el art. 51 del Estatuto de Autonomía anulado por la STC 30/2011.

¹⁸ En su exposición de motivos se justifica su creación por cuanto la división en cuencas hidrográficas del territorio andaluz, con órganos de gobierno diferentes y planes hidrológicos distintos, impide adoptar una «política global de equilibrio y mejor aprovechamiento y seguridad de conjunto, que no puede obtenerse como suma de las políticas aplicadas en cada una de las cuencas». Por ello, se considera necesario dotarse de un órgano único en Andalucía que vele por la coordinación de los distintos planes hidrológicos y la mejor gestión posible para los usuarios de agua andaluces, poniéndose en duda la capacidad del Gobierno del Estado para elaborar un Plan Hidrológico Nacional que coordine los distintos planes hidrológicos existentes en Andalucía. No obstante este deseo del Gobierno andaluz de participar y coordinar a través de este órgano todos los planes hidrológicos de cuenca que afectan al territorio de Andalucía (Segura, Guadalquivir, Sur y Guadiana), la Junta de Andalucía solo tenía representantes en los Consejos del Agua de las CHs del Guadiana, Guadalquivir y Segura. No disponía de representación en la CH del Sur por cuanto este organismo no disponía de consejo del agua, al no haberse constituido formalmente como organismo de cuenca en el año 1989, y serle aplicables el Real Decreto 1821/1985 de 1 de agosto y el Real Decreto

El objetivo perseguido con la creación del Consejo Andaluz del Agua fue el de aunar los esfuerzos y conjugar los distintos intereses de los sectores involucrados (administraciones públicas y organizaciones sindicales, empresariales, ecologistas, de regantes y de consumidores y usuarios), con el fin de lograr el mayor consenso posible en las decisiones que finalmente adoptase el Gobierno de la Junta de Andalucía en relación con la política de aguas en la Comunidad Autónoma. Este órgano, con funciones similares al Consejo Nacional del Agua establecido en el art. 17 LAG, mantuvo su composición y funciones hasta el Decreto 477/2015, por el que se regulan los órganos colegiados de participación administrativa y social de la Administración andaluza del agua, elaborado por mandato del art. 16 de la Ley 9/2010, de 30 de julio, de aguas de Andalucía (LADA).

Para el ejercicio de las escasas funciones y servicios traspasados por el Estado en materia de aguas (la ordenación del litoral y vertidos al mar y las competencias en auxilios técnicos y económicos a las EELL en materia de abastecimiento y saneamiento de poblaciones, defensas de márgenes y encauzamientos de ríos y arroyos en los tramos urbanos)¹⁹, la Administración autonómica utilizó los medios disponibles de su administración general, sin establecer una administración hidráulica especializada para tales menesteres.

Así, mediante el Decreto 194/1984, de 3 de julio, se asignan a la Consejería de Política Territorial las funciones y servicios transferidas por la Administración del Estado en materia de abastecimientos, saneamientos, encauzamientos, defensa de márgenes y regadíos. Funciones y medios que fueron posteriormente atribuidos a la Dirección General de Obras Públicas de la Consejería de Obras Públicas y Transportes mediante el Decreto 279/1986, de 8 de octubre y que después, a través del Decreto 359/2000, se integraron en la Secretaría General de Aguas de la Consejería de

2419/1979. Este real decreto establecía como órganos de gobierno: la asamblea, la junta de gobierno, el delegado del gobierno y el director. No obstante, se solía invitar a la Junta de Andalucía a participar en las juntas de gobierno.

¹⁹ Ello en base al Real Decreto 2803/1983, de 25 de agosto, que establecía el traspaso de funciones a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de ordenación del litoral y vertidos al mar y de los correspondientes servicios precisos para el ejercicio de aquellas funciones; y el Real Decreto 1132/1984 sobre traspaso de funciones y servicios a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de abastecimientos, saneamientos, encauzamientos, defensa de márgenes y regadíos. Como indica HORGUE BAENA, C. (2007: 56) el objeto de este último traspaso fue muy limitado ya que «únicamente se transfirieron las funciones consistentes en programar, aprobar y tramitar las inversiones en las obras de su interés en las materias citadas, sin que abarcase aspectos esenciales de la materia recursos y aprovechamientos Hidráulicos».

Asimismo, en estos años se produce el traspaso de funciones en otras materias relacionadas con el agua de manera sectorial: Agricultura (Real Decreto 698/1979 y Real Decreto 2917/1979, modificado sucesivamente por los Reales Decretos 3490/1981 y 2766/1983); Industria, energía y minas (Real Decreto 4164/1982); y conservación de la naturaleza, deslinde y protección riberas (Real Decreto 1096/1984).

Obras Públicas y Transportes²⁰ para dar un mayor impulso a las políticas de aguas. Funciones que seguirán desempeñando hasta la constitución formal de la Agencia Andaluza del Agua²¹ tras el traspaso de competencias de las cuencas hidrológicas intracomunitarias en el año 2004.

Del mismo modo, en el Decreto 97/1994, de 3 de mayo se asignaron a la Agencia de Medio Ambiente las funciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de vertidos al dominio público marítimo-terrestre y de usos en zonas de servidumbre de protección, reconocidas por las STCS 149/1991 y 198/1991. En particular, en su art. 2 se atribuye a dicha agencia la competencia para la vigilancia, control y el ejercicio de la correspondiente potestad sancionadora en ambas materias. Funciones que más tarde pasarían a integrarse dentro de la Consejería de Medio Ambiente, sin relación alguna con el resto de funciones traspasadas, que seguirían siendo gestionadas dentro de la Consejería de Obras Públicas y Transportes por estar vinculadas a la programación y ejecución de obras públicas de interés comunitario.

Con independencia de la integración de las funciones y servicios en materia de aguas en las citadas consejerías, la Junta de Andalucía fue desarrollando instituciones especializadas en la materia para mejorar la investigación y el conocimiento del agua en Andalucía. Así mediante el Decreto 103/2001²², de 24 de abril, se crea el Instituto del Agua de Andalucía y la Comisión Interdepartamental del Agua.

El Instituto del Agua de Andalucía se configura como un órgano administrativo, dependiente de la citada Secretaria General de Aguas, para la investigación aplicada sobre el agua en Andalucía, el apoyo técnico a la consejería para el diseño

²⁰ El art. 1 del Decreto 359/2000 crea la citada Secretaria General de Aguas; y su art. 2 introduce un art. 5.bis en el Decreto 445/1996 para adscribirla a la Consejería de Obras Públicas y Transportes y atribuirle el impulso de la concertación con las distintas administraciones y entidades públicas y privadas, así como el conjunto de actuaciones encaminadas a fomentar el uso racional y eficiente de los recursos hídricos. En particular, se le atribuyen la elaboración de la normativa en materia de obras hidráulicas referente a recursos y aprovechamientos hidráulicos; el abastecimiento de agua y saneamiento; el encauzamiento, defensa de márgenes y aguas subterráneas, bien en ejecución de competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma o en desarrollo y ejecución de la normativa estatal; la elaboración de estudios y planes que permitan la definición de la política hidráulica de la Comunidad Autónoma; la programación y la construcción de las obras hidráulicas y la ordenación de la gestión del uso de agua, en el marco de las competencias de la Comunidad Autónoma. Asimismo, se le atribuyen las competencias de planificación hidrológica, de programación de inversiones y ordenación y concesión de recursos hidráulicos para regadíos, que ejercerá coordinadamente con la Consejería de Agricultura y Pesca.

²¹ La Ley 3/2004, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, creó en su art. 48 el organismo autónomo de carácter administrativo denominado «Agencia Andaluza del Agua», que pasó a gestionar, además de las cuencas hidrográficas intracomunitarias, las funciones encomendadas a la Secretaría General de Aguas.

²² Fue derogado este Decreto 103/2001 por el Decreto 55/2005 que aprobó los estatutos del organismo autónomo Agencia Andaluza del Agua.

de la política de aguas y la elaboración, actualización y difusión de la información sobre el agua. Por su parte, la Comisión Interdepartamental del Agua, integrada orgánicamente en la Consejería de Obras Públicas y Transportes, actuaba como órgano de apoyo y coordinación del Instituto del Agua de Andalucía.

En el año 2004 se da un giro a la política de aguas en Andalucía y se asignan a la Consejería de Medio Ambiente todas las competencias de la Comunidad Autónoma en materia de aguas que hasta entonces residían en la Consejería de Obras Públicas y Transportes. Integrando en la misma a la Secretaria General de Aguas, el Instituto del Agua y a la Comisión Interdepartamental por medio del Decreto 206/2004, de 6 de mayo.

2. Hacia una administración especializada en la gestión del agua en Andalucía. La Agencia Andaluza del Agua

Las continuas reivindicaciones de la sociedad andaluza (en especial sindicatos agrarios y comunidades de regantes), a través de la denominada «Mesa del Acuerdo Andaluz por el Agua», dirigidas en el año 1994 al Parlamento de Andalucía y al conjunto de los poderes públicos para que, «superando dificultades, incomprensibles para el pueblo andaluz, reclame[n] la titularidad de las competencias sobre las aguas del Guadalquivir y demás ríos que discurren por nuestra tierra»²³, dieron finalmente su fruto en el Real Decreto 2130/2004, de 29 de octubre, por el cual se traspasan las funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos de la Cuenca Hidrográfica del Sur.

²³ Ya en aquellos años, la Mesa entendía que el traspaso de competencias de la Cuenca Hidrográfica del Guadalquivir era muy difícil de alcanzar por tener un carácter intercomunitario (aunque el 90% de su cuenca está situada en el interior de Andalucía) y ser, por tanto, de competencia exclusiva del Estado. Respecto de los traspasos concernientes a las cuencas intracomunitaria, sí que dejó nítidamente clara su posición. Y así, en el apartado 8 del capítulo dedicado a la gestión del dominio público hidráulico del citado Acuerdo Andaluza por el Agua, formuló la petición expresa del traspaso de las cuencas intracomunitarias (Sur, Guadalete-Bárbate y Tinto-Odiel-Piedras), así como de las obras hidráulicas en dichos ámbitos. Véase ESPINOSA GAITÁN, J., «La Junta de Andalucía en la política de agua de nuestra comunidad» en A. PULIDO BOSCH, P.A.; PULIDO LEBOEUF y J.M. CALAFORRA CHORDI (coords.): *Problemática de la gestión del agua en regiones semiáridas*, Instituto de Estudios Almerienses, 2001, pp. 193-194.

La propuesta elevada por la «Mesa por el Acuerdo Andaluz por el Agua» al Parlamento de Andalucía fue recogida expresamente en la siguiente Proposición de Ley aprobada por Resolución el 19 de febrero de 1998: «El Parlamento de Andalucía insta al Consejo de Gobierno a exigir ante el Gobierno central la transparencia urgente de las competencias y recursos sobre las cuencas hidrográficas (Guadiana II; Piedras, Odiel y Tinto; Sur y Guadalete-Bárbate). La transferencia de estas competencias deberá ir acompañada de la dotación de recursos económicos, humanos y cuantos otros sean necesarios para la gestión y administración eficaz de los mismos».

El citado traspaso suscitó la necesidad de dotarse de una administración hidráulica especializada que gestionara dichas competencias y diera acomodo al personal y medios traspasados por el Estado dentro de la Administración andaluza²⁴. A tal fin, la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de medidas tributarias, administrativas y financieras (capítulo XI) creó la Agencia Andaluza del Agua para la gestión de estas funciones transferidas y la integración en un mismo organismo autónomo de carácter administrativo²⁵ de las distintas unidades administrativas de la Secretaría General de Aguas y el Instituto del Agua²⁶, que hasta la fecha habían gestionado las diferentes competencias que en materia de agua había establecido el Estatuto de Autonomía del año 1981. Sus primeros estatutos se aprobaron mediante el Decreto 55/2005, de 22 de febrero, aunque este organismo autónomo ya había dado comienzo a la gestión de las aguas el 1 de enero del 2005.

A la hora de acometer el trabajo arduo de diseñar una estructura administrativa ágil, eficiente y que diera respuesta a las necesidades de los ciudadanos, plasmadas en el Acuerdo Andaluz por el Agua de 1994, los responsables de la consejería optaron por un organismo público, del mismo modo que la práctica totalidad de las CCAA con cuencas intracomunitarias, para el diseño de su administración hidráulica, en vez de integrar las funciones y servicios traspasados directamente en la Consejería de Medio Ambiente. El hecho de encargar la organización, homogeneización y uniformización de la gestión de las cuencas intracomunitarias a la misma empresa consultora que lo realizó en Cataluña, hace que sea la Agencia Catalana del Agua el modelo utilizado, con las salvedades propias de la organización administrativa en Andalucía²⁷.

La vida administrativa de la Agencia Andaluza del Agua no fue muy larga ni estuvo exenta de vicisitudes, como se va a exponer a continuación. Para facilitar su

²⁴ HORGUE BAENA, C. (2007: 60) considera que fue el traspaso de funciones y servicios de las cuencas internas andaluzas del Mediterráneo lo que condicionó a la Comunidad Autónoma a optar por «un modelo organizativo de descentralización funcional, creando una entidad jurídica diferenciada para el ejercicio de sus competencias en la materia».

²⁵ El art. 48.2 de la citada Ley 3/2004 atribuye a la Agencia Andaluza del Agua «personalidad jurídica y patrimonio propios», gozando por ello de «plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines de acuerdo con esta ley y con las demás disposiciones que le sean de aplicación».

²⁶ La disposición adicional única del Decreto 55/2005, por el que se aprueban los Estatutos del organismo autónomo Agencia Andaluza del Agua, establecía la integración en la citada agencia la estructura de puestos y el personal adscrito que correspondan a la Secretaría General de Aguas.

²⁷ Este mismo proceso de mimetización de la gestión en materia de agua realizada en Cataluña se plasmó en la redacción del Estatuto de Autonomía del año 2007 y en la LADA, muchos de cuyos artículos están basados en la normativa catalana y, en algunos casos, son copia casi literal de los mismos. Al respecto se puede consultar a JORDANO FRAGA, J. «Artículo 50. Agua» y «Artículo 51. Cuenca Hidrográfica del Guadalquivir» en J. PARDO FALCÓN (coord.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía II*, Parlamento de Andalucía, tomo II, 2012, pp. 817-847.

compresión, se han distinguido una serie de etapas con base en los cambios producidos en sus funciones, estructura administrativa o ámbito territorial. Así:

Etapas	Fecha	Hito
PRIMERA ETAPA	29 de octubre de 2004	Real Decreto 2130/2004. Traspaso de funciones y servicios de la CH Sur
	28 de diciembre 2004	Creación de la Agencia Andaluza del Agua mediante la Ley 3/2004
	1 de enero de 2005	Comienza la gestión de las Cuencas Mediterráneas Andaluzas
	22 de febrero de 2005	Decreto 55/2005. Estatutos de la Agencia Andaluza del Agua
SEGUNDA ETAPA	9 de junio de 2005	Acuerdo de la Comisión Mixta para el traspaso de las Cuencas Guadalete, Bárbate, Tinto, Piedras, Odiel y Chanza
	2 de noviembre 2005	Decreto 241/2005. Creación de las Direcciones Provinciales
	23 de diciembre 2005	Real Decreto 1560/2005. Traspaso de medios y servicios de las cuencas Guadalete, Bárbate, Tinto, Piedras, Odiel y encomienda del Chanza
TERCERA ETAPA	1 de enero de 2006	Inicio de funciones en la Cuenca Atlántica Andaluza
	1/1/06 al 1/1/2007	A través de una empresa consultora, se homogeneizan y uniforman los procesos de gestión del dominio público hidráulico en las cuencas transferidas, se diseñan los sistemas informáticos y la organización administrativa
	10 enero de 2006	Decreto 11/2006 para la integración en la Agencia Andaluza del Agua del personal traspasado en la Dirección General de la Cuenca Atlántica
	28 de marzo de 2006	Decreto 75/2006. Modificación de los Estatutos de la Agencia para incluir la Cuenca Atlántica
	31 de mayo de 2007	Comité específico de gestión en los ámbitos provinciales de explotación de cada sistema existente en las cuencas
	6 de noviembre de 2007	Decreto 277/2007. Modifica la Relación de Puestos de Trabajo (RPT) de la Consejería de Medio Ambiente para incluir la estructura administrativa de la Agencia Andaluza del Agua
	17 de octubre de 2008	Real Decreto 1666/2008. Traspaso servicios y funciones de la CH del Guadalquivir

Etapa	Fecha	Hito
CUARTA ETAPA	1 de enero de 2009	Inicio del ejercicio de funciones en la Cuenca Guadalquivir
	7 de enero de 2009	Decreto 2/2009. Modifica los Estatutos de la Agencia Andaluza del Agua y adapta los órganos colegiados a la nueva estructura
	20 de octubre de 2009	Decreto 357/2009. Se delimitan los ámbitos territoriales de las tres DHs intracomunitarias: Cuencas Mediterráneas Andaluzas, Tinto-Odiel y Piedras, y Guadalete y Bárbate ²⁸
	27 de julio de 2010	Decreto-Ley 5/2010. Reordenación del sector público
	7 de diciembre de 2010	Acuerdos de la Mesa General de Negociación del Empleado Público para integrar el personal y medios de la Agencia Andaluza del Agua en la Consejería de Medio Ambiente
	17 de febrero de 2011	Ley 1/2011. Desaparece la Agencia Andaluza del Agua
	16 de marzo de 2011	STC 30/2011. Declaración de inconstitucionalidad del art. 51 del Estatuto
QUINTA ETAPA	19 de abril de 2011	Decreto 105/2011. Integración de las Direcciones Generales de la Agencia Andaluza del Agua en la Secretaría General del Agua de la Consejería de Medio Ambiente
	13 y 14 de junio de 2011	SSTS de la sala de lo contencioso-administrativo que declaran la nulidad del RD 1666/2008
	1 de julio a 21 de octubre de 2011	Encomienda de gestión de la CH del Guadalquivir
	13 de diciembre de 2011	Proposición no aceptada de Ley Orgánica de delegación competencias a Andalucía sobre el Guadalquivir
	2012-2020	Diversos cambios en cuanto a la ubicación y denominación de la unidad administrativa dentro de la consejería con competencias en agua

Tabla 1. Etapas en la Administración del Agua en Andalucía. Elaboración propia

²⁸ A raíz del traspaso de funciones y servicios de la CH del Guadalquivir a Andalucía, se realizó una reorganización de las Direcciones generales existentes (de la Cuenca Atlántica y de la Cuenca Mediterránea) y de sus ámbitos de gestión por cuencas hidrográficas, para dar paso a una estructura de gestión centralizada y única para toda Andalucía. Lo que supuso que la Cuenca Atlántica Andaluza se dividieran a efectos de planificación hidrológica en dos DH distintas: Tinto-Odiel-Piedras y Guadalete-Bárbate, aunque la elaboración la realizara la misma unidad administrativa: la Subdirección de Infraestructuras y Planificación de la Dirección General de la Cuenca Atlántica suprimida.

A. Primera etapa: Creación de la Agencia Andaluza del Agua para la gestión de las Cuencas Mediterráneas Andaluzas: para el traspaso de la CH del Sur

Desde el acuerdo de la Comisión Mixta de 14 de marzo de 2004 hasta que la Comunidad Autónoma de Andalucía comienza a gestionar dicha cuenca intracomunitaria el día 1 de enero de 2005, se realizan las reuniones de la Comisión Mixta necesarias para acordar medios personales, materiales y económicos que implican dicho traspaso, que culminaría con la aprobación del Real Decreto 2130/2004 y de la Ley 3/2004 que creaba la Agencia Andaluza del Agua.

Así, desde el 1 de enero del 2005, la Agencia Andaluza del Agua empieza a ejercer sus competencias en este ámbito territorial; también se van dando los primeros pasos, con el Decreto 55/2005, para la constitución de la Agencia Andaluza del Agua con unas estructuras administrativas independientes para las cuencas hidrográficas: Mediterráneas y Atlánticas²⁹.

Con la constitución de la Agencia Andaluza del Agua como organismo autónomo de carácter administrativo adscrito a la consejería competente en materia de medio ambiente, se le asigna la práctica totalidad de las funciones y servicios en materia de aguas, tanto las que venía desempeñando la Secretaria General del Agua como las traspasadas en el mencionado Real Decreto 2130/2004, con la excepción de las autorizaciones y control de vertidos al litoral, que permanecen en dicha Consejería de Medio Ambiente. Para ejercer tales funciones, la agencia disponía del personal y de los medios tanto de la extinta Secretaria General del Agua como de la CH del Sur traspasada. Hay que tener en cuenta que, aunque la agencia se crea como un organismo autónomo de carácter administrativo de la Junta de Andalucía, con personalidad jurídica, patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión y plena capacidad de obrar, su actuación se subordinaría a la consejería, como si se tratase de una secretaría más, al no disponer de presupuesto propio.

En el Decreto 55/2005 se establecía la siguiente estructura administrativa: La Presidencia y una Dirección Gerencia, de la que dependían la Dirección General de

²⁹ Debido a que en febrero del 2005 tan solo la Comunidad Autónoma tenía traspasadas las funciones y servicios de la CH del Sur, en el art. 11 del Decreto 55/2005 solo se crea la Dirección General de la Cuenca Mediterránea Andaluza. La Dirección General de la Cuenca Atlántica Andaluza se crea con el Decreto 75/2006, de 28 de marzo, que modifica los Estatutos de la Agencia y que, mediante la modificación del art. 13 del citado Decreto 55/2005, define los ámbitos territoriales de gestión de dichas direcciones generales: «Corresponde a la Dirección General de la Cuenca Mediterránea Andaluza en el ámbito territorial de la Cuenca Hidrográfica del Sur, definido en el Real Decreto 650/1987, de 8 de mayo y a la Dirección General de la Cuenca Atlántica Andaluza en el ámbito territorial de las cuencas hidrográficas internas de Andalucía de los ríos Guadalete y Bábate e intercuenas entre el límite de los términos municipales de Tarifa y Algeciras y el límite con la cuenca del Guadalquivir; y de las cuencas hidrográficas internas de los ríos Tinto, Odiel y Piedras y las intercuenas correspondientes de vertido directo al Atlántico, las siguientes atribuciones...».

Planificación y Gestión, la Dirección General de la Cuenca Mediterránea Andaluza y el Instituto del Agua de Andalucía. Asimismo, se creaba la Comisión del Agua de dicha cuenca³⁰, a la cual se le atribuían, en el art. 15, unas funciones similares a las previstas en el art. 28 TRLA para las juntas de gobierno³¹.

Finalmente, en la disposición final primera se habilita a las Consejerías de Economía y Hacienda y de Justicia y Administración Pública, así como a la Agencia Andaluza del Agua, en el ámbito de sus respectivas competencias, para la elaboración y aprobación de la nueva relación de puestos de trabajo, en el plazo de seis meses³², a la que quedaría adscrito el personal existente de acuerdo con los criterios generales de homologación de puestos (con objeto de adaptar los puestos de la CH del Sur a la estructura administrativa andaluza).

B. Segunda etapa: Ampliación de las funciones y servicios de la Agencia Andaluza del Agua con el traspaso de las cuencas internas del Guadalete, Bárbate, Tinto-Odiel-Piedras, y la encomienda de gestión del Chanza. Creación de las Direcciones provinciales

Simultáneamente a la gestión de las Cuencas Mediterráneas Andaluzas, los responsables de la Agencia estaban negociando con los responsables de las CH del Guadiana y del Guadalquivir el traspaso de medios humanos y materiales correspondientes a las funciones y servicios, acordado desde el 9 de junio de 2005 y llevado a cabo mediante el Real Decreto 241/2005, de 23 de diciembre.

³⁰ En estos momentos, aunque se estaba negociando para el traspaso del resto de cuencas hidrográficas intracomunitarias incluidas en las CH del Guadiana y Guadalquivir, tan solo se disponía de competencias en la Cuenca Hidrográfica del Sur (Mediterráneo andaluz según la nueva denominación de la Junta de Andalucía). Es por ello que el Decreto 55/2005 nació ya con una vida muy corta, hasta la promulgación del citado Decreto 75/2006, que modifica los estatutos de la Agencia Andaluza del Agua.

³¹ Para ser más exacto, es la comisión permanente de la Comisión del Agua la que ostenta las funciones propias de la Junta de gobierno de las CHs establecidas en el citado art. 28 TRLA. Mientras que las funciones atribuidas al pleno de la citada Comisión del Agua estarían más próximas a las funciones establecidas en el art. 35 TRLA para el Consejo del Agua.

³² Este plazo se manifestó escaso para semejante trabajo de definir una estructura orgánica coherente con las funciones asumidas tras los traspasos efectuados en virtud del Real Decreto 2130/2004, de traspaso de funciones de la Cuenca Hidrográfica del Sur; así como con las funciones que se iban a asumir a tenor del borrador de real decreto que se estaba preparando ese mismo año para traspasar las Cuencas Hidrográficas internas del Tinto-Odiel-Piedras y Guadalete-Bárbate; teniendo en cuenta además la integración de los medios y personas transferidas desde el Estado. En el año 2006 se aprobó la RPT de la Agencia Andaluza del Agua mediante el Decreto 11/2006, de 10 de enero, y se integró en la misma al personal traspasado de las CHs del Guadalquivir y del Guadiana. Posteriormente en el año 2008 se realizó el concurso público para cubrir las nuevas plazas creadas, cuando ya se llevaban tres años gestionando las aguas internas.

A la par que se estaba implantando una estructura administrativa por cuencas hidrográficas, mediterráneas y atlánticas, a semejanza de la estatal y con pleno cumplimiento del principio de unidad de cuenca hidrográfica establecido en el art. 13 LAg, se aprobó el Decreto 241/2005, que creó las direcciones provinciales como unidades administrativas periféricas de gestión del agua³³. Las funciones de estos servicios provinciales se delimitaron en base a un criterio puramente territorial y político, que distaba mucho de encajar con la delimitación geográfica e hidráulica de las cuencas hidrográficas intracomunitarias, en especial en las mediterráneas³⁴.

Dejando a un lado las funciones directivas, administrativas e informativas que el Decreto 241/2005 asigna a estas direcciones provinciales, las funciones en el ámbito de la gestión de los recursos y de las infraestructuras hidráulicas delegadas, son muy extensas, tanto en lo referido al estudio de necesidades y ejecución de infraestructuras hidráulicas, como en cuanto a las funciones de policía y gestión del DPH. Estas funciones se enmarcan en labores de instrucción de expedientes, elaboración de informes, inspección y vigilancia del DPH y, sobre todo, a la ejecución de los planes y programas aprobados por la consejería, con la salvedad del otorgamiento de autorizaciones y la imposición de sanciones leves. Las direcciones generales mantienen la competencia para la resolución de los expedientes concesionales, aprobación de los Estatutos de las Comunidades Usuarios, la imposición de sanciones graves y la emisión de los informes de planeamiento urbanístico, entre otras materias. En la práctica, la actuación de estas direcciones provinciales se ha ceñido principalmente a la tramitación de autorizaciones y expedientes sancionadores leves y menos graves, con el consiguiente acercamiento de la administración al usuario y la mejora del servicio prestado. Sin perjuicio de que la obligación de elevar la resolución de las concesiones a la Dirección Gerencia haya permitido a esta coordinar las actuaciones de las distintas direcciones provinciales dentro de la misma cuenca hidrográfica³⁵.

³³ El art. 55 de la Ley 3/2004 (por la que se crea la Agencia Andaluza del Agua) permitía que la agencia contara con una estructura territorial, cuyas funciones y estructura debían establecerse mediante decreto. Sería el art. 6 del Decreto 55/2005, que aprobaba sus Estatutos, el que contemplara los servicios provinciales para el desempeño de sus funciones de gestión.

³⁴ Ello es así por cuanto las Cuencas Hidrográficas del Tinto-Odiel-Piedras se ubican prácticamente dentro de la provincia de Huelva y las Cuencas Hidrográficas del Guadalete-Bárbate en Cádiz. Sin embargo, las Cuencas Mediterráneas Andaluzas afectan a las provincias de Almería, Granada, Málaga y Cádiz (Campo de Gibraltar), aunque ciertamente la mayor parte del territorio está comprendido entre Málaga y Almería. Para evitar conflictos entre las provincias y facilitar la gestión a nivel provincial, los sistemas de explotación que se han constituido se ciñen casi completamente a las divisiones provinciales.

³⁵ Con todo, hay que tener en cuenta la delegación de competencias de la Dirección Gerencia establecida en la Resolución de 17 de junio de 2006, por la que se delegan competencias en el Director General de la Cuenca Atlántica Andaluza y en los Directores provinciales; y la Resolución de 17 de junio de 2006, por la que se delegan competencias en la Dirección General de la Cuenca Atlántica Andaluza y en los Directores provinciales del organismo y se establece la composición de las mesas de contratación.

Se advierte así una vuelta, en cierto modo, a los esquemas existentes a principios del siglo XX cuando las funciones soberanas de gestión del agua estaban ubicadas en la provincia y la planificación y ejecución de obras hidráulicas en las divisiones o confederaciones hidrológicas³⁶.

C. Tercera etapa: Homogeneización de los procedimientos administrativos entre las Cuencas Mediterráneas y Atlánticas Andaluzas. Gestión por cuencas hidrográficas

El traspaso de las funciones y servicios correspondientes a las cuencas internas atlánticas tenía efectos desde el día 1 de enero de 2006, lo que hizo necesario aprobar el Decreto 13/2006, de 10 de enero, para asignar a la Agencia Andaluza del Agua dichas funciones y los medios humanos y materiales traspasados³⁷. Y, también, el Decreto 75/2006, de 28 de marzo, de modificación de los estatutos de la Agencia Andaluza del Agua aprobados por el Decreto 55/2005, para adaptarlos a la nueva situación administrativa. Así, la Agencia Andaluza del Agua estaría compuesta por una estructura periférica dividida en dos cuencas hidrográficas para su gestión, siguiendo el principio de unidad de cuenca establecido por el TRLA y avalado por la STC 227/1988, con sedes independientes en Jerez y Málaga, en función del mar donde vertían los cauces fluviales (Mediterráneo y Atlántico), estando delegadas en las direcciones provinciales correspondientes (en todas las provincias costeras cuyos territorios pertenecían a una u otra cuenca hidrográfica) las funciones ejecutivas y administrativas.

La estructura organizativa de la agencia responde a un modelo consolidado en la organización de los organismos autónomos de carácter administrativo: la presidencia se atribuye a la persona titular de la consejería competente en materia de agua y la dirección efectiva de los trabajos de la Agencia recae en la persona titular de la Dirección Gerencia. Además, se crea un Consejo Interdepartamental formado por representantes de las distintas consejerías de la Junta de Andalucía cuyas competencias guardan relación con la gestión del agua y al que se le atribuyen funciones de deliberación y propuesta en relación a determinadas decisiones estratégicas de la agencia, como son el plan de actuación, la modificación de los propios Estatutos o el

³⁶ Por lo que, con ligeras diferencias, serían oportunas las críticas que al respecto hicieron diversos autores, como MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S. (1960: 47-78).

³⁷ El personal de la Agencia estuvo compuesto en su origen por el personal de la Secretaría General del Aguas y por el personal transferido del Estado de las distintas Cuencas Hidrográficas del Sur, Guadiana y Guadalquivir. A partir de la aprobación de la relación de puestos de trabajos en el año 2007 y el concurso público extraordinario del 2008, se nutrió de numeroso personal de otras Consejerías para crear unas estructuras amplias, tanto en los servicios centrales de Málaga y Jerez de la Frontera, como de las Direcciones provinciales de Huelva, Cádiz, Granada, Málaga y Almería. El resto de provincias andaluzas (Sevilla, Córdoba y Jaén) contó con menos personal por cuanto sus funciones se limitaban a las funciones básicas en materia de agua de las CCAA sin cuencas internas.

informe de los convenios a formalizar con la Administración del Estado en materia de aguas.

Los órganos centrales de la Agencia Andaluza del Agua se repartían en tres sedes: en Sevilla estaba el Instituto del Agua, la Dirección General de Planificación y Gestión y la Secretaría General; en Málaga estaba la Dirección General de la Cuenca Mediterránea; y en Jerez de la Frontera estaba la Dirección General de la Cuenca Atlántica. La coordinación y dirección de estas direcciones generales la realizaba la Dirección Gerencia, con rango de Viceconsejero, dependiente directamente del titular de la Consejería de Medio Ambiente.

Por su parte, los delegados provinciales de medio ambiente tenían encomendada la dirección provincial de las distintas unidades que se crearon en cada una de las provincias andaluzas, desde donde se iba a realizar la gestión ordinaria de los asuntos relacionados con las aguas correspondientes a la provincia.

Asimismo, se constituyeron como órganos de participación: el Consejo Andaluza del Agua como máximo órgano de información, consulta y asesoramiento de la Junta de Andalucía en materia de aguas; y las Comisiones del Agua como órganos de participación en la administración de las cuencas hidrográficas internas. Estas comisiones se configuraban como un órgano colegiado singular, pues de un lado les correspondían funciones de gobierno y de gestión (a semejanza de la Junta de Gobierno) y por otro de participación activa de los usuarios en la planificación (Consejos del Agua)³⁸. Y se creó, como órgano de deliberación y consulta en relación con las decisiones estratégicas de la Agencia Andaluza del Agua, el Consejo Interdepartamental, al cual podían ser invitados representantes de la Administración estatal cuando se debatieran asuntos relacionados con sus competencias.

Tras pasada la totalidad de las cuencas hidrográficas intracomunitarias, la Agencia Andaluza del Agua inicia a través de la empresa Dmr consultins un proceso de diseño y homogeneización de los procedimientos administrativos de ambas cuencas hidrográficas, así como el establecimiento de las políticas y sistemas informáticos de gestión necesarios para mejorar la eficiencia y dar el mismo tratamiento a todos los usuarios de la CCAA de Andalucía. Este proceso concluye con la implantación de los procesos y políticas antes mencionados en los distintos centros de trabajo y la formación del personal para su aplicación a partir del año 2007. Este proceso de modernización de la administración del agua y de normalización de los procedimientos administrativos para dotar a la administración hidráulica de mayor agilidad y transparencia, iniciado con la creación de la Agencia Andaluza del Agua, se verá drástica-

³⁸ Véase HORGUE BAENA, C. (2007: 63).

mente interrumpido y abortado en el año 2008³⁹, con la incorporación de los medios humanos y técnicos de la CH del Guadalquivir, al imponerse sus procedimientos y modelos de trabajo al resto de las cuencas hidrográficas intracomunitarias.

La Orden de 15 de septiembre de 2006 reordenó los sistemas hidráulicos de explotación existentes en las cuencas hidrográficas traspasadas vertientes al litoral atlántico para adaptarlos a la estructura administrativa andaluza de las direcciones provinciales⁴⁰. Y con la Orden de 31 de mayo del 2007 se crea el Comité específico de gestión en los subsistemas hidráulicos de explotación antes definidos⁴¹ y se establecen los procedimientos y criterios de elección de los representantes de los usuarios, organizaciones defensoras de la naturaleza, organizaciones representativas de intereses económicos y sociales y del conocimiento tecnológico y científico en la Comisión del Agua; asimismo, adapta la composición de la Comisión de explotación del trasvase Guadiaro-Guadalete.

Finalmente, mediante el Decreto 277/2007⁴², de 6 de noviembre, se modificó parcialmente la RPT de la Consejería de Medio Ambiente para adscribir los medios traspasados por el Estado pertenecientes a las CH del Sur, Guadiana (la parte correspondiente a las Cuencas del Tinto-Odiel-Piedras) y Guadalquivir (la parte correspondiente a las Cuencas del Guadalete y Bárbate) a las unidades correspondientes, además de dotar de más puestos de trabajo para completar la estructura administra-

³⁹ Hasta la fecha, no ha tenido lugar un proceso del mismo calado, aunque se han homogeneizado las solicitudes y las condiciones que pueden ser impuestas a las autorizaciones y concesiones administrativas.

⁴⁰ Anteriormente, a través del Decreto 241/2005 que crea las direcciones provinciales, se adscribieron a dichas direcciones provinciales los subsistemas hidráulicos de explotación de las Cuencas Mediterráneas Andaluzas.

⁴¹ Los comités de gestión mezclan funciones que según el TRLA corresponden a las juntas de explotación y a las comisiones de desembalse. Así, se les atribuyen funciones de coordinación de la explotación de las obras hidráulicas y de los recursos del agua que corresponderían a las juntas de explotación, así como de deliberación y de formulación de propuestas sobre el régimen adecuado de llenado y vaciado de embalses y acuíferos que corresponden a las comisiones de desembalse. Los comités no se corresponden con los sistemas de explotación establecidos en las Cuencas Mediterráneas Andaluzas, al igual que pasaba con las Direcciones provinciales creadas en el año 2005. Si bien la subdivisión en subsistemas se hace coincidir casi prácticamente con las divisiones administrativas provinciales, con objeto de que los comités de gestión tengan un ámbito puramente provincial. Esto conlleva que la representación de los usuarios en ellos pueda no ser coincidente con la totalidad de los usuarios del sistema de explotación, con lo que ello puede suponer de falta de representación.

⁴² Posteriormente, en el año 2012, con la adscripción de los medios humanos a la Consejería de Medio Ambiente, se observó una duplicidad de funciones en los servicios de personal y régimen económico, por lo que se modificó parcialmente la relación de puestos de trabajo de la consejería para adscribir estos medios a la Viceconsejería y a la Secretaría General del agua. En cuanto al resto de personal, se modificaron sus funciones y se adscribieron a las direcciones provinciales respectivas, con la salvedad de los puestos directivos y jefaturas de servicio, que fueron trasladados a los servicios centrales de la Consejería de Medio Ambiente en Sevilla.

tiva diseñada por la empresa consultora contratada por la Junta de Andalucía para el cumplimiento de los objetivos propuestos⁴³.

D. Cuarta etapa: El cambio hacia una administración centralizada en Sevilla con Direcciones provinciales y Distritos hidrográficos. Ruptura del principio de unidad de gestión por cuenca hidrográfica

Con motivo del traspaso de servicios y funciones de la Cuenca Hidrográfica del Guadalquivir llevado a cabo en el año 2008⁴⁴, con efectos a partir del día 1 de enero

⁴³ Se efectuaron las dotaciones presupuestarias para poder sacar a concurso interno las plazas vacantes de la RPT en el año 2008. Con todo, esta estructura administrativa, adecuada a las funciones establecidas para la Agencia Andaluza del Agua en sus Estatutos del año 2006, tuvo escaso recorrido funcional, ya que la llegada del personal traspasado de la CH del Guadalquivir provocó un cambio de estructura administrativa de la Agencia Andaluza del Agua, que se materializó en los nuevos estatutos de la Agencia del año 2009.

Desde 2009 hasta la desaparición de la Agencia en el año 2011, se produjo una adaptación de funciones y puestos al nuevo estatuto, pero sin cambiar la relación de puestos de trabajos aprobadas en el presente decreto. Es más, esta estructura ha perdurado sin apenas cambios significativos hasta hoy en día, cuando estos medios se han adscrito directamente a la consejería competente. Ello ha supuesto un desajuste importante en cuanto a los medios disponibles y las funciones asignadas. Así, las Direcciones provinciales de Málaga y Cádiz se han nutrido de los medios personales originariamente previstos para las Direcciones Generales de la Cuenca Mediterránea y Atlántica Andaluza, respectivamente, infrautilizándose los medios humanos existentes al llevarse primero sus funciones a los servicios centrales de la Agencia Andaluza del Agua en Sevilla y después a la consejería competente en materia de aguas.

⁴⁴ En este artículo no se va a entrar a analizar las loables aspiraciones de las CCAA para lograr una mayor participación en la planificación y gestión de las cuencas estatales, recogidas en sus Estatutos de Autonomía, que llevaron a CCAA como Andalucía y Castilla-León a recoger expresamente sus competencias exclusivas en la gestión de la parte de la cuenca hidrográfica del Guadalquivir y Duero respectivamente, que discurren íntegramente por sus territorios. El análisis de este conflicto ha sido sumamente tratado por diversos autores como MELLADO RUIZ, L., *Aguas y ordenación del territorio en el contexto de la reforma estatutaria*, Comares, 2010, que critica la asunción de competencias autonómicas en el río Guadalquivir por cuanto una cosa es la importancia y trascendencia fáctica e instrumental del río Guadalquivir para la Comunidad Autónoma, las legítimas aspiraciones a una mayor y más efectiva participación en los órganos estatales de gestión y en los propios procedimientos supraautonómicos de toma de decisiones, [...] y otra bien distinta, por decirlo en términos suaves, la desconstitucionalización estatutaria del Estado de las Autónomas» (p. 262), sin perjuicio de una posible transferencia a Andalucía basada en el art. 150.2 CE (p. 311 y ss). Posibilidad que el Gobierno de Andalucía planteó al Gobierno del Estado en agosto del 2011, y que al no llegar a buen puerto supuso la devolución al Estado de los medios personales y materiales traspasados del Guadalquivir a través del Real Decreto 1498/2011, de 21 de octubre.

Por su parte DELGADO PIQUERAS, F. (2007: 196) considera razonable que el legislador estatutario (referido a la CA de Castilla la Mancha) pretenda «incrementar la capacidad de incidir en la definición de la política hidráulica nacional, por lo menos en las cuencas que le afecten, reforzar el carácter de su presencia en los organismos estatales y abrir fórmulas de cogestión y codecisión». Opinión, que tras analizar también las reformas estatutarias de las CCAA valenciana, catalana, andaluza y castellanoleonesa en su artículo «La cuenca hidrográfica como ámbito territorial para la gobernanza del agua en el Derecho español y europeo», en BAÑO LEÓN, J.M. (Coord.) *Memorial para la reforma del Estado: estudios en homenaje al Profesor*

de 2009, se reestructura la Agencia Andaluza del Agua mediante el Decreto 2/2009, de 7 de enero, para dar cabida a los medios y al personal traspasado y centralizar las direcciones generales en Sevilla, desmantelando las sedes de Málaga y Jerez de la Frontera, pero manteniendo las Direcciones provinciales para la gestión de recursos e infraestructuras hidráulicas⁴⁵. Asimismo, se aprovecha para introducir algunas modificaciones en la organización y objetivos de la citada Agencia, previstas en las Bases del Acuerdo Andaluz por el Agua de 3 de febrero de 2009⁴⁶, para garantizar un servicio de calidad para usuarios y ciudadanos en general y reforzar la dirección estratégica de la consejería competente en materia de agua.

Se abandona, por tanto, la gestión independiente por cuencas hidrográficas con una coordinación y dirección centralizada en la Dirección Gerencia realizada hasta el año 2009. Esto se justifica, como se indica en la propia exposición de motivos, por el difícil encaje o disfuncionalidad que provocan estas cuencas hidrográficas con la gestión a través de las direcciones provinciales creadas en el año 2005:

« [...] la experiencia en la gestión de la Administración hidráulica andaluza ha puesto de manifiesto que la existencia de una estructura administrativa de cuenca, puede suponer disfuncionalidades que afectan a la eficacia y la eficiencia que debe presidir la organización administrativa y que ese modelo de organización puede provocar distorsiones con las Direcciones Provinciales (creadas por el Decreto 241/2005), ya que se trata de estructuras organizativas que vienen a superponerse en un mismo ámbito territorial».

Santiago Muñoz Machado, Vol. 3, 2016 (Tomo III), refrenda en «la insatisfactoria implementación del modelo descentralizado y participativo de la Ley de Aguas», si bien considera que «la fragmentación de la cuenca no es el mecanismo idóneo para dotar a las CCAA de mayor protagonismo en la gestión hidrográfica», y que «se echa en falta un acuerdo político para construir una política hidráulica a largo plazo, sobre la base del interés general, la equidad y solidaridad interterritorial, el equilibrio en el desarrollo regional y sectorial y la protección ambiental», pp. 2694-2695.

⁴⁵ Esta modificación de los Estatutos no aborda la adaptación de la Agencia al régimen de las agencias administrativas previsto en la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía (L.AJA) en los términos establecidos en su disposición transitoria única; y se limita a incorporar a la Agencia Andaluza del Agua los medios y funciones de la Cuenca Hidrográfica del Guadalquivir, adaptando los órganos colegiados a la nueva realidad administrativa. Esta adaptación, que estaba prevista una vez estuviera consolidada la nueva organización, no llegó a realizarse por la devolución de las competencias al Estado de la Cuenca Hidrográfica Guadalquivir tras la STC 30/2011.

⁴⁶ El Consejo Andaluz del Agua (máximo órgano de consulta y participación social en materia de aguas), en su reunión de 17 de septiembre 2008, decide iniciar un proceso de análisis y reflexión con los agentes económicos y sociales, expertos y científicos, para analizar la gestión del agua, su administración y su financiación. Tras más de 2 meses de reuniones y debates, en la reunión celebrada el 5 de diciembre de 2008, aprueba las Bases del Acuerdo Andaluz por el Agua. Este acuerdo sería ratificado por el Presidente de la Junta de Andalucía y por los principales agentes económicos y sociales el 3 de febrero de 2009.

Se distinguen cuatro Distritos hidrográficos, como unidades territoriales para el ejercicio de las funciones de planificación, participación y gestión hidrológica que tenía atribuidas la Agencia Andaluza del Agua: Mediterráneo, Tinto-Odiel-Piedras, Guadalete-Bárbate y Guadalquivir. Distritos hidrográficos que no responden a la unidad de gestión del agua y unidad de la cuenca hidrográfica establecidas en el art. 14 TRLA y sí, en cambio, a un concepto ad hoc para delimitar el ámbito territorial del río Guadalquivir gestionado por la Comunidad Autónoma de Andalucía, diferenciándolo, así, del resto de la DH del Guadalquivir que afectaba a otras CCAA.

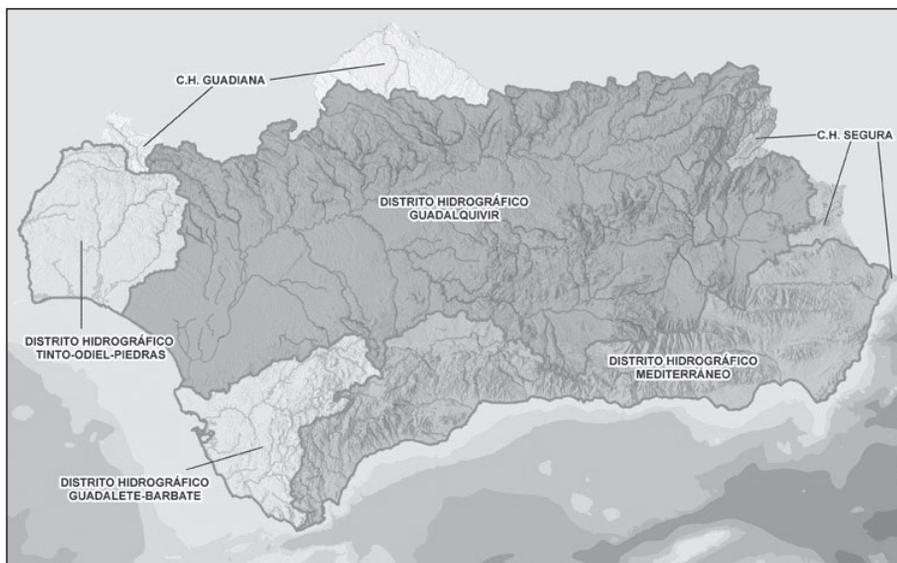


Ilustración 1. Distribución territorial de las aguas en Andalucía en el año 2008.
Fuente: Junta de Andalucía

La crisis económica iniciada en el año 2007 impidió que la Junta de Andalucía pusiera en marcha el proceso de adaptación de la Agencia Andaluza del Agua a las directrices establecidas en la LAJA. El Gobierno andaluz acometió la reestructuración de las empresas y agencias públicas con objeto de reducir su número y privatizar su gestión, para poder disponer de mayor agilidad en la contratación y en la búsqueda de financiación privada. Con ello se buscaba eliminar los largos procedimientos administrativos para la contratación de medios y de obras públicas, así como las restricciones financieras de la ley de presupuestos, en especial del techo de gasto,

persiguiendo, en el ámbito que nos ocupa, la agilización de la gestión del agua⁴⁷. Así se pretendía fusionar la Empresa pública de gestión del medio ambiente (Egmasa) con la Agencia Andaluza del Agua, para constituir la Agencia de Medio Ambiente y Agua, sujeta mayormente al derecho privado y con capacidad para endeudarse⁴⁸.

Mientras se gestionaba dicha reestructuración administrativa, se procedió a modificar parcial y temporalmente en el Decreto 2/2009, de 7 de enero los órganos de gestión de las cuencas intracomunitarias (Comités de Gestión, Comisiones de explotación y Consejo Andaluz del Agua) para adaptarlos a la nueva estructura de la Agencia Andaluza del Agua. Si bien se mantuvieron las Comisiones del Agua en el ámbito territorial de las Cuencas Atlánticas y Mediterráneas andaluzas, en tanto en cuanto se creaban las nuevas Comisiones del Agua a nivel de Distrito hidrográfico⁴⁹.

Así, la estructura de la Agencia Andaluza del Agua quedó conformada por los siguientes órganos:

- Órganos de gobierno y gestión: Presidencia, Vicepresidencia y Dirección Gerencia, de la que dependían tres direcciones generales con competencias en toda Andalucía: planificación y participación; infraestructuras y explotación; y dominio público hidráulico⁵⁰.

⁴⁷ Ello además conllevó que hubiera que modificar el texto del anteproyecto de la LADA para sustituir la expresión «Agencia Andaluza del Agua» por la «consejería competente en materia de aguas» en el capítulo II del Título I.

⁴⁸ Las protestas de los funcionarios a dicha integración en la Agencia de Medio Ambiente y Agua, por la posible pérdida de derechos adquiridos y la consiguiente funcionarización encubierta del personal laboral de Egmasa, provocó un cambio en la idea inicial de fusión de ambas organizaciones y la integración del personal funcionario de la Agencia en la Consejería de Medio Ambiente. Sobre este aspecto se volverá más adelante.

⁴⁹ Estaba previsto la constitución de cuatro comisiones, una por cada Distrito hidrográfico, pero transitoriamente y hasta que se procediera al desarrollo de las previsiones contenidas en los Estatutos, se mantuvieron tres comisiones que sólo funcionaban en Pleno:

- La Comisión del Agua de la Cuenca Mediterránea Andaluza en el Distrito Hidrográfico Mediterráneo, constituida en febrero de 2009.
- La Comisión del Agua de la Cuenca Atlántica Andaluza en los Distritos Hidrográficos Guadalete-Bárbate y Tinto-Odiel-Piedras.
- La Comisión del Agua Guadalquivir en el Distrito Hidrográfico del Guadalquivir.

La temporalidad de estos órganos era evidente por cuanto en esos años se estaba elaborando la LADA (que en su título II regulaba los órganos de participación, y cuyo desarrollo normativo se realizaría en el Decreto 477/2015) y se estaba reorganizando la Administración autonómica, como se ha indicado anteriormente.

⁵⁰ Con la incorporación de las funciones y medios de parte de la CH del Guadalquivir, la Comunidad Autónoma se olvida del principio constitucional de unidad de cuenca y estructura su administración como una consejería más, con competencias sobre todo el territorio andaluz y con división por materias

- Órganos colegiados: se constituyeron las Comisiones del Agua de los Distritos hidrográficos y, dentro de cada comisión, los Comités de Gestión⁵¹. Asimismo, se mantuvo la Comisión de desembalse de la CH del Guadalquivir, el Consejo interdepartamental adscrito a la Agencia Andaluza del Agua, la Comisión de seguimiento para la prevención de inundaciones urbanas y el Consejo Andaluz del Agua creado por el Decreto 202/1995. Finalmente, en la disposición final cuarta se adaptaron a la nueva estructura administrativa las Comisiones de Explotación de los trasvases del Guadiaro-Guadalete y del Negratín-Almanzora⁵².

a nivel de dirección general. Asimismo, se produce una integración de las estructuras existentes en las desaparecidas Direcciones Generales de la Cuenca Mediterránea y de la Cuenca Atlántica en tres nuevas direcciones generales. Así, estas tres direcciones generales se reparten las competencias en materia de agua de forma similar a la estructura orgánica previa de la CH del Guadalquivir (Oficina de Planificación Hidrológica, Dirección Técnica y Comisaría de Aguas, respectivamente). Y mantienen en sus orígenes como máximos responsables a los que provienen de la citada CH del Guadalquivir (con la excepción de la Oficina de planificación pues, al no traspasarse dichas competencias a la Comunidad Autónoma, tampoco se traspasó al personal de la misma).

⁵¹ Los Comités de gestión se crearon por Orden de 31 de mayo de 2007 de la Consejera de Medio Ambiente, y se adaptaron a la nueva estructura administrativa en el Decreto 2/2009:

- En el Distrito Hidrográfico de la Cuenca Mediterránea Andaluza: Campo de Gibraltar; Málaga-Costa del Sol Occidental; Axarquía; Granada; Poniente Almeriense; Sierra de Gador-Filabres; y Sierra Filabres-Estancias.
- En el Distrito Hidrográfico Guadalete-Bárbate: Guadalete y Bárbate.
- En el Distrito Hidrográfico Tinto Odiel y Piedras: Huelva.
- Transitoriamente, hasta el desarrollo de las previsiones estatutarias, en el Distrito Hidrográfico del Guadalquivir se definieron los siguientes Comités de Gestión, que mantenían las funciones asignadas a las Juntas de Explotación: Alto Guadalquivir (Jaén); Medio Guadalquivir (Córdoba); Bajo Guadalquivir (Sevilla); Alto Genil y Guadiana Menor.

⁵² La transferencia de agua de la Cuenca del Guadiaro a la Cuenca del Guadalete se autorizó por la Ley 17/1995, de 1 de junio. Y cuya Comisión de Explotación se constituye mediante Real Decreto 1599/1999, de 15 de octubre. A partir del traspaso de funciones y servicios de la CH del Sur en el año 2004 y de la Cuenca del Guadalete en el año 2005, la Comunidad Autónoma de Andalucía tiene las competencias plenas para gestionar dicho trasvase entre cuencas intracomunitarias.

Por su parte el trasvase del Negratín al Almanzora se autoriza mediante la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, y se crea la Comisión por Orden MAM/2313/2003, de 1 de agosto. En aquellos momentos, tanto el embalse Cuevas de Almanzora como el del Negratín eran gestionados por la Junta de Andalucía, y por tanto podía establecer su composición y funciones. En la actualidad el embalse del Negratín pertenece a la CH del Guadalquivir, y por ello la comisión integra a representantes de ambas administraciones.

Este Decreto 2/2009, no contemplaba el trasvase entre las Cuencas del Tinto-Odiel-Piedras y el Guadalquivir para el abastecimiento y riego del entorno de Doñana, a pesar de que fue aprobado por el Consejo de Ministros del 15/02/2008 en un volumen anual de 4,99 Hm³. Posteriormente, mediante la Ley 10/2018, de 5 de diciembre, se amplía a 19,99 Hm³, y mediante la Orden AAA/30/2016, de 18 de enero, su Comisión de Gestión Técnica de la transferencia de recursos hídricos.

- **Órganos Territoriales:** se mantuvieron las sedes y el personal de las sedes de Jerez de la Frontera y de Málaga de las antiguas direcciones generales, que pasaron a prestar servicios tanto a las nuevas direcciones generales como a las direcciones provinciales.

Asimismo, se modificaron ligeramente las funciones delegadas a las Direcciones provinciales y se dotaron de una estructura administrativa a las correspondientes a las provincias de Sevilla, Jaén o Córdoba, que en la fecha en que se crearon (Decreto 241/2005) no tenían competencia alguna en materia de agua. Al frente de ellas se situó a un gerente provincial como máximo responsable administrativo, dependiente directamente del delegado provincial.

En 2009, en plena crisis económica, la Junta de Andalucía inicia los estudios para la reorganización administrativa y la reducción de sus entes instrumentales. Así, en el primer semestre del año se ejecutó la reorganización de diecisiete centros directivos de las distintas consejerías. Y en el año 2010 se continuó en dicho proceso, con la supresión de dos consejerías mediante Decreto del Presidente 14/2010, de 22 de marzo, sobre reestructuración de consejerías. El colofón de dicho proceso de reestructuración administrativa en materia de aguas se produjo con el Decreto-Ley 5/2010, de 27 de julio, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de reordenación del sector público, así como con el Decreto 105/2011, de 19 de abril, de estructura de la Consejería de Medio Ambiente.

Este proceso de reordenación administrativa, en lo que aquí interesa, se saldó con la eliminación de la Agencia Andaluza del Agua, cuyas funciones y medios se integraron en la consejería competente en materia de medio ambiente. Ello tuvo lugar al tiempo en que se redactaba y tramitaba la LADA, si bien la fecha de la desaparición formal de la agencia fue el 28 de abril de 2011. En realidad, la apuesta política por dicha eliminación tuvo lugar en el año 2009; prueba de ello es que el Gobierno andaluz utilizó la tramitación parlamentaria para modificar el anteproyecto de la citada LADA, eliminando la referencia a la Agencia Andaluza del Agua e incluyendo la referencia a la «consejería competente en materia de agua». La intención del Gobierno fue la de utilizar este proceso de reordenación administrativa para integrar los medios humanos de la Agencia Andaluza del Agua dentro de la nueva Agencia de Medio Ambiente y Agua creada. Para ello, en la DA cuarta del citado Decreto-Ley 5/2010 se establece la posibilidad de que el personal funcionario pueda integrarse voluntariamente en dicha agencia pública empresarial junto con el personal laboral integrante de la extinta empresa pública EGMASA.

Esta integración fue muy cuestionada por los funcionarios públicos, que en tablaron numerosas movilizaciones en el año 2010 para evitar esa integración «voluntaria» en la nueva agencia, así como la funcionarización del personal laboral de

la extinta empresa pública. Ello llevó al Gobierno a mantener numerosas reuniones con los sindicatos, que fructificaron en el Acuerdo de 7 de diciembre de 2010⁵³, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueban los Acuerdos adoptados por la Mesa General de Negociación del Empleado Público de la Administración de la Junta de Andalucía en su reunión de 18 de noviembre de 2010, en materia de reordenación del sector público.

En el punto quinto de dichos acuerdos se recogió que el personal funcionario y laboral que prestaba sus servicios en la Agencia Andaluza del Agua se integraría en la estructura de la Consejería de Medio Ambiente. Para ello, previamente, se negociarían con los firmantes de este acuerdo los criterios de integración en la Consejería de Medio Ambiente y se modificaría la relación de puestos de trabajo para adaptarla a la nueva situación. No obstante, también en ese punto quinto se establecía la posibilidad de que este personal funcionario y laboral se integrara con carácter voluntario en las agencias públicas empresariales⁵⁴.

La salvaguarda de los derechos de los empleados públicos, con el mantenimiento de la condición de personal funcionario o laboral con independencia de su integración en alguna de las nuevas agencias, y la garantía de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad para el acceso a la Administración autonómica, evitando que el personal laboral de las nuevas agencias pueda adquirir la condición de funcionario, fue exigida en las movilizaciones realizadas por los funcionarios durante los años 2009 y 2010 siendo finalmente acogidas por la Junta de Andalucía en el Decreto-ley 6/2010, de 23 de noviembre⁵⁵.

Por otro lado, en el Decreto-Ley 5/2010 se modifican determinados preceptos de la Ley 9/2007 relativos a la ordenación de las entidades instrumentales, que

⁵³ Acuerdo publicado en el BOJA núm. 251, de fecha 27/12/2010.

⁵⁴ La falta de acuerdo para la integración del personal funcionario en la citada Agencia pública derivó en varias denuncias judiciales, que aunque dieron la razón a la Junta de Andalucía en cuanto a sus competencias para reestructurar la Administración autonómica y poder integrar al personal funcionario dentro de las nuevas agencias creadas, provocaron un fuerte desgaste político que finalizó con las elecciones autonómicas del 25 de marzo de 2012, pospuestas para que no coincidieran con las elecciones generales del 28 de abril del 2011.

⁵⁵ Así se recoge en la exposición de motivos del citado Decreto-Ley 6/2010. En seis meses, el Gobierno autonómico cedió a las presiones de los funcionarios para renunciar a la intención de integrar a los mismos dentro de la nueva agencia empresarial creada. En este Decreto-ley se modifica, como indica la exposición de motivos: «la disposición adicional cuarta del Decreto-ley 5/2010, de 27 de julio, en los términos indicados. Igualmente, se da nueva redacción al apartado 3 del art. 69 de la Ley 9/2007, 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, en lo que se refiere al personal funcionario y laboral que se integre en las agencias públicas empresariales». El art. 69 de la citada Ley 9/2007, modificado, garantiza el ejercicio de las potestades públicas o la salvaguarda los intereses generales al personal funcionario de acuerdo con la legislación aplicable en materia de función pública.

afectan de manera muy especial a las agencias públicas empresariales, con objeto de reordenar el sector público andaluz mediante la creación, modificación o extinción de una serie de agencias, a partir de preexistentes entidades instrumentales, públicas o privadas.

Así, dentro del capítulo II de medidas sectoriales de organización, en la sección octava de medidas de organización en relación con el medio ambiente y el agua, en el art. 22 se crea la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía (a partir de EGMASA), que en materia de agua asume las competencias de:

- 1.º La adquisición, construcción, conservación, mantenimiento y mejora de obras, equipamientos e instalaciones hidráulicas con motivos de las encomiendas de gestión que reciba.
- 2.º La gestión y mantenimiento de las redes de información, vigilancia y control, así como la realización de actuaciones relacionadas con el dominio público hidráulico y la calidad del medio hídrico en los términos que se establezcan en sus Estatutos.

Y en su art. 24.1 se declara extinguida la Agencia Andaluza del Agua, con efectos desde la fecha de constitución efectiva de la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía⁵⁶. En base a la disposición adicional tercera, los estatutos de las entidades instrumentales y la modificación de las estructuras orgánicas de las consejerías debían aprobarse y publicarse antes del 31 de diciembre de 2010. Si bien, no fue hasta el 19 de abril de 2011 que se aprobó el Decreto 104/2011, que establecía los estatutos de la citada agencia pública.

E. Quinta Etapa: La vuelta a los orígenes con la adscripción de las funciones y servicios en materia de agua a la consejería con competencias en medio ambiente

El proceso de reordenación administrativa comenzado en el año 2009 tendría su reflejo legal en la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público en Andalucía, que convalida el citado Decreto-Ley 6/2010 y que incluye medidas complementarias al Decreto-Ley 5/2010, tras los acuerdos alcanzados en la mesa

⁵⁶ El citado art. 24.1 del Decreto-Ley 5/2010 establece que «Queda extinguida la Agencia Andaluza del Agua, con efectos desde la fecha de constitución efectiva de la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía.», uniendo la desaparición de una agencia al nacimiento de otra, que asumiría sus funciones, servicios y el personal funcionario para la gestión del agua. Lo que supone una nueva muestra del interés del Gobierno autonómico por traspasar las funciones y servicios desde la Agencia Andaluza del Agua a la nueva agencia empresarial de Medio Ambiente y Agua de Andalucía, junto con el personal funcionario oportuno. No obstante, la oposición de los funcionarios y los recursos ante los tribunales, provocaron el abandono de la idea primigenia y el mantenimiento de las direcciones generales de la Agencia Andaluza del Agua, pero integradas dentro de la consejería competente en materia de agua.

general de negociación del empleado público. Entre las modificaciones introducidas al mencionado Decreto-Ley 5/2010 destaca la producida en el art. 24.1 para vincular la extinción de la Agencia Andaluza del Agua a la entrada en vigor del decreto por el que se aprobase la nueva estructura orgánica de la Consejería de Medio Ambiente, en la que se integrarían las competencias y medios de la citada Agencia Andaluza del Agua, en lugar de la vinculación a la constitución de la citada Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía, como indicamos anteriormente.

No obstante, la constitución de la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía mediante el Decreto 104/2011 y la nueva estructura de la Consejería de Medio Ambiente establecida en el Decreto 105/2011 coinciden en la fecha de su aprobación: 19 de abril. Por tanto, a partir del día 20 de abril desaparece la Agencia Andaluza del Agua y se integran todos los medios en la Consejería de Medio Ambiente.

Además, en este decreto que establece la estructura de la Consejería de Medio Ambiente se plasma la reducción de los centros directivos establecida en la citada Ley 1/2011 y, así, las competencias y medios materiales y personales de la Agencia Andaluza del Agua se integran en la Secretaría General del agua de la citada Consejería de Medio Ambiente⁵⁷. Del mismo modo, se agrupa la Dirección General de Planificación y Participación con la Dirección General del Dominio Público Hidráulico, para constituir la Dirección General de Planificación y Gestión del DPH.

A la par de este proceso de integración de las funciones y medios en la consejería, se fallan la STC 30/2011, de fecha 16 de marzo, por la cual se declaraba inconstitucional el art. 51 del Estatuto del 2007 y las SSTs de 13 y 14 de junio de 2011, que resuelven la devolución al Estado de las funciones traspasadas de la CH del Guadalquivir. Así, prácticamente, no llegó a estar ni tres años el personal traspasado de la CH del Guadalquivir en la Agencia Andaluza del Agua, por cuanto el 21 de octubre de 2011, por mandato del Real Decreto 1498/2011, se integraban en la Administración estatal los medios materiales y personales traspasados a la Comunidad Autónoma de Andalucía en el Real Decreto 1666/2008⁵⁸.

⁵⁷ Este proceso de adelgazamiento o de reordenación del sector público se acompañó del correspondiente proceso de eliminación de sedes administrativas alquiladas en Sevilla y el consiguiente traslado del personal de la extinta Agencia Andaluza del Agua. Con la consiguiente paralización de los expedientes administrativos y el deterioro del servicio público prestado.

⁵⁸ Aunque la citada sentencia es de fecha posterior al Decreto-Ley 6/2010, de reordenación del sector público, la seguridad de que el TC iba a declarar la inconstitucionalidad, con la consiguiente devolución de las funciones y servicios al Estado, hizo que el Gobierno autonómico, por un lado, trabajara con el central para buscar una solución (vía encomienda o delegación vía art. 150 CE, que no fructificó) y, por otro, diseñara una nueva organización administrativa sin los medios humanos y técnicos traspasados por la CH del Guadalquivir.

Este proceso no afectó tan directamente a las Direcciones provinciales, ya que simplemente se integraron como tales dentro de las Delegaciones provinciales, pero sin perder competencia ni personal alguno en el cambio. Es más, los gerentes provinciales, que deberían haber desaparecido *ipso facto*, continuaron realizando su labor asesorando al Delegado provincial y coordinando las actuaciones en materia de aguas⁵⁹. Tampoco afectó a la estructura directiva ni a la distribución de competencias entre las direcciones generales y las Delegaciones provinciales, ni a los comités de gestión porque eran órganos puramente provinciales. Pero sí que provocó una modificación de las comisiones del agua de las DHs, pues en virtud de la DT cuarta se las somete a un régimen transitorio. Transitoriedad que se mantuvo hasta el Decreto 477/2015, que creó los consejos del agua de las demarcaciones (siguiendo el modelo establecido en el TRLA, si bien la Junta de Andalucía les atribuye también algunas funciones de las Juntas de gobierno), heredando las funciones de estas comisiones del agua.

Con este proceso se produjo un abandono de la concepción inicial de la gestión del agua, que seguía el modelo establecido por la Comunidad Autónoma de Cataluña para sus cuencas internas. Se pasa de la constitución de un organismo público, como era la agencia, especializado y autónomo de la estructura administrativa de las consejerías de la Comunidad Autónoma, a integrarse dentro de dicha Consejería de Medio Ambiente como una Secretaría General más.

Posteriormente y hasta la fecha, se han aprobado varias reestructuraciones más de la consejería con competencias en materia de medio ambiente⁶⁰, que no han variado significativamente la estructura en materia de agua más allá de cambiar el órgano directivo de la Secretaría General del Agua por la Secretaría General de Medio Ambiente y Agua; ésta a su vez por la Secretaría General de Medio Ambiente y Cambio Climático; y finalmente por la Secretaría General de Medio Ambiente, Agua y Cambio Climático. De esta Secretaría General dependen en materia de aguas la Dirección General de Planificación y Recursos Hídricos, y la Dirección General de Infraestructuras del agua.

⁵⁹ Actualmente, han desaparecido prácticamente todos los Gerentes provinciales de las Delegaciones territoriales, no por cambios en la relación de puestos de trabajo, sino por las sucesivas reestructuraciones de las Delegaciones provinciales/territoriales realizadas para la reagrupación de las mismas.

⁶⁰ A partir de la estructura orgánica de la Consejería de Medio Ambiente establecida en el Decreto 194/2008, de 6 de mayo, previa a la desaparición de la Agencia Andaluza del Agua, mediante el Decreto 176/2009, de 19 de mayo, se procedió a racionalizar y simplificar la estructura administrativa de la Consejería de Medio Ambiente. Las modificaciones posteriores han tenido lugar mediante el Decreto 139/2010, de 13 de abril; el Decreto 105/2011, de 19 de abril; el Decreto 142/2013, de 1 de octubre; el Decreto 216/2015, de 14 de julio; y el Decreto 103/2019, de 12 de febrero.

La falta de especialización de la administración que gestiona los recursos hídricos en Andalucía se ha acentuado en el año 2019, con la entrada del nuevo Gobierno andaluz, que ha unido la consejería con competencias en medio ambiente y agua con la consejería con competencias en agricultura por medio del Decreto 103/2019. Con ello se está subordinando la política de agua y medio ambiente al desarrollo agrícola, lo que puede suponer volver a una política de infraestructuras hidráulicas en vez de a las políticas de mejora de la gestión de recursos y recuperación de la calidad de las masas de agua, como promueve la DMA y la Ley 11/2005, de 22 de junio, que modifica el Plan Hidrológico Nacional del año 2001.

IV. ESTADO ACTUAL DE LA GESTIÓN DEL AGUA EN ANDALUCÍA Y EN EL RESTO DE CCAA

Ya se ha comentado cómo se sigue manteniendo, prácticamente sin cambios, la estructura administrativa del Estado para la gestión de las cuencas hidrográficas intercomunitarias a través de los organismos de cuenca creados en la LAg. Modelo de administración hidráulica sumamente enaltecida por autores como Fanlo Loras⁶¹ y a las cuales autores como Embid Irujo⁶² les auguran un próspero futuro en la gestión del agua, sin perjuicio de las oportunas y convenientes mejoras para adaptarse a los desafíos en la actualidad y a las nuevas TIC.

Por su parte, las CCAA, con y sin cuencas intracomunitarias, se han dotado desde sus orígenes de una estructura administrativa, más o menos especializada, para la gestión de las competencias propias en materia de aguas. Esta estructura administrativa es diversa en las distintas autonomías, si bien por lo general, para la gestión de las cuencas intracomunitarias, predominan los organismos públicos como las agencias y las entidades públicas empresariales, que con mayor o menor grado de autonomía, cuentan con personalidad jurídica y patrimonio propio⁶³.

⁶¹ FANLO LORAS, A. (2007: 447-448) destaca el papel que han desempeñado las CH u Organismos de cuenca como autoridad única en materia de aguas en España; y cómo se ha generalizado el modelo en el Derecho comparado. Ante aquellos que consideran que está bloqueado institucionalmente y debe ser abandonado, el autor considera que es necesario acometer con urgencia un impulso extraordinario que las revitalice e introduzca las mejores técnicas que lo hagan posible, sin abandonar el referido modelo, devolviéndoles la vitalidad perdida y el atractivo institucional que desde su creación en 1926 siempre han tenido. En el mismo sentido, PÉREZ MARÍN, A., *Derecho de las aguas continentales: A propósito de la Ley de Aguas para Andalucía comentario de su articulado*, Ed. Iustel, Estudios doctrinales, 2011, p. 509, que apuesta por «nuestras fórmulas mantenidas con éxito desde hace más de un siglo».

⁶² Véase EMBID IRUJO, A. (2017: 61-62).

⁶³ MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L.; RUIZ ORTEGA, M.J. y MARTÍNEZ-ALONSO RUIZ, H., «Las personificaciones instrumentales autonómicas: organismos autónomos, entidades públicas, consorcios, sociedades mercantiles y fundaciones públicas autónomas» en *VII Congreso Español de ciencia política y de la Administración: Democracia y Buen Gobierno*, 2005, consideran que «El número de entidades depen-

CCAA	Cuenca Intra ⁶⁴	Administración General de la Comunidad Autónoma	Normativa	Entes dependientes de las CCAA en materia de agua	Tipología
Andalucía	Si	Secretaría General de Medio Ambiente, Agua y Cambio Climático	Ley 9/2010	Agencia del Medio Ambiente y Agua	Entidad pública empresarial
Aragón	no	Departamento de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente	Ley 10/2014	Instituto aragonés del agua	Ente publico
Asturias	Si *	Dirección general calidad ambiental y obras hidráulicas	Leyes 1/1994 y 5/2002	Junta de saneamiento/ Consorcio de Aguas de Asturias	Organismo autónomo/ consorcio
Cantabria	no	Dirección general obras hidráulicas y ciclo integral agua	Ley 2/2014	Medio ambiente, agua, residuos y energía de Cantabria S.A (MARE)	Sociedad mercantil
Castilla-La Mancha	Si *	Consejería de Fomento	Ley 12/2002	Agencia del agua de Castilla-La Mancha/ Infraestructuras del Agua de Castilla-La Mancha	Organismo autónomo/ Ente publico
Castilla y León	no	Varias consejerías	Ley 9/2013	Sociedad pública de Infraestructuras y medio ambiente de Castilla y León SA	Sociedad mercantil

dientes o vinculadas a las Administraciones públicas territoriales es sin duda muy elevado, y la tendencia que se observa no es otra que la de su aumento.» (p. 39), debido a que la CE reconoce a las CCAA la competencia para su organización administrativa y con ello «la capacidad de instituir personificaciones instrumentales, como manifestación de una potestad organizativa que, por el hecho de la generalización de los poderes legislativos autonómicos, alcanza una potencialidad creadora limitada únicamente por el bloque de la constitucionalidad» (p. 41). Por ello, se hace difícil comparar los distintos entes instrumentales de las CCAA, sin agruparlos en las categorías o tipologías recogidas en el art. 11 de la Orden HAP/2015/2012, de 1 de octubre. Así en la tabla siguiente, basándome en el inventario de entes dependientes de las CCAA que desde el año 2007 publica el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, se ha realizado una síntesis de los entes instrumentales que cada Comunidad Autónoma ha constituido en materia de agua.

⁶⁴ (*) A pesar de contar con cuencas hidrográficas intracomunitarias en su territorio, estas CCAA por la escasa entidad de los ríos o de las cuencas endorreicas propias aun no gestionan los servicios y funciones correspondientes, que siguen estando atribuidas a los organismos de cuenca estatales.

CCAA	Cuenca Intra ⁶⁴	Administración General de la Comunidad Autónoma	Normativa	Entes dependientes de las CCAA en materia de agua	Tipología
Cataluña	Si	Departamento de Territorio y sostenibilidad	Decreto Legislativo 3/2003	Agencia catalana de l'aigua/Ens d'abastament d'Aigua Ter-Llobregat	Ente público/ ente publico
Extremadura	no	Dirección general de planificación e infraestructuras hidráulicas	Ley 10/2001		
Galicia	Si	Consejería de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible	Ley 9/2010	Augas de Galicia / Agencia gallega de infraestructuras	Entidad pública empresarial/ agencia
Madrid	no	Consejería de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio y Sostenibilidad.	Ley 17/1984	Canal de Isabel II, S.A.	Sociedad mercantil
Navarra	no	Varias consejería	Ley 10/1988	Navarra de infraestructurales locales SA	Sociedad mercantil
Comunidad valenciana	Si *	Dirección general del agua	Decreto 111/2017	Entidad pública de saneamiento de aguas residuales de la Comunidad Valenciana	Ente publico
Murcia	no	Consejería de Agua, Agricultura, Ganadería, Pesca y Medio Ambiente	Ley 3/2000	Entidad regional de saneamiento y depuración de aguas residuales de la Región de Murcia/ Fundación Instituto Euromediterráneo del Agua	Ente público/ fundación

CCAA	Cuenca Intra ⁶⁴	Administración General de la Comunidad Autónoma	Normativa	Entes dependientes de las CCAA en materia de agua	Tipología
La Rioja	no	Varias consejería	Ley 5/2000	Consortio de aguas y residuos de la Rioja	Consortio
Illes Balears	Si	Dirección General de recursos hídricos	Decreto 129/2002	Agencia Balear del Agua y de la calidad ambiental/ Consorci d'aigües de les Illes Balears	Entidad pública empresarial/ consorcio
Islas Canarias	Si	Consejo Insular del agua	Ley 44/2010	Canal Gestión Lanzarote SAU/ Fundación canaria centro canario del agua	Sociedad mercantil/ fundación
País Vasco	Si	Consejería de Medio Ambiente	Ley 1/2006	Agencia vasca del agua	Ente publico

Tabla 2. Administración hidráulica en las CCAA de España. Fuente: Elaboración propia

Por su parte, aquellas CCAA que no tienen cuencas intracomunitarias o, teniéndolas, aún no gestionan las mismas, suelen encomendar las funciones correspondientes a sus competencias en materia de agua a la consejería con competencias en medio ambiente, sin perjuicio del resto de competencias en otras materias sectoriales relacionadas con el agua (agricultura, minas, industria, ordenación del territorio, etc.), que suelen ser ejercidas por otras consejerías.

En cualquiera de ambos casos, la mayor parte de las CCAA han creado sociedades mercantiles para la elaboración, ejecución y en su caso explotación de las infraestructuras hidráulicas de interés comunitario, en especial de las obras de abastecimiento en alta y depuración de las aguas residuales urbanas. Alguna de las cuales, como el Canal de Isabel II, prestan servicios fuera del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de la que depende.

Actualmente las CCAA se mueven, en materia de aguas, entre una gestión integrada con las funciones y servicios en materia de medio ambiente y una administración especializada y autónoma de la Administración general, que permita una mayor flexibilidad y rapidez a la hora de adaptarse a las necesidades económicas y financieras para el ejercicio de sus funciones, en especial de la ejecución de las obras

hidráulicas necesarias. Esta autonomía administrativa, amparada legalmente en el TRLA para los organismos de cuenca y en las respectivas leyes autonómicas para sus entidades institucionales autonómicas, no supone en ningún caso que no estén sujetas a una dirección política por parte del ministerio o de la consejería a la que se encuentren adscrita orgánicamente.

Autonomía administrativa que no debe quedarse solamente en un mandato jurídico de las leyes reguladoras de estos organismos públicos, sino que debe configurarse como una «necesidad existencial» de este tipo de entidades públicas. La incorporación en sus órganos de gobierno, planificación y coordinación de otras administraciones y de los usuarios y ciudadanos en general, hace inviable una inserción puramente jerárquica de estos organismos en la estructura administrativa general⁶⁵.

Pues bien, dicho esto, no se comprende el cambio en la administración hidráulica de Andalucía ocurrido en el año 2011 para pasar de una administración autónoma y especializada, como era la Agencia Andaluza del Agua, a la adscripción de los servicios y funciones en materia de agua a una secretaría general de la consejería con competencias en materia de medio ambiente y, en la última legislatura, con competencias también en agricultura. Cambio de la organización administrativa que, a mi entender, responde al interés histórico, expresado en múltiples ocasiones por el Gobierno andaluz⁶⁶, de gestionar las aguas del río Guadalquivir y que, ante la imposibilidad legal de la misma (tras la declaración de inconstitucionalidad del art. 51 del Estatuto de Autonomía por la STC 30/2011), determinó la pérdida del interés en seguir manteniendo una estructura administrativa especializada, con una dotación amplia de medios humanos y técnicos, para la gestión de las aguas en Andalucía. Lo que se traduciría en la desaparición de la recién creada Agencia Andaluza del Agua en tan solo cinco años por medio de la Ley 1/2011. Ello a su vez provocó los cambios normativos introducidos durante la tramitación parlamentaria de la LADA para

⁶⁵ Así lo considera EMBID IRUJO, A. (2017: 52-53), que propone aprobar un marco jurídico, completo, que haga creíble, en cualquier circunstancia, ese mandato de autonomía.

⁶⁶ El objetivo del Gobierno andaluz en los últimos 40 años (hasta esta última legislatura en el que ya no está el Partido Socialista en el poder) ha sido la gestión de las aguas del río Guadalquivir en Andalucía basándose en la importancia económica-social del mismo para la región y lo que el citado río supone en su historia y cultura. Así, el 13 de junio de 2018, el Consejero de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, en la I Jornada de Comunicación Científica sobre el Estuario del Guadalquivir, reiteró la demanda de Andalucía sobre las competencias de gestión del río Guadalquivir, indicando que la misma «nunca ha dejado de estar sobre la mesa». Asimismo, expresaba su convencimiento de que con el nuevo gobierno central socialista de Pedro Sánchez se avanzaría hacia ello. La persecución de este objetivo ha provocado que durante muchos años se haya retrasado el acuerdo con el Gobierno estatal para el traspaso de las cuencas hidrográficas propiamente intracomunitarias de Andalucía, lo que llevó incluso a renunciar a entrar en la Junta de Gobierno de la CH del Sur prevista en la disposición transitoria segunda del Real Decreto 650/1987.

eliminar los artículos referentes a la Agencia Andaluza del Agua y sustituir todas las referencias a la misma por la «consejería competente en materia de agua».

La pérdida de las competencias en la citada STC 30/2011, lejos de dar un impulso a la gestión de las cuencas hidrográficas intracomunitarias, ha supuesto la absorción de sus medios humanos y materiales por parte de la consejería con competencias en medio ambiente, pasando a un segundo plano en el debate político. Y lo que es peor, a una descomposición de su estructura administrativa y un vaciamiento progresivo del personal técnico y de los medios disponibles.

Lo que supone un flaco favor a la mejora de gestión anunciada y prevista de estas cuencas hidrográficas intracomunitarias. Cuencas que, aunque representen el 32,7% de la superficie de Andalucía (el 5,4% Tinto-Odiel-Piedras, el 6,8% Guadalete-Bárbate y el 20,5% las Cuencas Mediterráneas Andaluzas) frente al 58,84% que ocupa la Cuenca intercomunitaria del Guadalquivir, tienen gran importancia en cuanto a los usos y recursos gestionados (abastecen a la práctica totalidad de la costa andaluza), lo que justifica sobradamente su puesta en valor y la dotación de los medios humanos y materiales necesarios para mejorar su gestión.

En el ya citado Decreto 103/2019, que establece la actual estructura de la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible⁶⁷, se encuentra ubicada la Secretaria General de Medio Ambiente, Agua y Cambio Climático, a la cual corresponde entre otras funciones (art. 8): la coordinación de las políticas de medio ambiente y agua; la política de agua y en especial la protección y recuperación del ciclo integral del agua y la promoción de su uso sostenible, eficiente y responsable de acuerdo con el interés general; la planificación hidrológica de las cuencas intracomunitarias, prevención de avenidas e inundaciones y situaciones de sequía; la ordenación y regulación de los sistemas de gestión supramunicipal del agua de uso urbano; y la gestión de los cánones de agua y el establecimiento de las excepciones al principio de recuperación de costes.

Para lo cual dispone de dos direcciones generales: la de planificación y recursos hídricos; y la de infraestructuras del agua. La primera dirección general agrupa las funciones que ostentan la comisaria de aguas y la oficina de planificación hidrológica en los organismos de cuenca, además de la relación con las Cuencas del Guadalquivir, Guadiana y Segura en el seguimiento y propuesta de revisión de los planes hidrológicos de las mismas dentro del ámbito de Andalucía, así como la planificación, ordenación y regulación de los servicios de abastecimiento en alta y saneamiento y depuración de las aguas residuales. Por su parte, la Dirección

⁶⁷ Decreto que ha sido modificado parcialmente por el Decreto 114/2020, de 8 de septiembre, que no ha variado la estructura administrativa de la citada consejería, pero sí que ha modificado ligeramente las funciones atribuidas a la Secretaria General de Medio Ambiente, Agua y Cambio Climático.

General de Infraestructuras del agua tiene encomendadas funciones similares a las de la dirección técnica de los organismos de cuenca, centradas en la elaboración, ejecución y explotación de infraestructuras hidráulicas, así como en la explotación y conservación de las mismas, y el establecimiento de los cánones y tarifas aplicables en los distintos sistemas de explotación.

Esta reestructuración no ha afectado a las competencias de las delegaciones territoriales, las cuales cuentan con el Servicio de Dominio Público Hidráulico y Calidad de las Aguas para el ejercicio de las funciones soberanas (tramitación de expedientes de autorización, concesión, sancionadores, e informes de afección al dominio público hidráulico); el Servicio de Infraestructura del Agua para la elaboración de proyectos y ejecución de las infraestructuras hidráulicas (principalmente abastecimiento y depuración); y la unidad de explotación de los diferentes subsistemas que se encargan de la explotación, mantenimiento y conservación de las infraestructuras hidráulicas gestionadas por la Junta de Andalucía en las respectivas provincias⁶⁸. A estas Delegaciones territoriales se mantienen adscritos los correspondientes comités de gestión⁶⁹ regulados en el Decreto 477/2015.

⁶⁸ Así como el Servicio de Dominio Público Hidráulico y Calidad de las Aguas actúa funcional y orgánicamente a las órdenes del Delegado territorial, el Servicio de Infraestructuras y las unidades de explotación dependen orgánicamente del Delegado territorial pero funcionalmente de la Dirección General de Infraestructuras del agua. Siguiendo un modelo similar al establecido a finales del siglo XIX en España, y que tantos problemas y tensiones provocó hasta que se crean las CH en 1926 y las Delegaciones de servicios hidráulicos en 1932 a nivel de cuenca hidrográfica para la ejecución de obras y las funciones soberanas (disposición/atribución y policía de las aguas) respectivamente.

⁶⁹ Que se constituyen como órganos colegiados para la explotación de las obras hidráulicas y gestión de los recursos de aguas superficiales y subterráneas de los sistemas y subsistemas de explotación previstos en el anexo III del Decreto 477/2015: Málaga, Campo de Gibraltar, Granada, Almería, Guadalete, Bábate y Huelva.

Las funciones atribuidas a estos comités de gestión son similares a las establecidas en la legislación básica para las juntas de explotación y la comisión de desembalse, proponiendo actuaciones y realizando las funciones que le encomiende los consejos del agua. Asimismo son el cauce de participación de los usuarios en el proceso de elaboración del estudio económico para el cálculo del importe tanto del canon de regulación y de la tarifa de utilización del agua, como del canon de servicios generales; y el cauce para la participación activa en el proceso de planificación hidrológica, elevando propuestas a los consejos del agua de las DHs.

A pesar de la importancia de este órgano de gestión su constitución ha estado bloqueada desde su creación en el año 2015 hasta principios del año 2020 en que se ha constituido con representantes de las organizaciones socioeconómicas y de usuarios. Así el 17/01/2020 se constituyó en Huelva el Comité de Gestión de las cuencas intracomunitarias de Andalucía para la DH Tinto-Odiel-Piedras para «debatir todas las necesidades y problemas relativos a la demarcación hidrográfica», como declaró el Delegado territorial ÁLVARO BURGOS. Véase https://www.huelvainformación.es/provincia/Comite-Gestion-hidrografica-Huelva-Junta_0_1428757590.html.

Por tanto, nos encontramos en la actualidad en Andalucía que la gestión de las cuencas hidrográficas intracomunitarias se realiza directamente desde la propia administración central de la consejería a través de las citadas direcciones generales, con un apoyo logístico y procedimental de las delegaciones territoriales en las provincias costeras. Siendo estas últimas las que recogen las demandas de los usuarios y ciudadanos de los distintos subsistemas de explotación a través de los comités de gestión y las canalizan hacia la secretaria general para su incorporación en la planificación hidrológica.

V. HACIA UNA NUEVA ADMINISTRACIÓN DEL AGUA EN ANDALUCÍA

Son varios los desafíos⁷⁰ o cambios que entiendo que se deberían acometer para adaptarse a las necesidades actuales en la gestión de las cuencas hidrográficas intracomunitarias e implantar la gobernanza en este sector. Cambios administrativos y también normativos, que son urgentes para restaurar el principio internacionalmente aceptado de «unidad de gestión de la cuenca hidrográfica», y dotar de una mayor transparencia y seguridad jurídica a las decisiones y actuaciones realizadas en la gestión del agua.

Sin ánimo de exhaustividad, se pueden citar:

1. La Encomienda de gestión de la Cuenca Hidrográfica del Chanza

El Real Decreto 1560/2005, además de traspasar las funciones y servicios de las Cuencas intracomunitarias del Tinto-Odiel-Piedras y Guadalete-Bárbate, encomendó la gestión de la Cuenca del Chanza y la vertiente al tramo internacional del río Guadiana dentro de la provincia de Huelva⁷¹, para lo cual traspaso a la

⁷⁰ Desafíos que, además de los ya planteados por EMBID IRUJO, A. (2017: 40-54) para los organismos de cuenca estatales, abarcan otros aspectos administrativos y normativos, como se indica a continuación en el texto. Entre ellos, la incorporación de la gobernanza en la gestión del agua que, subyacente en la DMA, se explicita en el Comité de Políticas de Desarrollo Regional de la OCDE del 11 de mayo de 2015, ratificado por los Ministros en la Reunión del Consejo Ministerial de la OCDE el 4 de junio de 2015. Propuesta que en España está siendo objeto de análisis y estudio en el MITECO desde el año 2016 en el «Libro verde de la gobernanza del agua en España».

⁷¹ El Estado se reserva en estas cuencas: «La concesión de recursos hidráulicos, las autorizaciones de vertido a cauces públicos y las relativas al uso o aprovechamiento del dominio público hidráulico, la resolución de los actos relativos a la policía de aguas y cauces así como la aplicación del régimen sancionador en materia de aguas». Si bien se traspasa a la Comunidad Autónoma de Andalucía la totalidad de los medios humanos y la titularidad de la totalidad de las instalaciones e infraestructuras hidráulicas situadas en Huelva.

Comunidad Autónoma de Andalucía los medios humanos, técnicos e infraestructuras hidráulicas correspondientes. Encomienda que debía tener un carácter transitorio en tanto en cuanto se fundamentaba jurídicamente el carácter intracomunitario del río Chanza por verter directamente a las aguas salinas (y no a las aguas de transición) del río Guadiana, o bien por ser la Comunidad Autónoma de Andalucía el ámbito de gestión administrativo más adecuado para su gestión junto con las Cuencas Atlánticas Andaluzas del Tinto-Odiel-Piedras, diferenciado del resto de la parte española de la Cuenca Hidrográfica del Guadiana, ya que no afecta a ninguna otra cuenca de otras CCAA y existe una fuerte interrelación funcional en la gestión entre todas estas cuencas dentro del sistema de explotación único de Huelva⁷².

A pesar de los intentos del Gobierno andaluz por justificar las competencias exclusivas sobre las aguas de la citada Cuenca del Chanza, la negativa del Estado a dicho traspaso como cuenca intracomunitaria por ser un afluente del río Guadiana

Encomienda de gestión a las CCAA defendida por FANLO LORAS, A. (2007: 448), para dar mayor participación a las CCAA en la gestión de las aguas, pero limitada a las autorizaciones demaniales. Sin que ello deba suponer, a juicio de dicho autor (pp. 483-484), renunciar por parte del Estado a la titularidad de las cuencas encomendadas, como parece ser que ha hecho con la Subcuenca del Chanza y las Subcuencas vertientes por la margen izquierda del río Eo, al excluirlas en la delimitación del ámbito territorial de las DH del Guadiana y del Norte, respectivamente, realizada por el Real Decreto 125/2007.

⁷² Durante el desempeño de mi labor como gestor administrativo en la Agencia Andaluza del Agua, tuve acceso al análisis técnico y jurídico realizado por la empresa CAUCES CONSULTORES en el año 2006 «La consideración de la competencia en la gestión de recursos hídricos en las cuencas hidrográficas del río Chanza y del tramo internacional del río Guadiana (Huelva)», en el que se acreditaba la independencia de la Cuenca del Chanza respecto de la Cuenca del Guadiana y, por tanto, la posibilidad de ejercer las competencias plenas para resolver todas las autorizaciones y conceder todos los recursos sin necesidad de remitir a la CH del Guadiana las propuestas tal y como exige el Real Decreto 1560/2005. En dicho análisis se justificaba técnicamente que el río Chanza vertía sus aguas a las aguas de transición del estuario del Guadiana, lo que podría dar pie a su consideración como cuenca hidrográfica independiente de la Cuenca del Guadiana, manteniendo mecanismos de coordinación en las aguas de transición y costeras compartidas. En el análisis jurídico, realizado por A. EMBID IRUJO, se planteaba la posibilidad de establecer una demarcación mixta de gestión compartida entre el Estado y la Comunidad Autónoma de Andalucía, siempre y cuando se modificara el marco legal actual que no lo permite, mientras tanto la «Cuenca del Chanza debe ser integrada en la demarcación hidrográfica que mejor se adecue a los intereses de gestión sin que en este Dictamen se recomiende ninguna solución en concreto. En el estado actual del ordenamiento jurídico español, su integración debería ser decidida por la Comunidad Autónoma de Andalucía y en una demarcación andaluza».

Este análisis técnico y jurídico fue enviado a la Dirección General del Agua para su toma en consideración. No obstante en su informe del año 2007, no solo no la asume sino que cuestiona incluso la encomienda realizada en el citado Real Decreto 1560/2005, por cuanto no se ajustaba a la normativa establecida por la Ley 30/1992 para las encomiendas de gestión, ni tampoco a las transferencias de funciones y servicios previstas para las cuencas hidrográficas intracomunitarias. Por ello, proponía devolver las funciones y servicios al Estado de la Cuenca del Chanza. Propuesta que tampoco tuvo eco en el Gobierno estatal, y por ello se mantiene actualmente la «encomienda» material del río Chanza establecida por dicho real decreto.

al verter sus aguas en las aguas de transición del citado río, unida a la imposibilidad jurídica de establecer demarcaciones mixtas entre el Estado y las CCAA establecida en la STC 149/2012, han provocado la perpetuación de la «encomienda» realizada con la inseguridad jurídica que ello puede conllevar⁷³.

Aunque no se hayan producido hasta la actualidad grandes conflictos jurídicos ni políticos en la gestión de sus aguas, debido principalmente a que han predominado los criterios técnicos de la oficina de planificación de la CH del Guadiana y de los responsables de la explotación del sistema único de la Delegación Territorial de Huelva, sería loable buscar una solución jurídica a este problema competencial que diera seguridad jurídica a los usuarios y titulares de los derechos de aguas provenientes del Chanza⁷⁴, así como al personal traspasado a Andalucía para la gestión de dichas subcuencas intercomunitarias.

⁷³ Es cuestionable que el Real Decreto 1560/2005 haya realizado una «encomienda de gestión» de las aguas del río Chanza a la Comunidad Autónoma de Andalucía, por cuanto según exigía el art. 15.3 de la Ley 30/1992, la encomienda debía ser expresa y no debía implicar el traspaso del personal del órgano encomendado al órgano encomendado, aspectos ambos que no han sido respetados en el Real Decreto. Como también es de dudosa justificación jurídica el traspaso de funciones y servicios realizado como si fuera una cuenca intracomunitaria al reservarse el Estado determinadas funciones en su apartado c).

Por lo que considero factible que la jurisdicción contencioso-administrativa pudiera fallar la nulidad del traspaso de funciones y servicios realizada, por no reunir las condiciones legales para dicho traspaso, y con ello de los actos administrativos practicados que no hayan adquirido firmeza, como ocurrió en las SSTS de 13 y 14 de junio del 2011 con el traspaso de la Cuenca del Guadalquivir. Así la Dirección General del Agua en la conclusión cuarta del informe realizado en el año 2007 sobre la encomienda del Chanza indica que: «pese a que hay un reconocimiento expreso por la Comisión Mixta de transferencias de a titularidad Estatal de estas funciones, (propias de la administración de aguas no de costas) no se impide tan irregular traspaso, con lo que se debería proceder a la revisión de oficio de los actos nulos practicados procediéndose a reponer a su estado anterior y conforme a Derecho las actuaciones, bajo corrección, o reproche conforme a ley, en los supuestos de dejación de las funciones propias, que se pudieran objetivar».

⁷⁴ Situación anómala, similar a la que ocurre con las cuencas internas de la Comunidad Autónoma valenciana y manchega situadas dentro de la DH del Júcar, cuya solución podría pasar por fórmulas de gestión integrada con la cobertura legal adecuada, como sería la constitución de unas DH mixtas que agruparan cuencas hidrográficas intracomunitarias e intercomunitarias. Solución analizada por autores como EMBID IRUJO, A., «La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2004 en relación a las cuencas internas de las Comunidades Autónomas valenciana y de Castilla-La Mancha desde la perspectiva de su ejecución y cumplimiento», *Revista de Administración Pública* núm. 169, 2006, pp. 429-455; o FANLO LORAS, A., «Cuenas Hidrográficas» en A. EMBID IRUJO (Dir.): *Diccionario de Derecho de aguas*, Ed. Iustel, 2007, p. 484. Si bien las sentencias del TS de 20 de octubre de 2004 y del TC 149/2012 y 216/2016 se han encargado de desechar esta posibilidad por cuanto es contrario al bloque de la constitucionalidad, manteniéndose esta situación anómala que no es recomendable, por cuanto las apelaciones a los Tribunales pueden ser constantes. Véase EMBID IRUJO, A. (2017: 42-43).

2. La implantación del principio de «unidad de cuenca» en la gestión de las cuencas intracomunitarias

La subdivisión de los sistemas de explotación de las cuencas intracomunitarias de Andalucía para hacerlos coincidir con los límites de las provincias, así como la posterior creación de las Direcciones provinciales para gestionar las aguas a nivel provincial (hoy en día asignadas a las Delegaciones territoriales) por el Decreto 241/2005, si bien han contribuido a acercar la gestión del agua al usuario y permitir a los mismos una participación más directa a través de los comités de gestión provinciales, choca jurídicamente con el principio establecido en el art. 14.2 TRLA de unidad de la cuenca hidrográfica y, a mi entender, con el objetivo de la gestión del agua del art. 10.3.7 del Estatuto de Autonomía de Andalucía⁷⁵.

Así como tanto la DH Tinto-Odiel-Piedras como la del Guadalete-Bárbate tienen un ámbito prácticamente circunscrito a las provincias de Huelva y Cádiz respectivamente, lo que permite provincializar la gestión de las mismas sin afectar al principio de unidad de cuenca, la DH de las Cuencas Mediterráneas Andaluzas afecta a las provincias de Cádiz, Málaga, Granada y Almería, estando dividida en cinco sistemas de explotación⁷⁶ que no coinciden con las delimitaciones geográficas

⁷⁵ El citado art. 10.3.7 del Estatuto establece como objetivo básico de la Comunidad Autónoma «la adecuada gestión del agua y la solidaridad interterritorial en su uso y distribución». Este objetivo se ha plasmado en el art. 5.4 LADA en el principio de «Unidad de gestión del agua y sistemas de explotación de la demarcación hidrográfica». Unidad de gestión, que para FANLO LORAS, A., «Las competencias del Estado y el principio de unidad de gestión de cuenca a través de las Confederaciones hidrográficas», *Revista de Administración Pública* núm. 183, 2010, p. 327, supone la unidad de gestor, frente a otros autores como CARO-PATON, I. y MACERA, B.F., *El reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de protección ambiental y aguas*, Universidad de Valladolid, 2002, que admiten una pluralidad de gestores de cuenca sujetos a coordinación; o EMBID IRUJO, A., «La Directiva Marco del Agua y algunos de los problemas de su proceso de implantación en España y otros países europeos», *Ingeniería y territorio*, núm. 80 (Ejemplar dedicado a: La directiva Marco del Agua), 2007, pp. 20-27, que mantiene que el principio de unidad de cuenca no significa unidad de gestor y que, por ello, se podría admitir una pluralidad de gestores de cuenca o de «autoridades competentes» en cada DH, sujetas a una efectiva coordinación en la actuación entre todas ellas. Ello permitiría integrar a las CCAA dentro de este órgano en defensa de sus competencias propias en materias sectoriales (urbanismo, protección medio ambiente, agricultura, etc.). Personalmente considero que la mejor gestión y distribución de los escasos recursos hídricos en el territorio de la cuenca hidrográfica a nivel de sistema de explotación, requiere un único gestor. Sin perjuicio de que dicho gestor no tiene por qué ser unipersonal y puede estar constituido por una pluralidad de responsables constituidos en una Junta de Gobierno o Comité de Autoridades Competentes, por citar alguno de los órganos colegiados previstos en el TRLA.

⁷⁶ Los sistemas de explotación de recursos están constituidos por las masas de agua superficiales y subterráneas, las obras e instalaciones de infraestructura hidráulica, las normas de utilización del agua derivadas de las características de las demandas y las reglas de explotación que, aprovechando los recursos hídricos naturales y de acuerdo con su calidad, permiten establecer los suministros de agua que configuran la oferta de recursos disponibles del sistema de explotación, cumpliendo los objetivos ambientales (art. 19.2 del Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Planificación Hidrológica). Y será a nivel de sistema de explotación donde se establezca la asignación de recursos para los

de las provincias. A ello hay que añadir que varios de los sistemas de explotación están relacionados entre sí, lo que dificulta aún más la gestión de los mismos a nivel provincial y no a nivel de cuenca hidrográfica, como exige el citado art. 14 TRLA.

La gestión por provincias de estos subsistemas puede provocar tensiones entre ellas, por cuanto pueden competir por recursos, de la misma manera que se ha venido produciendo entre las distintas CCAA a nivel estatal. La existencia de un órgano superior especializado a nivel de cuenca, como eran las Direcciones Generales de la Cuenca Atlántica y Mediterránea Andaluza, permitía establecer las directrices y criterios homogéneos para toda la cuenca con independencia de las provincias afectadas y solventar las posibles tensiones entre provincias.

Con la desaparición de las mismas y la integración de sus funciones en la administración general de la consejería, la función coordinadora pasa de los gestores administrativos responsables de las distintas áreas en las citadas direcciones generales a los cargos políticos responsables de las direcciones generales integradas en la actual Secretaría General de Medio Ambiente, Agua y Cambio Climático.

A mi juicio, la gestión del agua debe seguir realizándose a nivel de cuenca hidrográfica, pero nunca a niveles inferiores de desagregación territorial que puedan comprometer la planificación y gestión uniforme de los sistemas hidráulicos. Y ello por cuanto así se establece en el citado art. 14.2 TRLA: «Respeto a la unidad de la cuenca hidrográfica, de los sistemas hidráulicos y del ciclo hidrológico» como principio de administración aplicable tanto a los organismos de cuenca estatales como a las administraciones autonómicas⁷⁷; y así se recoge también en el art. 5.4 LADA como uno de los principios que debe regir la gestión administrativa en materia de agua: «unidad de gestión del agua y sistemas de explotación». Con ello, además, se evitarían los problemas de encaje de la representación de los usuarios de los comités de gestión provinciales en el Consejo del Agua de la DH de las Cuencas Mediterráneas Andaluzas.

3. Administración especializada y autónoma para la gestión de las aguas

En los últimos cuarenta años la estructura administrativa autonómica que gestiona el agua en Andalucía, como se ha expuesto anteriormente, ha variado desde las primeras unidades administrativas adscritas a la Consejería de Obras Públicas, cuyas funciones eran principalmente la ejecución de obras hidráulicas de interés autonómico (abastecimiento en alta, depuración y encauzamientos urbanos), hasta la

distintos horizontes temporales previstos en los planes hidrológicos, sin perjuicio de que se defina un sistema de explotación único para toda la DH que permita hacer un análisis global de la misma.

⁷⁷ Véase MENÉNDEZ REXACH, A. y DÍAZ LEMA, J.M. (1986: 584-585).

Secretaría General de Medio Ambiente, Agua y Cambio climático actual, pasando por la Agencia Andaluza del Agua entre los años 2005 a 2011. Por lo que la Administración autonómica solamente dispuso de un organismo autónomo de carácter administrativo durante la época de la Agencia Andaluza del Agua, que disponía de autonomía para regir y administrar por sí misma la gestión del agua, adquirir y enajenar bienes y derechos de su patrimonio, recaudar y gestionar los cánones y exacciones previstos, contratar y obligarse, pero estaba limitada en materia de expropiaciones y para ejercer acciones en vía jurisdiccional⁷⁸.

Esta autonomía administrativa y orgánica se ha valorado positivamente en los foros y conferencias internacionales⁷⁹, puesto que permite gestionar las aguas de la cuenca hidrológica desde un punto de vista puramente técnico sin estar sometido en todo momento a las decisiones políticas y a la compleja burocracia de la Administración general. Ello redundaba en una mayor rapidez y agilidad de respuesta en la toma de decisiones ante cualquier situación excepcional, así como en la implantación de las mismas mediante la contratación, adquisición, enajenación, reclamación jurídica o cualquier acto o resolución administrativa.

Ello además permite garantizar a las otras administraciones, usuarios y ciudadanos en general, la participación en la gestión y planificación de las aguas en un órgano autónomo, en principio independiente de las directrices políticas⁸⁰, por mucho que en él también se encuentren representados (en un porcentaje a veces excesivamente elevado) los cargos políticos de la administración matriz.

⁷⁸ El Decreto 2/2009, que regulaba los Estatutos de la Agencia Andaluza del Agua, en su art. 3.2.e) otorgaba el ejercicio de la potestad expropiatoria a la persona titular de la Consejería, por lo que la agencia tan solo podía adoptar la posición de beneficiario y proponer a la consejería la expropiación de los terrenos necesarios para la realización de las obras hidráulicas. Asimismo en su art. 10.b solo se habilitaba a la Dirección Gerencia a acordar la interposición de recursos y reclamaciones en vía administrativa para la defensa de los derechos e intereses de la agencia, pero el ejercicio de acciones en vía jurisdiccional correspondía al Consejo de Gobierno (art. 42 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre). Esta limitación en materia expropiatoria y jurisdiccional de la Agencia Andaluza del Agua, contrasta con las potestades en materia expropiatoria y para ejercer todo género de acciones ante los tribunales ostentadas por los organismos de cuenca estatales en base al art. 22 del Real Decreto Legislativo 1/2001.

⁷⁹ Véase EMBID IRUJO, A. (2017: 50).

⁸⁰ El hecho de que en estos organismos autónomos, en general, el máximo responsable (presidente, gerente, etc.) sea designado por el Gobierno, en vez de ser seleccionado en base al mérito y capacidad entre funcionarios de carrera, implica que estos organismos dispongan de autonomía administrativa pero no política a la hora de fijar, entre otras cuestiones, los objetivos, medidas y criterios técnicos para el otorgamiento de concesiones. E incluso esta autonomía administrativa se ve minorada en aquellos casos en los cuales las resoluciones de estos organismos autónomos son recurribles en alzada ante el consejero o director general competente en materia de agua.

Abogo, por tanto, por la constitución de un ente institucional autónomo exclusivamente dedicado a la gestión integral de las cuencas hidrográficas, bien sea en formato de agencia administrativa, organismo autónomo o entidad pública empresarial⁸¹, que disponga de una autonomía formal y real para gestionar las aguas de las cuencas intracomunitarias de Andalucía, cuya actuación se encuentre únicamente condicionada por el respeto a la legislación y planificación vigente, y con la mayor autonomía funcional y financiera posible⁸². En estos organismos públicos especializados, y autónomos orgánica y funcionalmente, sería más factible implantar una gobernanza real en la gestión del agua, mediante la incorporación a los órganos de gobierno y de participación de todas las administraciones con competencias en esta materia (estatal, autonómica y local) y de la propia sociedad civil, para definir los objetivos ambientales, las medidas y obras a ejecutar para alcanzar dichos objetivos, e incluso el precio que estarían dispuestos a pagar para obtener los recursos hídricos, garantizados en calidad y cantidad adecuada a los distintos usos previstos⁸³.

⁸¹ En el caso de Andalucía hay que estar, además de lo establecido en la Ley 40/2015 estatal, a lo regulado en la LAJA en cuanto al régimen de las agencias administrativas y entidades públicas.

⁸² La especial importancia que tiene la gestión del agua en el desarrollo económico, social y territorial en Andalucía hace necesario que la administración hidráulica se dote de una nueva regulación que la permita tener en cuenta todos los intereses públicos y privados, y acometer las importantes inversiones previstas en los programas de medidas aprobadas en los planes hidrológicos vigentes. Para ello el legislador debería apostar, como hizo en los años 90 con el modelo portuario, por la profundización de la autonomía funcional y de gestión de los organismos públicos del agua, que las dote de una organización profesionalizada, ágil y adecuada a las peculiaridades de cada demarcación hidrográfica, y permita una mayor participación de todas las administraciones públicas bajo la coordinación del Comité o Comisión de Autoridades Competentes. Renovación legislativa que debería potenciar asimismo la autonomía de la gestión económico-financiera de estos organismos públicos, de manera que se implantara en todos sus términos el principio de recuperación de costes en las tarifas y cánones aplicados a los usuarios, así como la participación privada en la financiación de las infraestructuras hidráulicas, como viene reclamando la UE recurrentemente a España para cumplir con los plazos y objetivos marcados en la Directiva Marco del Agua.

⁸³ «La gobernanza significa una nueva forma de gobernar más cooperativa en la que las instituciones públicas y las no públicas, actores públicos y privados, participan y cooperan en la formulación y aplicación de la política y las políticas públicas. El surgimiento de la gobernanza supone un cambio en las maneras tradicionales de proceder por parte de los poderes públicos. La asignación imperativa, la dirección jerárquica y el control de los procesos políticos están siendo sustituidos por nuevas formas de regulación basadas en la negociación y la coordinación, e incluso, la persuasión, mediante las cuales los responsables públicos tratan de movilizar recursos políticos dispersos entre actores públicos y privados», CERRILLO I MARTÍNEZ, A., «La gobernanza hoy: introducción» en CERRILLO I MARTÍNEZ, A (coord.): *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*, INAP, 2005, p. 12. Estos cambios en la gestión tradicional del agua serán más fáciles de implantar en entes institucionales autónomos que en la Administración general, sometida a una férrea dirección política del Gobierno.

4. Suficiencia financiera

Unido a la autonomía administrativa, el organismo público a crear por la Junta de Andalucía debería poseer medios económicos suficientes para cumplir con garantía de éxito las funciones encomendadas en materia de aguas⁸⁴. Para ello debería tener competencias recaudatorias y de gestión de los cánones y tarifas creados por la LADA, y capacidad para endeudarse en caso necesario, sin perjuicio de las transferencias de recursos por parte de la consejería competente para la ejecución de aquellas obras de interés general de la Comunidad Autónoma que se le encarguen.

La crisis económica supuso en general para todos los planes, pero en especial para los planes hidrológicos, una reducción importante en la capacidad inversora de la administración pública, y por ello en la ejecución de las actuaciones previstas. La dificultad de los últimos años para cumplir el programa de medidas aprobado en los citados planes hidrológicos, unida a las limitaciones al endeudamiento de la Comunidad Autónoma, hacen más que nunca necesario disponer de un organismo público sostenible económicamente y con capacidad para captar fondos privados⁸⁵, para no aplazar aquellas actuaciones prioritarias previstas en el citado programa de medidas, así como para la ejecución de aquellas obras hidráulicas que los usuarios

⁸⁴ FANLO LORAS, A. (2007: 432-446) asigna, entre otros motivos, el ocaso de las confederaciones sindicales hidrográficas creadas en el año 1926, a la grave situación de bancarrota financiera que sufrió en el año 1929 al suprimir el Estado su aval a los empréstitos para financiar obras hidráulicas. Si bien considera que dichas confederaciones no eran el problema de las disfunciones evidenciadas en esa época, sino la solución a los problemas a condición de dotarlas de medios e insuflarles un nuevo impulso, incluso reformas parciales para hacerlas más operativas. Comparto totalmente esa opinión y, por ello, considero que el futuro de la Administración autonómica debe pasar por volver a dotarse de un organismo público, autónomo funcional y financieramente, que disponga de ingresos tributarios o financieros importantes para alcanzar una capacidad inversora propia significativa, que no les haga ser dependientes del presupuesto autonómico a la hora de acometer las funciones asignadas, en especial la construcción de obras y explotación de aprovechamientos; o les haga recurrir a las sociedades estatales o empresas públicas empresariales para dicha construcción. Sociedades estatales que, para EMBID IRUJO, A. (2017: 47), ya no están en modo alguno justificadas por cuanto la gestión de las obras hidráulicas por las sociedades estatales es más cara, la participación de los usuarios desaparece, los casos de corrupción detectados y las desviaciones en los presupuestos previstos, y el escaso grado de avance de la actividad inversora. Debiendo volver, por ello, dichas funciones nuevamente a los organismos de cuenca.

⁸⁵ La Comisión Europea, en su documento de trabajo de los servicios de la Comisión «Segundos planes hidrológicos de cuenca - Estado miembro: España», Bruselas, 26/2/2019, reafirma sus temores sobre el posible éxito de los segundos programas de medidas, por cuanto ninguna de las dieciocho demarcaciones ha informado de la realización de compromisos financieros claros para la ejecución de estos programas; y los programas de medidas de los planes del primer ciclo (2009-2015) no se completaron por falta de financiación. Por ello sigue recomendando que «los instrumentos de recuperación de costes se adapten lo antes posible a la DMA a fin de garantizar que ofrecen incentivos adecuados para un uso eficiente del agua. Asimismo, los ingresos de los instrumentos de recuperación de costes deben ser suficientes para que las autoridades competentes de las cuencas hidrográficas ejecuten de manera eficaz sus tareas de gestión del agua (actualización y mantenimiento de un registro de captaciones, controles, etc.)».

futuros se comprometan formalmente a su financiación diferida en el tiempo. Ello solo es posible con una adecuada implantación de los principios de recuperación de costes y de quien contamina paga, establecidos en la DMA.

El título VIII de la LADA regula el régimen económico-financiero aplicable a los usos del agua, siguiendo la configuración del título VI del TRLA. Así mantiene los cánones por aprovechamiento hidroeléctrico, control de vertidos al dominio público hidráulico, y de ocupación, utilización y aprovechamiento del dominio público regulados en la normativa básica; y modifica ligeramente el canon de regulación y la tarifa de utilización del agua para desgajar el coste de los servicios generales, y crear un nuevo canon de servicios generales aplicable a todos los usuarios de aguas superficiales como subterráneas. Con carácter novedoso, crea como tributos propios autonómicos el canon de mejora para la financiación de las infraestructuras hidráulicas, tanto autonómicas como locales, necesarias para el ciclo integral del agua. Canon de mejora autonómico que tiene como objeto principal la realización de las infraestructuras de saneamiento y depuración de aguas residuales urbanas comprometidas en el Acuerdo de Consejo de Gobierno de 26 de octubre de 2010 para poder cumplir los objetivos de calidad previstos en la Directiva 91/271/CEE.

Aunque dicho régimen económico-financiero se basa en el principio de recuperación de costes exigido por la DMA, al igual que lo hace el TRLA en su art. 111. bis, la LADA desaprovecha la ocasión para incorporar los costes ambientales y del recurso en los cánones y tarifas establecidos dicho título VIII⁸⁶. Ello no permite a la administración hidráulica la recuperación completa de los costes de las infraestructuras realizadas, con el consiguiente déficit de recursos para ejercer un control eficaz de los usos del agua. Suponiendo a su vez, una forma encubierta de subvención a los usos del agua y una desincentivación a los usuarios para el uso eficiente y el ahorro del agua, que ha venido siendo criticada por la propia Comisión Europea en sus in-

⁸⁶ Diversos autores vienen proponiendo desde hace años efectuar una adaptación o reconfiguración del régimen económico-financiero del agua establecido en el TRLA. Así, ROSEMBUJ, T., «Los impuestos ambientales en las Comunidades Autónomas», en *Cuadernos de sostenibilidad y patrimonio natural*, núm. 12 (2007), pp. 40-49, ve irracional el sistema actual impositivo en materia de agua con duplicidades por los distintas tasas y cánones que aplican cada administración competente (Estado, CCAA, EELL), y considera conveniente el establecimiento de un único impuesto general sobre el consumo del agua, con independencia de la administración competente, cuya base imponible se estableciera en función de los usos y de las infraestructuras necesarias, y tuviera un mínimo exento para las rentas más bajas. Otros como RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, B., «La aplicación del principio de recuperación de costes en la gestión del agua en el Derecho interno español» en *Derecho de aguas en clave europea*. La Ley, 2010, pp. 428-432, defienden la necesidad de aprobar una ley estatal básica que establezca niveles tarifarios mínimos y criterios uniformes en las tarifas del abastecimiento del agua a poblaciones. A falta de dicha reconfiguración a nivel estatal, bien podría haberla efectuado Andalucía en la citada LADA para las cuencas hidrográficas intracomunitarias.

formes sobre la aplicación de los planes hidrológicos de cuenca de la DMA en España de 17/7/2018 y 26/2/2019⁸⁷.

5. Reordenación administrativa y dotación de más medios humanos y técnicos

Los sucesivos cambios en la estructura orgánica de la Administración hidráulica autonómica no se vieron acompañados de los oportunos cambios en la RPT, que permitieran contar con los medios humanos necesarios para el ejercicio eficiente y eficaz de las funciones encomendadas. Así, se han venido realizando modificaciones en la organización institucional mediante adscripciones provisionales de los puestos previstos en la RPT de la Agencia Andaluza del Agua del año 2007 a las estructuras administrativas posteriores, cambiando tanto las funciones como la ubicación física de los mismos⁸⁸.

Por tanto, una vez definido el organismo autónomo adecuado para la adecuada gestión de las cuencas intracomunitarias, será necesario proceder a elaborar una nueva RPT adecuada a las funciones encomendadas que dote de medios humanos especializados tanto en los aspectos técnicos de obras hidráulicas, como en protección del medio ambiente, hidrogeología, planificación administrativa, legislación, contratación y aspectos económico-financieros, así como TICs. De este modo, se

⁸⁷ La Comisión Europea en el año 2000 editó una comunicación sobre «Política de tarificación y uso sostenible de los recursos hídricos», donde se analizaban los costes del servicio del agua y se hacían propuestas para una mejor aplicación del principio de recuperación de costes establecido en la DMA. Propuestas que fueron asumidas posteriormente por el MMA tanto en el Libro Blanco del Agua en España del año 2000 como en el Informe sobre precios y costes de los servicios del agua en España del año 2007. Pero que no han llegado a aplicarse en el régimen económico-financiero aplicado a las aguas, y por ello la Comisión Europea en sus informes de seguimiento lo viene recogiendo como un déficit de los planes hidrológicos aprobados hasta la fecha.

En el análisis económico realizado en los planes hidrológicos de segundo ciclo (2015-2021) en vigor, se ha estimado que la recuperación de costes (sin incluir el coste del recurso) llega al 79,7% de los costes de financiación de las obras hidráulicas, que se reduciría al 67,9% si incluimos también los costes ambientales. Situándose en las cuencas hidrográficas intracomunitarias el porcentaje de recuperación de costes entorno al 90% y 75% respectivamente, lo que supone un mayor grado de recuperación de costes que en las cuencas hidrográficas intercomunitarias. Ello supone, que actualmente, el consumo de agua en España y Andalucía sigue estando subvencionado, en especial el uso agrario. Datos obtenidos de la «Síntesis de los planes hidrológicos españoles, segundo ciclo de la DMA 2015-2021», elaborada por el MITECO en el año 2018, pp. 121-123.

⁸⁸ Ello, sin perjuicio de los posibles problemas causados a los funcionarios afectados, ha provocado un desajuste importante del número y cualificación del personal para las funciones y servicios que era necesario realizar en cada momento. Así p. ej. se procedió a amortizar parte de las plazas existentes en la Dirección Gerencia de la Agencia Andaluza del Agua para incluirlas en la Viceconsejería; o a modificar las titulaciones de los puestos técnicos de los Servicios de infraestructuras y de explotación existentes en las Delegaciones territoriales.

podría finalizar de una vez la revisión del Registro de aguas, Catalogo de aguas privadas y demás registros en papel existentes para inscribir los derechos de agua en la base central de datos informática del ministerio creada en el Real Decreto 606/2003, de 23 de mayo 89. Lo que unido a la implantación de una red de control telemática para el control de los caudales aprovechados y del estado de las masas de agua permitiría una mejor gestión de las aguas.

6. Participación de ciudadanos e implantación de la gobernanza en la gestión del agua

Si bien la participación de los usuarios en el desarrollo, ejecución y explotación de obras hidráulicas ha estado presente en la Administración hidráulica española desde 1926⁹⁰, ha sido con la LAg y la DMA cuando dicha participación se ha extendido a la gestión y, sobre todo, a la planificación hidrológica, así como a los ciudadanos en general. Pero aún queda mucho por hacer para lograr una participación activa y real de la sociedad en general en la gestión del agua, así como la implantación efectiva de la gobernanza en la gestión del agua.

Para ello, sería necesario introducir cambios en los órganos de participación y en las vías de comunicación e información implantadas en la LADA, que al igual que en el TRLA, están basadas en una participación institucional y orgánica con finalidad puramente de consulta⁹¹. Cambios que, para expertos sociólogos, debe-

⁸⁹ El art. 7 del citado Real Decreto 606/2003 modificó el art. 197 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico (aprobado por el Real Decreto 849/1986), para crear la base central de datos en soporte informático que contenga todos los aprovechamientos inscritos en los Registros de aguas, Catalogo de aguas privadas y demás censos o registros existentes en los organismos de cuenca y Administraciones hidráulicas autonómicas. La Orden AAA/1760/2016, de 28 de octubre, regula tanto la estructura informática del registro de aguas electrónico como la base central del agua.

⁹⁰ Así, para FANLO LORAS, A., *Las Confederaciones Hidrográficas y otras administraciones hidráulicas*, Civitas, 1996, pp. 311-320, las CH son un espacio de encuentro institucional de los interesados en la gestión del agua, de las cuales dispone España desde hace decenios, sin perjuicio de reconocer que son susceptibles de mejora y perfeccionamiento. Por su parte, BERMEJO VERA, J., *Derecho administrativo. Parte especial*, 7ª edición, Civitas, 2009, p. 421, critica el funcionamiento y composición de estos órganos de participación, por cuanto son órganos destinados más a consagrar una determinada política gubernamental que a planificarla o enmendarla.

⁹¹ PARES, M., BALLESTER, A., ESPLUGA, J. y BRUGUE, Q., «Gobernanza deliberativa en la gestión de cuencas hidrográficas: analizando las consecuencias de la Directiva Marco del Agua en Cataluña», *Investigaciones Geográficas*, núm. 61 (2014), p. 116, consideran que en España la gestión del agua ha contado históricamente con la participación de los grandes usuarios y con procesos de información y consulta pública, que se muestran insuficientes para la implantación de la participación activa prevista en la DMA. Lo que hace necesario crear «nuevas arquitecturas institucionales de gobernanza (o la modificación de las pre-existentes)» con la creación de nuevos procedimientos (como la participación deliberativa realizada en Cataluña) y nuevas relaciones entre los actores involucrados en la planificación y la gestión del agua (modificación de los órganos de participación existentes).

rían «garantizar un proceso *bottom-up* que incluyera a los actores más representativos de dicho territorio [demarcación hidrográfica]»⁹², la implantación de un proceso de participación deliberativo y un liderazgo político claro y comprometido con el proceso⁹³. Participación más próxima a los objetivos establecidos en la DMA y a los principios básicos de la gobernanza.

Con la aprobación de la Ley 7/2017, de 27 de diciembre, de participación ciudadana de Andalucía, la Comunidad Autónoma de Andalucía trata de impulsar las formas directas de participación ciudadana en la vida política, y conseguir que toda la ciudadanía tenga las mismas oportunidades para opinar, expresar y participar en condiciones de igualdad en los asuntos públicos. En su capítulo II del título III se regulan los procesos de deliberación participativa, que pueden contribuir a mejorar los procesos participativos en los procedimientos de decisión o de formulación o adopción de una política pública, en especial en materia de aguas. No obstante, habrá que esperar a su aplicación práctica para comprobar la bondad o calidad del proceso deliberativo⁹⁴.

Finalmente, cabe resaltar que es necesario reformular la Administración hidráulica de Andalucía para adaptarla a la gestión del agua del siglo XXI, a las necesidades actuales de la sociedad andaluza y, en especial, a los principios inspiradores de la gobernanza del agua⁹⁵. Todavía queda mucho camino por recorrer en el pro-

La LADA no ha regulado el proceso participativo, y se ha limitado a adaptar los órganos de participación previstos en el TRLA a las especialidades de la Administración autonómica, por lo que a la hora de realizar los procesos participativos en la planificación hidrológica siguen las metodologías e instrucciones del ministerio, sin perjuicio de haber incorporado prácticas novedosas de participación como son los «Jurados ciudadanos». Para una mayor información sobre el proceso de participación pública en las cuencas andaluzas se puede consultar la ponencia de COROMINAS MASIP, J., «Los nuevos planes hidrológicos de las cuencas andaluzas», *XIII Seminario Nacional Planificación Hidrológica* de 30 de enero de 2013 en Madrid.

⁹² Véase ESPLUGA TRENCH, J., BALLESTER CIURO, A., HERNÁNDEZ-MORA, A. y SUBIRATS, J., «Participación pública e inercia institucional en la gestión del agua en España», *Revista Española de Investigación Sociológica*, núm. 134 (2011), p. 21. Al respecto se puede consultar a BALLESTER CIURO, A. y PARES, M., *Democracia deliberativa y política de agua. Experiencias de participación en el contexto de la directiva marco del agua en España*, Instituto de Gobierno y Políticas Públicas - Universidad Autónoma de Barcelona, 2013, pp. 201-213; BERGA CASAFONT, L., «La gobernanza del agua en España», *Revista de Obras Públicas*, núm. 157 (2010), pp. 7-20; y SERENO ROSADO, A., «La idea de gobernanza ambiental aplicada a las cuencas hidrográficas», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 24 (2013), pp. 129-170.

⁹³ Véase PARES *et al.* (2014: 125).

⁹⁴ Al igual que PARES, M. et al. (2014: 118) hacen con el proceso participativo seguido en el Distrito de la Cuenca Fluvial de Cataluña, para valorar la calidad del proceso deliberativo, para analizar la calidad del proceso deliberativo en Andalucía habrá que analizar las cuatro pautas sugeridas por GUTMANN, A. y THOMPSON, D., *Why deliberative democracy*, Princeton University Press, 2004.

⁹⁵ El Colegio de Ingenieros de Minas presentó al Pacto Andaluz por el Agua la siguiente propuesta: «La gobernanza, debe ir acompañada de una Administración moderna con medios humanos y técnicos suficientes y con equipos de control adecuados y en número. La Administración del agua, debe adaptarse

ceso de implantación de la gobernanza en la gestión del agua, en la que la sociedad en su conjunto se implique en la búsqueda del mantenimiento y preservación de los recursos hídricos y se creen los cauces adecuados de participación real en la planificación y en los órganos de gobierno de la Administración autonómica. A la espera de las conclusiones y propuestas de mejora de la administración del Pacto Andaluz por el Agua que está elaborando actualmente la Junta de Andalucía, la experiencia satisfactoria de los organismos públicos (sea cual sea la fórmula adoptada) aconsejan partir de esta estructura administrativa para dotarnos en Andalucía de una administración moderna y eficaz para la gestión del agua⁹⁶.

a los requerimientos actuales, a partir del conocimiento preciso del territorio donde desarrolla su actividad, con una administración suficiente y experta, apoyada de los medios tecnológicos de última generación y de los medios humanos especializados y técnicos necesarios para desarrollar una gestión sostenible en el tiempo».

⁹⁶ Parafraseando a EMBID IRUJO, A. (2017:60) la gestión del agua a través de agencias, organismos o entidades públicas autónomas administrativa y financieramente (del estilo de los organismos de cuenca estatales) «tienen, evidentemente, futuro». Para ello no cabe duda de que se deberán modificar su estructura administrativa y normativa, para dotarles de más medios humanos y técnicos, garantizar su sostenibilidad económica, dotarles de una mayor transparencia en la planificación y gestión del agua, e incrementar las posibilidades y formas de participación de los ciudadanos de cara a la implantación efectiva de la gobernanza.

VI. BIBLIOGRAFÍA

BALLESTER CIURO, A. y PARES, M.: *Democracia deliberativa y política de agua. Experiencias de participación en el contexto de la directiva marco del agua en España*, Instituto de Gobierno y Políticas Públicas - Universidad Autónoma de Barcelona, año 2013, pp. 201-213.

BERGA CASAFONT, L.: «La gobernanza del agua en España», *Revista de Obras Públicas*, núm. 157 (2010), pp. 7-20

BERMEJO VERA, J.: *Derecho administrativo. Parte especial*, 7ª edición, Ed. Civitas, año 2009.

CARO-PATON, I. y MACERA, B.F.: *El reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de protección ambiental y aguas*, Universidad de Valladolid, año 2002.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A.: «La gobernanza hoy: introducción» en A. CERRILLO I MARTÍNEZ (coord.) *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*, INAP, año 2005, pp. 11-36.

COROMINAS MASIP, J.: «Los nuevos planes hidrológicos de las cuencas andaluzas», *XIII Seminario Nacional Planificación Hidrológica* de 30 de enero de 2013, *Observatorio del Agua – Fundación Botín, año 2013*.

DELGADO PIQUERAS, F.:

- «Organización de las cuencas hidrográficas», en A. EMBID IRUJO (coord.) *Agua y territorio: (consideración especial de la reforma de los estatutos de autonomía)*, 2007, pp. 185-196.
- «La cuenca hidrográfica como ámbito territorial para la gobernanza del agua en el Derecho español y europeo», en J.M. BAÑO LEÓN (coord.) *Memorial para la reforma del Estado: estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. 3, 2016 (Tomo III), pp. 2683-2695.

EMBID IRUJO, A.:

- «La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2004 en relación a las cuencas internas de las Comunidades Autónomas valenciana y de Castilla-La Mancha desde la perspectiva de su ejecución y cumplimiento», *Revista de Administración Pública*, núm. 169 (2006), pp. 429-455.
- «La Directiva Marco del Agua y algunos de los problemas de su proceso de implantación en España y otros países europeos», *Ingeniería y territorio*,

núm. 80 (Ejemplar dedicado a: La directiva Marco del Agua), año 2007, pp. 20-27,

- «Los Organismos de cuenca tienen futuro» en A. EMBID IRUJO (Dir.) *El Futuro de los Organismos de Cuenca*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, año 2017, pp. 23-66.

ESPINOSA GAITÁN, J., «La Junta de Andalucía en la política de agua de nuestra comunidad» en A. PULIDO BOSCH., P.A PULIDO LEBOEUF, y J.M. CALAFORRA CHORDI (coords.) *Problemática de la gestión del agua en regiones semiáridas*, Instituto de Estudios Almerienses, año 2001, pp. 189-198.

ESPLUGA TRENC, J., BALLESTER CIURO, A., HERNÁNDEZ-MORA, A. y SUBIRATS, J.: «Participación pública e inercia institucional en la gestión del agua en España», *Revista Española de Investigación Sociológica*, núm. 134 (abril-junio 2011), pp. 3-26.

FANLO LORAS, A.:

- *Las Confederaciones Hidrográficas y otras administraciones hidráulicas*, Ed. Civitas, año 1996.
- «Confederaciones Hidrográficas» y «Cuencas Hidrográficas» en A. EMBID IRUJO (Dir.) *Diccionario de Derecho de aguas*, Ed. Iustel, año 2007, pp. 426-448 y 480-484 respectivamente.
- «Las competencias del Estado y el principio de unidad de gestión de cuenca a través de las Confederaciones hidrográficas», *Revista de Administración Pública*, núm. 183 (2010), pp. 309-334.

GUTMANN, A. y THOMPSON, D.: *Why deliberative democracy*, Princeton University Press, año 2004.

HORGUE BAENA, C.: «Administración hídrica de Andalucía» en A. EMBID IRUJO (Dir.) *Diccionario de Derecho de aguas*, Ed. Iustel, año 2007, pp. 55-65.

IBEAS ROLLAN, P.: «Los Organismos de cuenca intracomunitarios: Gobernanza del agua por la Administración hidráulica de Galicia» en A. EMBID IRUJO (Dir.) *El Futuro de los Organismos de Cuenca*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, año 2017, pp. 301-322.

JORDANO FRAGA, J. «Artículo 50. Agua» y «Artículo 51. Cuenca Hidrográfica del Guadalquivir» en J. PARDO FALCÓN (coord.) *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía II*, Parlamento de Andalucía, tomo II, año 2012, pp. 817-847.

LÓPEZ MENUDO, F. «Los Organismos de cuenca en la nueva Ley de Aguas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 49 (1986), pp. 45-64.

MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S.:

- «Problemas de organización en materia de aguas públicas», *Revista de Administración Pública*, núm. 33 (1960), pp. 47-78.
- «Competencias constitucionales y autonómicas en materia de aguas», *Revista de administración Pública*, núm. 128 (mayo-agosto de 1992), pp. 23-83.

MARTÍNEZ BLANCO, A.: «Repercusión de la Constitución Española de 1978 en el régimen de aprovechamiento de las aguas», en: *Primer Congreso Nacional de Derecho de Aguas, Murcia, 1982, Revista de Administración Pública*, núm. 99 (septiembre-diciembre de 1982), pp. 375-398.

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L.; RUIZ ORTEGA, M.J. y MARTÍNEZ-ALONSO RUIZ, H.: «Las personificaciones instrumentales autonómicas: organismos autónomos, entidades públicas, consorcios, sociedades mercantiles y fundaciones públicas autónomas» en *VII Congreso Español de ciencia política y de la Administración: Democracia y Buen Gobierno*, año 2005, pp. 37-144.

MELLADO RUIZ, L. *Aguas y ordenación del territorio en el contexto de la reforma estatutaria*, Comares, año 2010.

MENÉNDEZ REXACH, A.: «La Ley de aguas de 13 de junio de 1879 y la evolución posterior» en GALLEGO ANABITARTE, A.; MENÉNDEZ REXACH, A. y DÍAZ LEMA, J.M. (coaut.) *El Derecho de aguas en España*, Centro de publicaciones del MOPU, año 1986, pp. 423-518.

MENÉNDEZ REXACH, A. y DÍAZ LEMA, J.M.: «La Ley de aguas de 2 de agosto de 1985: análisis institucional» en GALLEGO ANABITARTE, A.; MENÉNDEZ REXACH, A. y DÍAZ LEMA (coaut.) *El Derecho de aguas en España*, Centro de publicaciones del MOPU, año 1986, pp. 519-684.

ORTIZ DE TENA, M.C.: *Planificación hidrológica*, Ed. Marcial Pons ediciones jurídicas S.A, año 1994.

ORTIZ DIAZ, J. «Las confederaciones hidrográficas y las comisarías de aguas ante las modificaciones de nuestro ordenamiento jurídico», *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102 (1983), pp. 2339-2377.

PARES, M.; BALLESTER, A.; ESPLUGA J. y BRUGUE, Q.: «Gobernanza deliberativa en la gestión de cuencas hidrográficas: analizando las consecuencias de la Directiva Marco del Agua en Cataluña», *Investigaciones Geográficas*, núm. 61 (2014), pp. 113-127.

PÉREZ MARÍN, A.: *Derecho de las aguas continentales: A propósito de la Ley de Aguas para Andalucía comentario de su articulado*, Ed. Iustel, Estudios doctrinales, año 2011.

RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, B.: «La aplicación del principio de recuperación de costes en la gestión del agua en el Derecho interno español» en *Derecho de aguas en calve europea. La Ley*, año 2010, pp. 428-432.

ROSEMBUG, T.: «Los impuestos ambientales en las Comunidades Autónomas», en *Cuadernos de Sostenibilidad y Patrimonio Natural*, (Ejemplar dedicado a: Tributación ambiental en España) núm. 12 (2007), pp. 40-49.

SERENO ROSADO, A., «La idea de gobernanza ambiental aplicada a las cuencas hidrográficas», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 24 (2013), pp. 129-170.

JURISPRUDENCIA



COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

El sentido del silencio de la Administración ante la solicitud de revisión de un acto administrativo firme

Antonia Raquel Venegas Carmona

Letrada de la Junta de Andalucía

Conforme al artículo 28 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, Procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema, éste se iniciará a instancia de la persona que pueda estar afectada por algún grado de dependencia o de quién ostente su representación, y su tramitación se ajustará a las previsiones establecidas en la 30/1992, de 26 de noviembre, hoy, Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas, con las especificidades que resulten de la presente Ley.

El reconocimiento de la situación de dependencia se efectúa mediante resolución expedida por la Administración Autonómica correspondiente a la residencia del solicitante y tendrá validez en todo el territorio del Estado. Esta resolución, reconociendo la dependencia del interesado así como el grado, determina también los servicios o prestaciones que corresponden al solicitante según el grado de dependencia (art. 28, apartados 2º y 3º).

Pues bien, a continuación, y partiendo de la citada resolución de reconocimiento de la situación de dependencia, el artículo 29 dispone que los servicios sociales correspondientes del sistema público establecerán un programa individual de atención (en adelante, PIA) por el que se determinarán las modalidades de intervención más adecuadas a las necesidades del dependiente de entre los servicios y prestaciones económicas previstos en la resolución para su grado, con la participación, previa consulta y, en su caso, elección entre las alternativas propuestas por parte del beneficiario y, en su caso, de su familia o entidades tutelares que le representen. Con lo cuál, será necesaria la incoación de un nuevo expediente, en el que tendrá participación activa el dependiente y en su caso, sus representantes legales.

Conforme al apartado 2º del citado artículo 29, el programa individual de atención será revisado bien, a instancia del interesado y de sus representantes legales, de oficio, - “en la forma que determine y con la periodicidad que prevea la

normativa de las Comunidades Autónomas"-, o bien, con motivo del cambio de residencia a otra Comunidad Autónoma. Igualmente, la revisión del grado de dependencia y de la prestación reconocida será revisable, a instancia del interesado, de sus representantes o de oficio por las Administraciones públicas competentes, por alguna de las siguientes causas (artículo 30): por mejoría o empeoramiento de la situación de dependencia o por error de diagnóstico o en la aplicación del correspondiente baremo.

En Andalucía, y dado el carácter básico de dicha ley estatal (artículo 1), el desarrollo normativo se acometió en virtud del Decreto 168/2007, de 12 de junio (BOJA nº119, de 18 de junio), por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, así como los órganos competentes para su valoración. Este decreto andaluz regula en el Capítulo III, artículos 8 a 16, el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia, y en el Capítulo IV, el programa individual de atención (artículos 17 a 19).

Pues bien, en este contexto normativo se suscitó contienda judicial ante órgano jurisdiccional de instancia, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº4 de Granada:

La recurrente, administrada con resolución de reconocimiento de situación de dependencia, dictada tiempo atrás, y ulterior aprobación del programa individual de atención, solicita la revisión del PIA aprobado al amparo del artículo 29.2 a) Ley 39/2006, de 14 de diciembre; insta además, la concesión de una prestación económica para cuidados en el ámbito familiar. La Administración acordó la incoación del procedimiento de revisión de aquel programa (acto administrativo), una vez admitida a trámite la solicitud de la actora.

Concedido trámite de audiencia a la interesada y evacuados los informes técnicos pertinentes, se resolvió la revisión del PIA anterior y la aprobación de uno nuevo, decidiéndose como modalidad de intervención más adecuada la del servicio de ayuda a domicilio por un total de 70 horas mensuales. La resolución se dicta el 30 de diciembre de 2011, notificada el 25 de enero de 2012.

La Administración Andaluza resolvió y notificó (extemporáneamente) en sentido estimatorio: procede la revisión del PIA, sí, pero no en el sentido de reconocer una prestación económica para cuidados en el ámbito familiar, tal como la actora instó en su solicitud de revisión, sino aumentando el número de horas en que consiste el servicio de ayuda a domicilio, eliminándose el servicio de estancia de la dependiente en un centro de día. Así pues, por silencio administrativo, la incoación del procedimiento de revisión del PIA anteriormente aprobado, no podía provocar que, ante la falta de resolución y notificación en el plazo de tres meses, lo sea en sentido

estimatorio si no, en su caso, desestimatorio, sin perjuicio de que la Administración dictara resolución expresa posterior al vencimiento del plazo, sin vinculación alguna al sentido de aquel silencio (art. 24.3b Ley 39/2015, de 1 de octubre). Ello, según el parecer de la Junta de Andalucía.

Impugnada aquella resolución en vía jurisdiccional por la actora dependiente, la sentencia de 11 de marzo de 2016, dictada por el Juzgado de instancia (Juzgado de lo Contencioso nº4 de Granada, autos 630/2012), fue desestimatoria de la pretensión ejercida. Disconforme con el fallo judicial, la actora apeló contra la sentencia.

Efectivamente, recurrida en apelación por la actora ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso de Granada, éste dictó sentencia nº498/2018, de 15 de marzo, Rollo de apelación 291/2017 (Roj STSJ AND 2171/2018 - ECLI:ES:TSJAND:2018) la cuál dispone, Fundamento de Derecho Segundo, que el procedimiento de revisión del PIA, que se inició a instancia de la interesada a través de solicitud cursada el 29 de marzo de 2011 y en la que pedía - “El cambio del SAD por prestación económica para cuidados en el entorno familiar, ya que necesito el apoyo de mi marido todo el día (...)”-, supuso que por silencio administrativo positivo, según razona la sentencia de apelación, la actora obtuviera lo exhortado en el escrito registrado por el ente autonómico aquel 29 de marzo de 2011: la revisión del PIA y además, en el sentido exigido por aquella y ello, continúa afirmando la sentencia, - “por superar con creces el plazo de tres meses estatuido en el artículo 42.3 Ley 30/1992”-, F. Dº. 2º. De ahí la estimación de la apelación formulada por la actora contra la sentencia de instancia, declarando no ser conformes a Derecho los actos administrativos impugnados, previa revocación de aquella, obligando a la apelada a dictar resolución expresa estimando en consecuencia, la prestación económica para cuidados en el entorno familiar (Fallo de la sentencia nº498/2018, Rollo de apelación 291/2017).

Disconforme con el fallo judicial dictado en apelación, la Administración Pública demandada recurrió en casación esta sentencia. El recurso de casación, como recurso extraordinario, se fundó en la infracción de normas de Derecho Estatal que fueron alegadas en el proceso y consideradas, o con deber de considerarlas, en la sentencia, artículo 89.2.b) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Ley 29/1998, de 26 de noviembre (LRJCA):

- Artículo 43. 1º y 2º, Ley 30/1992, de 26 de noviembre, actual artículo 24.1.3ª Ley 39/2015, de 1 de octubre, Procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas.

- Artículo 29. 2º Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia

La Junta de Andalucía fundó el recurso de casación contra aquella sentencia en una cuestión de Derecho de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 87 bis Ley reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa (LRJCA), Ley 29/1998, de 13 de julio. Así mismo, y de acuerdo con el mismo precepto la pretensión articulada se reconduce a la anulación de la sentencia y la resolución del litigio con el dictado de sentencia por la que se desestimase el recurso contencioso-administrativo. Desde la perspectiva de la Junta de Andalucía, y así lo apreció el Tribunal Supremo al admitir a trámite el presente recurso extraordinario, la existencia de interés casacional objetivo y conveniencia de un pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, devino:

1º.- Existencia de interés casacional objetivo por no existir jurisprudencia sobre el asunto. Supuesto de la letra a) del punto 3 del artículo 88 de la LRJCA.

En la sentencia recurrida en casación no existe referencia alguna al Tribunal Supremo. Tampoco una decisión del Alto Tribunal sobre esta cuestión, es decir, que ante la falta de dictado y notificación de resolución que ponga fin al procedimiento de revisión de acto administrativo incoado por autoridad competente e instado por interesado, la consecuencia sea la estimación de aquella solicitud de revisión y además, en los exactos términos solicitados, máxime, cuando esta estimación por silencio administrativo positivo afecta inexcusablemente a las arcas públicas, pues de éstas provendrán los fondos necesarios para prestar la ayuda económica impetrada por la actora en su solicitud de revisión del PIA anterior, cuya efectiva prestación ordenó el fallo judicial recurrido en casación.

Se solicitó del Tribunal Supremo que fijase doctrina sobre estos aspectos:

- 1.- Que la falta de resolución y notificación en plazo de la resolución que ponga fin al procedimiento de revisión de acto administrativo, instado por Autoridad competente a instancias de interesado, no legitima al que hubiera deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo.
- 2.- Que en materia de revisión del PIA aprobado, la falta de resolución y notificación en plazo de la resolución que ponga fin al procedimiento de revisión incoado por la Autoridad competente, a instancia del dependiente o sus representantes legales, no legitima al que hubiera deducido la solicitud de revisión para entenderla estimada por silencio administrativo positivo.

Y de acuerdo con lo previsto en la letra f) del artículo 89 de la LRJCA, se estimó que existían otros dos motivos que expresaban el exigido interés casacional y de ahí, la justificación de la admisión a trámite del presente recurso:

2º.- Por asentar una doctrina sobre las normas jurídicas legales invocadas que pueda ser gravemente dañosa para los intereses generales, artículo 88.2 b) LRJCA.

La sentencia dictada, se entendió, infringió el artículo 43. 1 y 2º de la Ley 30/1992 por inaplicación (y actual art. 24.1. 3ª Ley 39/2015, de 1 de octubre) pues la revisión del PIA, acto administrativo anteriormente aprobado y notificado, implica, necesariamente, un procedimiento que se inicia e impulsa de oficio por la Autoridad competente aunque, en el presente caso, a instancias del interesado previa solicitud. A ello se añade que el propio contenido del Programa individual de atención hace inviable el régimen del sentido estimatorio del silencio ya que resulta materialmente imposible delimitar qué concreto servicio o prestación de entre las previstas para el grado y nivel sería la reconocida por silencio; cuestión distinta es que, si la resolución expresa implica o contiene prestaciones económicas, éstas deban retrotraerse en el tiempo. Aquéllas fueron invocadas por esta parte tanto ante el órgano juzgador de instancia como ante el Alto Tribunal Andaluz en apelación.

Dicho lo anterior, es necesario traer a colación la Exposición de Motivos de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre (Ley Ómnibus) expuso que - “Se generaliza el uso del silencio administrativo positivo”-. Lo dice el art. 43.1 Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJAP): - “En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado (...), el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo”-. Era y es la regla general de todo el procedimiento común en las distintas Administraciones Públicas españolas.

No obstante, el artículo 43.2 LRJAP reguló una serie de excepciones a la regla general del silencio positivo. Por tanto, el silencio tendrá efectos desestimatorios (silencio negativo) en los siguientes supuestos:

- a) En los supuestos en los que una norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho Comunitario establezcan lo contrario.
- b) En los procedimientos relativos al ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el artículo 29 de la Constitución Española.
- c) En aquellos procedimientos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público.
- d) En los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones

Con la Ley 39/2015, de 1 de octubre, artículo 24.1, Silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud del interesado, se sigue aquella línea legal:

1. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 3 de este artículo, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa, legitima al interesado o interesados para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley o una norma de Derecho de la Unión Europea o de Derecho internacional aplicable en España establezcan lo contrario. Cuando el procedimiento tenga por objeto el acceso a actividades o su ejercicio, la ley que disponga el carácter desestimatorio del silencio deberá fundarse en la concurrencia de razones imperiosas de interés general.

El silencio tendrá efecto desestimatorio en los procedimientos relativos al ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, impliquen el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente y en los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. El sentido del silencio también será desestimatorio en los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones y en los de revisión de oficio iniciados a solicitud de los interesados.

Igualmente, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, estableció que la aprobación y la modificación del PIA resultan de la incoación del procedimiento administrativo por autoridad competente. En efecto, así consideró la parte recurrente debía entenderse la expresión contenida en su artículo 29.1 cuando prevé que "los servicios sociales correspondientes del sistema público establecerán un programa individual de atención (...)". También lo estimó el TSJ de la CC. AA de Extremadura, sentencia de 19 de septiembre de 2013, nº966/2013, recurso 1123/2011.

Como se manifestó, el apartado 2º de dicho artículo 29, establece que el Programa individual de atención será revisado:

- a) A instancia del interesado y de sus representantes legales.
- b) De oficio, en la forma que determine y con la periodicidad que prevea la normativa de las Comunidades Autónomas.
- c) Con motivo del cambio de residencia a otra Comunidad Autónoma.

Por ello, ante la solicitud de modificación o revisión del PIA, la Administración puede:

a. Incoar el correspondiente procedimiento administrativo, tramitarlo y resolver conforme a Derecho, o bien, inadmitir la solicitud de revisión del PIA anteriormente aprobado si se dan las circunstancias legales que lo prevén.

b. Caso de entender que el expediente está incompleto o de las alegaciones del solicitante necesita algún documento o actuación complementaria puede solicitarla vía requerimiento.

Y ello, en consonancia con el sistema de prioridad en las prestaciones que regula en el artículo 14 de la Ley 39/2006 de 14 de diciembre, donde los servicios del catálogo que recoge el artículo 15 (entre ellos el ingreso en centro asistencial o la atención domiciliaria) son preferentes a la prestación económica para ser atendido por cuidadora no profesional, cuyo otorgamiento, además, es excepcional y siempre que se den las condiciones adecuadas de convivencia y habitabilidad de la vivienda, tal y como prescribe el artículo 14.3.

Esta es también la tesis de la STS de 21/12/2011, Sala de lo Contencioso, Recurso de Casación 6678/2009, cuando razona que -" (...) una vez declarada la situación de dependencia la Administración resultaba obligada a iniciar de oficio el procedimiento de reconocimiento de la prestación, siendo además inherente a la obligación de la Administración a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificar cualquiera que sea su forma de iniciación, recogida en el art. 42.1 de la Ley 30/1992, que dicha iniciación lo sea a la mayor brevedad posible desde su misma posibilidad, sometida en todo caso al criterio de celeridad e impulso de oficio en todos sus trámites, sin que el suceso que la Ley de Dependencia no fije un plazo concreto a contar desde la resolución del primer procedimiento o fase, para iniciar de oficio el que resulta obligado como consecuencia del anterior, provoque la alteración de su naturaleza y conversión en un procedimiento iniciado a solicitud del interesado, con el distinto efecto que en tal caso tendría el silencio administrativo"-.

Desde la perspectiva de la Junta de Andalucía, la inaplicación del artículo 43.1º y 2º Ley 30/1992 (y actual vigente, art. 24.1.3ª Ley 39/2015 de 1 de octubre) que realizó el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en esa sentencia de apelación, hizo necesario que el Tribunal Supremo se pronunciase, fijando la doctrina que la haga aplicable por todos los demás Tribunales en los numerosísimos supuestos en los que, solicitado por un administrado interesado la revisión de un acto administrativo anterior e incoado el correspondiente procedimiento administrativo por autoridad competente, la falta de resolución y notificación dentro del plazo general (o especial) marcado por la norma jurídica aplicable, NO pueda tener efectos estimatorios de aquella solicitud de revisión de acto y disposición administrativa en virtud del silencio (positivo), no pudiendo quedar pues el interesado legitimado para entenderla

estimada por silencio administrativo (art. 43.1 y 2 Ley 30/1992 y 24.1 Ley 39/2015), máxime, como en el presente caso, que son las Administraciones Públicas las que han de asumir un completo y costoso sistema de prestaciones y ayudas a las personas que se hallen en situación de dependencia, con cargo a las arcas públicas, clave en el desenvolvimiento de nuestro Estado Social y de Derecho.

Con todo ello resultó que no sólo era necesario este pronunciamiento del Tribunal Supremo en materia de autonomía y ayuda a las personas con dependencia reconocida, sino también en todos aquellos supuestos en los que, instada la revisión de un acto administrativo por el interesado, la Administración no resolviese y notificase en tiempo y forma el procedimiento administrativo, incoado de oficio y a raíz de aquella solicitud.

Pues bien, admitido a trámite el recurso de casación (Auto TS nº2122/2018, de 5 de noviembre de 2018) contra la sentencia del TSJ de Andalucía, Sala de lo Contencioso de Granada, nº498/2018, de 15 de marzo, rollo de apelación 291/2017 (Roj STSJ AND 2171/2018 - ECLI:ES:TSJAND:2018), la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo dictará sentencia desestimatoria. Esta sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo será la nº563/2020, de 26 de mayo, Recurso de Casación 3317/2020 (Roj STS 1368/2020-ECLI:ES:TS:2020:1368).

La doctrina fijada por la Sala, F.Dº 9º, es clara: no estando en discusión el reconocimiento y grado de dependencia de la solicitante - “(...) sino exclusivamente el procedimiento de revisión del Programa de Atención Individual. Y como expresa la Ley de Dependencia, el Programa Individual de Atención puede revisarse tanto a solicitud del interesado como de oficio por la Administración.

Caso de iniciarse la solicitud de revisión a instancia del interesado el efecto del silencio es positivo”- La posición de la Sala de lo Contencioso sobre el régimen del silencio desde la sentencia de 28 de febrero de 2007 (Recurso de Casación 302/2004), la de 6 de noviembre de 2018 (Recurso de Casación 1763/2017) o la más reciente, la dictada el 28 de mayo de 2019 (Recurso de Casación 246/2016), es que, ante la solicitud del interesado, se ha de considerar equivocada la tesis según la cual, cualquier petición del administrado debe dar lugar, a "un procedimiento iniciado a solicitud del interesado", de modo que si no se contesta por la Administración en el plazo máximo establecido para resolver, debe considerarse estimada por silencio, en aplicación del artículo 43.2 de la Ley 30/1992 (LPAC).

En esa línea, razonó que el artículo 43 LPAC, en cambio, no se refiere a solicitudes sino a procedimientos. Es verdad que su párrafo 2 dice que los interesados podrán entender estimadas sus solicitudes, pero se trata de solicitudes insertadas en determinados procedimientos. Procedimientos que resultan de la aplicación de las

correspondientes normas legales a las solicitudes presentadas por los interesados. Y esto que cabía mantenerlo en la redacción de la LPAC anterior a la modificación aprobada por la Ley 4/1999 de 13 de enero, es aún más patente después de esta Ley. Antes de esa reforma legal, el artículo 43 contenía tres supuestos de silencio positivo que remitían a procedimientos formalizados; los dos primeros sin duda alguna (concesión de licencias o autorización de instalación, traslado o ampliación de empresas y centros de trabajo y solicitudes que habilitaran al solicitante para el ejercicio de derechos preexistentes), pero también el tercero, "solicitudes en cuya normativa de aplicación no se establezca que quedarán desestimadas si no recae resolución expresa", es decir, conforme a la normativa reguladora del específico procedimiento en cuestión.

En la mente del Legislador, afirma el Tribunal Supremo, está el aplicar el régimen de silencio positivo no a cualquier pretensión, por descabellada que fuera, sino a una petición que tuviera entidad suficiente para ser considerada integrante de un determinado procedimiento administrativo. El Legislador contempla, al regular el sentido del silencio, no un escenario de peticiones indiscriminadas a la Administración sino de peticiones que pueden reconducirse a alguno de los procedimientos detectados e individualizados. La Exposición de Motivos de la Ley 30/1992 hablaba de la necesidad de simplificación de ese conjunto de procedimientos, lo que se plasmó en la Disposición Adicional 1ª 1 de la Ley 4/1999: **sólo cabe aplicar la ficción del silencio que establece la LPAC para los procedimientos regulados como tales por una norma jurídica**. A diferencia de la Ley 30/1992 en su redacción original, que aplicaba el silencio negativo a las peticiones, cualesquiera que estas fueren, con la reforma del año 1999 se establece, **como regla, el silencio positivo, pero parte de que esa ficción legal se aplica a procedimientos predeterminados**, como resulta de lo más atrás expuesto y también del art. 42.2 que, cuando habla de la obligación de resolver, advierte que ha de resolverse en el plazo -"fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento"-, ha de haber un procedimiento derivado específicamente de una norma, y del artículo 42.5, que manda a las Administraciones Públicas que publiquen y mantengan actualizadas, a efectos informativos, las relaciones de procedimientos, con indicación de los plazos máximos de duración de los mismos, así como de los efectos que produzca el silencio administrativo.

El silencio regulado en los artículos 43 y 44 sólo opera en el marco de alguno de los procedimientos reconocidos como tales en el Ordenamiento jurídico, estén o no estén recogidos como tales en las normas reglamentarias de delimitación de procedimiento. Por ello en el F.Dº 8º responde -"que el silencio administrativo positivo que preveía el último inciso del párrafo segundo del artículo 43.1 de

la ley 30/1992, de 26 de noviembre, no opera cuando, estando previsto normativamente un procedimiento singular para alcanzar el efecto jurídico solicitado, la solicitud se desentiende de sus trámites y se sujeta sólo a las reglas generales del procedimiento administrativo común”. También la STS de 31 de octubre de 2018, Recurso de Casación 2810/2016, explicita que no se puede obtener por silencio positivo una petición al no haberse seguido el procedimiento legalmente predeterminado.

Por su parte, la sentencia de 21 de diciembre de 2011, Recurso de Casación 6678/2009, FJ 3º afirma que -"una vez declarada la situación de dependencia la Administración resultaba obligada a iniciar de oficio el procedimiento de reconocimiento de la prestación, siendo además inherente a la obligación de la Administración a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificar cualquiera que sea su forma de iniciación, recogida en el art. 42.1 de la Ley 30/1992, que dicha iniciación lo sea a la mayor brevedad posible desde su misma posibilidad, sometida en todo caso al criterio de celeridad e impulso de oficio en todos sus trámites, sin que el suceso que la Ley de Dependencia no fije un plazo concreto a contar desde la resolución del primer procedimiento o fase, para iniciar de oficio el que resulta obligado como consecuencia del anterior, provoque la alteración de su naturaleza y conversión en un procedimiento iniciado a solicitud del interesado, con el distinto efecto que en tal caso tendría el silencio administrativo”-.

Hay que recordar que el plazo máximo, entre la fecha de entrada de la solicitud y la de resolución de reconocimiento de la prestación de dependencia es de seis meses, independientemente de que la Administración competente haya establecido un procedimiento diferenciado para el reconocimiento de la situación de dependencia y el de prestaciones, como ocurre en la CC.AA de Andalucía. Afirma el Tribunal Supremo, al resolver el presente recurso de casación, que la norma autonómica examinada (Decreto 168/2007, de 12 de junio) estableció prístinamente una dualidad de procedimientos, plazo para resolver el procedimiento de reconocimiento de grado y nivel de dependencia y el plazo para resolver el procedimiento de determinación del Programa Individual de Atención. Considera que la Sala de Granada (TSJA), al analizar el Decreto autonómico andaluz, lo que subraya es que la revisión del Programa Individual de Atención (PIA) puede iniciarse a instancia de la persona interesada o de oficio, y en todo caso cada tres años, lo que guarda consonancia con el art. 29 de la Ley de Promoción de la autonomía personal que distingue entre a instancia del interesado o de oficio, en la forma y periodicidad que determine la normativa de la Comunidad Autónoma. Que en la sentencia dictada en apelación, **no se vislumbra un doble procedimiento** y, de lo declarado por la Sala de lo Contencioso de Granada, TSJA, Fundamento Jurídico Segundo, queda acreditado que la solicitud de revisión, conforme a la previsión legal estatal y reglamentaria autonómica, lo fue

a solicitud expresa de la interesada. Por ello, como arguye la Sala de instancia, **no puede reputarse un procedimiento de revisión iniciado de oficio** - “sin perjuicio de que la Administración autonómica andaluza esté obligada a hacerlo, según su propia reglamentación, cada tres años”-. Así pues, **caso de iniciarse la solicitud de revisión a instancia del interesado, el efecto del silencio administrativo es positivo.**

NOTAS DE JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL*

Sumario General. I. Constitución. A. Fuerza normativa. B. Interpretación. II. Derechos y libertades. A. Derechos fundamentales y libertades públicas. B. Derechos y deberes de los ciudadanos. C. Principios rectores de la política social y económica. D. Garantía y suspensión de estos derechos. III. Principios jurídicos básicos. IV. Instituciones del Estado. A. La Corona. B. Las Cortes Generales. C. El Tribunal Constitucional. D. La Administración Pública. E. El Poder Judicial. V. Fuentes. VI. Organización territorial del Estado. A. Comunidades Autónomas. A.1. Autonomía. A.2. Competencias. B. Corporaciones Locales. B.1. Autonomía B.2. Competencias. VII. Economía y Hacienda. A. Principios generales. B. Presupuestos. C. Organización territorial. D. Tribunal de Cuentas.

Sentencia 65/2020, de 18 de junio de 2020 (BOE de 18 de julio). Ponente: Cándido Conde-Pumpido Tourón (Recurso de inconstitucionalidad).

Preceptos constitucionales: 23.2; 18; 87.2; 31; 133.1; 133.2; 149.1.1; 149.1.8; 149.1.14; 149.1.18; 153.1; 156.1; 157.2; 157.3; 161.2; 166.

otros: Art. 30 LOTC; 19.1; 20 LOFCA; 136.b); 150; 201; 202; 203.2.a); 203.2.b); 203.5; 203.6; 204.4; 205 EAC.

Objeto: Recurso de inconstitucionalidad 4362-2017. Interpuesto por el presidente del Gobierno en relación con el artículo 5 de la Ley del Parlamento de Cataluña 17/2017, de 1 de agosto, del Código tributario de Cataluña y de aprobación de los libros primero, segundo y tercero, relativos a la administración tributaria de la Generalitat.

Antecedentes Jurisprudenciales citados (SSTC): 14/1986; 66/1998; 135/1992; 176/1999; 233/1999; 34/2005; 233/2005; 31/2010; 46/2015; 108/2015; 208/2015; 238/2015; 33/2016; 73/-2016; 85/2016; 128/2016, FJ 6; 228/2016.

Materias: Límites a las potestades tributarias de las comunidades autónomas; competencias sobre relaciones internacionales, aplicación y eficacia de las normas jurídicas, procedimiento administrativo y función pública; nulidad de los preceptos relativos al ámbito subjetivo de aplicación del Código tributario, alcance de la

* Subsección preparada por FRANCISCO ESCRIBANO LÓPEZ, Catedrático de Derecho Financiero. Universidad de Sevilla.

reserva de ley en la materia, cómputo de plazos de prescripción, ámbito temporal y criterios interpretativos de las normas tributarias, deberes, obligaciones y potestad calificadoras de la administración tributaria autonómica, entendimientos con los contribuyentes y acceso a los cuerpos superiores de inspectores y de técnicos tributarios; interpretación conforme con la Constitución de diferentes disposiciones generales, normas de actuación de la administración tributaria autonómica, composición y funciones de la Junta de Tributos de Cataluña y el recurso extraordinario para la unificación de criterio.

(La inusual extensión de esta Sentencia no permite realizar una síntesis, siquiera telegráfica, al modo acostumbrado; no obstante, la relevancia doctrinal de una cuestión teóricamente pacífica tras tantos años de Jurisprudencia Constitucional, supone una cierta reorientación de lo que hasta aquí se había aceptado como doctrina sólida del TC. Una simple lectura de las materias que acabamos de reseñar y el planteamiento de los antecedentes y lo farragoso del Fallo nos permiten afirmar la necesidad de un estudio más detenido de esta STC que procuraremos hacer próximamente; no obstante, para subrayar la importancia de los asuntos en los que entra nos limitamos a reseñar algunos de sus Antecedentes y el Fallo que alcanza el TC).

Mediante escrito registrado en este tribunal el 8 de septiembre de 2017, el abogado del Estado, en representación del presidente del Gobierno, interpuso recurso de inconstitucionalidad contra el art. 5 de la Ley del Parlamento de Cataluña 17/2017, de 1 de agosto, del Código tributario de Cataluña y de aprobación de los libros primero, segundo y tercero, relativos a la administración tributaria de la Generalitat, en cuanto aprueba los siguientes preceptos: artículos 111-1; 111-2; 111-3; 111-4; 111-5; 111-6.1; 111-7; 111-8.1, 3 y 5; 122-1, 122-2; 122-3.1 c); 122-4; 122-5; 122-6; 122-7 y 122-10.6, del libro primero, así como los artículos 217-3.3 d) y e) y 217-5.3 c); 221-1.1 y 4; 221-2.1 d) y f); 222-4; 222-5; 223-1 y 223-2 y la disposición adicional tercera, apartado primero, del libro segundo. De conformidad con el acuerdo del Consejo de Ministros, en el recurso se hizo invocación expresa del art. 161.2 CE en relación con el art. 30 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) en orden a la suspensión de la aplicación de los siguientes preceptos impugnados: arts. 122-10.6; 217-3.3 d) y e); 217-5.3 c); 223-1 y 223-2 del referido Código. Los fundamentos de Derecho del presente recurso, agrupados en cinco bloques, pueden resumirse como sigue: A) El primer bloque expone la doctrina de este tribunal sobre los límites constitucionales de la potestad tributaria de las comunidades autónomas. Partiendo del reconocimiento constitucional del carácter instrumental de la autonomía financiera de las comunidades autónomas, entendida como capacidad para establecer y exigir sus propios tributos y como aptitud para

acceder a un sistema suficiente de ingresos para hacer efectiva su autonomía política (entre otras, STC 135/1992, FJ 8), el abogado del Estado distingue entre el poder tributario «originario» o «primario» del Estado, que deriva directamente de la Constitución (art. 133.1 CE), y el poder tributario autonómico «derivado» o «secundario», cuyo ejercicio queda condicionado no solo por la Constitución sino también por los límites establecidos en las leyes del Estado a que se refieren los arts. 133.2 y 157.3 CE (Mediante ley orgánica podrá regularse el ejercicio de las competencias financieras [...]» de las comunidades autónomas, que no es otra que la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las comunidades autónomas: LOFCA). De esta forma, haciendo una interpretación sistemática de los arts. 133, 149.1.14 y 157.3 CE, la representación procesal del recurrente concluye que la propia Constitución determina que el Estado es competente «para regular no solo sus propios tributos, sino también el marco general de todo el sistema tributario y la delimitación de las competencias financieras de las comunidades autónomas respecto del propio Estado» (STC 192/2000, FJ 6); sin que las relaciones entre la hacienda autonómica y la estatal puedan sustentarse, como adujo la STC 31/2010, en el principio de reciprocidad, «dada la posición de superioridad del Estado y que a él le corresponde la coordinación en materia financiera, lo que lleva implícita la idea de jerarquía» (FJ 132). Asimismo, la abogacía del Estado destaca que la competencia financiera de la Generalitat se recoge en el Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC), tanto en su vertiente de autonomía sobre el gasto público (art. 202.1 y 2 EAC), como en la competencia para establecer tributos propios (art. 203.5 EAC), subrayando que es el propio Estatuto (art. 201.1 EAC) el que establece que «las relaciones de orden tributario y financiero entre el Estado y la Generalitat se regulan por la Constitución, el presente Estatuto y la Ley Orgánica prevista en el apartado tercero del artículo 157 de la Constitución». En consecuencia, será la LOFCA, *ex* arts. 157.3 CE y 201.1 EAC, la que configure las competencias financieras de la Generalitat. De igual forma, la demanda subraya que la controversia que aquí se dilucida versa sobre la potestad tributaria de la comunidad autónoma, y no sobre la competencia de Cataluña para organizar su propia administración (art. 150 EAC) y, en concreto, su administración tributaria, recordando que, en virtud del art. 204.4 EAC, se creó la Agencia Tributaria de Cataluña mediante la Ley del Parlamento de Cataluña 7/2007, de 17 de julio. Finalmente, termina recordando, como hizo la STC 128/2016, FJ 6, que una comunidad autónoma no puede asumir más competencias, sobre las ya recogidas en su Estatuto en vigor, por su propia autoridad. Puede instar, por supuesto, el inicio de un procedimiento legislativo (art. 87.2 CE) o de

revisión constitucional (art. 166 CE), pero «no puede anticipar en sus normas los resultados de una tal hipotética modificación competencial».

En el segundo bloque se plantean los motivos de impugnación contra los preceptos recurridos del título I del libro primero del Código tributario, relativo a las «disposiciones preliminares y generales del Código tributario de Cataluña»: arts. 111-1; 111-2; 111-3, 111-4; 111-5; 111-6.1; 111-7; y 111-8.1, 3 y 5. El abogado del Estado alega la inconstitucionalidad de todos ellos al estar incluidos en el título I, que regula los aspectos comunes a la estructura y aplicación de las diversas figuras que integran un sistema tributario catalán. Alega que ni la Constitución ni la LOFCA atribuyen competencia a la comunidad autónoma para aprobar un código tributario al margen del sistema tributario español. El carácter unitario del sistema tributario español deriva, a su juicio, no solo de la dicción del art. 31.1 CE («Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos [...] mediante un sistema tributario justo»), sino también de la exigencia constitucional de igualdad de los españoles, que se traduce en que «el sistema tributario debe estar presidido por un conjunto de principios generales comunes que garanticen la homogeneidad básica que permita configurar el régimen jurídico de los tributos como un verdadero sistema» [STC 108/2015, FJ 3 b)]. Asimismo afirma que los principios y normas jurídicas generales del sistema tributario español quedan establecidos en la LGT, calificada por este tribunal como «verdadera norma de unificación de criterios que garantizan un mínimo de uniformidad en los aspectos básicos del régimen tributario» (STC 66/1998) y «un tratamiento común ante las administraciones públicas» (SSTC 14/1986 y 73/2016). De esta manera, se asevera que la regulación de las disposiciones generales del sistema tributario de Cataluña que realizan los preceptos impugnados, desplazando al sistema tributario estatal y sin mención alguna a la LGT, es inconstitucional. Y ello porque la comunidad autónoma carece de competencia para regular los principios generales del sistema tributario, el sistema de fuentes, el principio de reserva de ley, los plazos y su cómputo, o el ámbito temporal de las normas tributarias, bien porque se trata de aspectos básicos del régimen tributario común a todas las administraciones públicas, bien porque al contener disposiciones generales relativas a la aplicación y eficacia de las normas tributarias invade la competencia exclusiva del Estado *ex* art. 149.1.8 CE (STC 14/1986, FJ 6). Según el abogado del Estado, aplicando la doctrina constitucional sobre la *lex repetita* (STC 341/2005, FJ 6), tal tacha de inconstitucionalidad persistiría, aun en los supuestos en los que los artículos impugnados se limiten a reproducir el contenido de la normativa estatal, precisamente por su absoluta falta de competencia. Una vez realizadas estas consideraciones

generales, se formulan objeciones específicas a cada precepto impugnado: a) El art. 111-1 del Código tributario de Cataluña («*Objeto y ámbito de aplicación del Código*»), al señalar que el código establece los principios generales del sistema tributario catalán, parte de la existencia de un sistema tributario autonómico paralelo al del Estado y al margen de él, y prescinde de las normas estatales establecidas en virtud de las competencias que le atribuye el art. 149.1.1, 8, 14 y 18 CE. En este mismo sentido, el art. 111-2 «*Ámbito subjetivo del Código*»), al circunscribir dicho ámbito de aplicación a los sujetos de derechos y obligaciones establecidos en la normativa tributaria emanada del Parlamento y Gobierno catalanes, ignora que la administración tributaria catalana puede actuar como administración tributaria respecto de tributos cuya capacidad normativa corresponde en exclusiva al Estado *ex art.* 149.1.14 CE. Así, la omisión en ambos preceptos de cualquier referencia a la normativa tributaria estatal y a los tributos estatales (puesto que solo se excluye expresamente a los tributos locales del ámbito de aplicación del código) se debe, en opinión del abogado del Estado, a la voluntad deliberada e inconstitucional de constituir un sistema tributario propio al margen del estatal, a no ser que este Tribunal realice una interpretación de los mismos entendiéndolos implícitamente referidos al sistema de fuentes, estructura territorial y delimitación competencial diseñados en la Constitución de 1978. b) La tacha de inconstitucionalidad imputada al art. 111-3 CTC (*Principios fundamentales del sistema impositivo catalán*) es que no corresponde al legislador autonómico regular los principios constitucionales, incluyendo el principio de simplicidad, pudiendo adicionalmente resultar contradictorio con lo dispuesto en la Ley general tributaria dictada *ex art.* 149.1.14 CE. Según la representación procesal del recurrente, salvo que este tribunal incardine este precepto en el marco del art. 31.1 CE y de la LGT, al reproducirse en la norma autonómica unos principios compartidos con la hacienda estatal, se corre el riesgo de entender que estos solo rigen con el contenido y alcance que prevea la disposición impugnada, ahondando con ello en la voluntad de desplazamiento del sistema tributario estatal. c) El art. 111-4, al regular el principio de reserva de ley en materia tributaria, debe reputarse inconstitucional por vulnerar el art. 149.1.14 CE. En primer lugar, directamente, dada la incompetencia de la comunidad autónoma para establecer el sistema de fuentes y los principios generales del sistema tributario; y, en segundo lugar, mediatamente, en la medida en que no recoge explícita ni implícitamente todas las materias sometidas al principio de legalidad formal en la normativa básica estatal (art. 8 LGT), incluyendo además una expresa remisión reglamentaria sobre las materias no enunciadas. Esta última remisión podría conllevar, a juicio del abogado del

Estado, una vulneración adicional del principio de reserva de ley en materia tributaria. d) Respecto al art. 111-5, que explicita que la Generalitat puede exigir sus tributos *de acuerdo con lo establecido por la Constitución y las leyes*, el abogado del Estado solicita de este Tribunal una interpretación conforme fijando el alcance y significado estricto de la referencia a la Constitución y las leyes, dado el contexto socio-político en el que se halla inmersa Cataluña. Así, trae a colación la intervención parlamentaria de la diputada ponente de la iniciativa en la sesión en la que se aprobó esta Ley, en la que tras una primera intervención en la que califica al código como *ley de país*, termina afirmando: *Aprobando el Código tributario ponemos los fundamentos de una estructura de Estado —sí, lo han entendido bien: los fundamentos de una estructura de Estado—* («Diario de Sesiones del Parlamento de Cataluña», XI legislatura, cuarto periodo, serie P, número 78, página 39). e) El art. 111-6, referido a los plazos y a su cómputo, aunque contiene una remisión genérica a *las leyes de los procedimientos tributarios y a la aplicación supletoria de las que regulan el procedimiento administrativo*, solo podría entenderse ajustado a la Constitución si tal remisión implicara necesariamente la sujeción del precepto a lo que dispongan las normas básicas del Estado o a las dictadas por este en ejercicio de su competencia exclusiva *ex* art. 149.1.14 o 18 CE, en particular la LGT. f) El motivo de impugnación del art. 111-7 (*Ámbito temporal de las normas tributarias*) es la invasión del título competencial estatal contenido en el art. 149.1.8 CE. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas corresponden en exclusiva al Estado, no como una competencia básica o de coordinación legislativa, sino de modo absoluto, tal y como se afirma en la STC 33/2016. g) Idéntica impugnación sostiene la demanda contra el art. 111-8, relativo a la interpretación de las normas tributarias, del que únicamente se impugnan los apartados 1, 3 y 5. Adicionalmente, en primer lugar, el abogado del Estado aduce que el apartado 1 no sería acorde al art. 12.1 LGT, que contiene una remisión en blanco al art. 3.1 del Código civil (CC). Y ello porque aunque los criterios interpretativos enumerados en la norma autonómica coincidan básicamente con los del art. 3.1 CC, este último podría modificarse y ya no coincidir. En segundo lugar, la representación procesal del recurrente se centra en el apartado 3 que declara vinculante la doctrina de los órganos económico-administrativos competentes para los órganos de la administración tributaria catalana sin hacer distinción entre los tributos propios de la comunidad autónoma y los tributos estatales cedidos que son gestionados por la administración tributaria autonómica. Por ello, en tanto que tal apartado 3 incluye a la Junta de Tributos de Cataluña como órgano generador de doctrina vinculante sin distinguir entre tributos propios y ajenos (cedidos), vulnera el

orden constitucional de distribución de competencias en cuanto a tributos cedidos diseñado en el art. 20.5 LOFCA (que dispone que la función unificadora de criterio de los tributos estatales corresponde a la administración tributaria del Estado ejercida de acuerdo con la LGT) y en el art. 45.1 de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las comunidades autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía (en adelante, Ley 22/2009), que establece la titularidad estatal de las competencias (normativa, de aplicación y de revisión administrativa) en materia de tributos cedidos. En este sentido, entiende el recurrente, será el ministro de Hacienda quien dicte disposiciones interpretativas y aclaratorias (art. 12.3 LGT), la Dirección General de Tributos la competente para contestar consultas [art. 88.5 LGT y 4.1 b) del Real Decreto 769/2017, de 28 de julio] y el Tribunal Económico-Administrativo Central y la Sala Especial de Unificación de Doctrina emitirán doctrina con carácter vinculante (arts. 239.3, 242.4 y 243.5 LGT). Por último, el abogado del Estado resalta que el apartado quinto recoge una previsión sobre el alcance de los efectos de los criterios interpretativos no prevista en la Ley general tributaria y, por tanto, inconstitucional, salvo que este tribunal la intérprete circunscrita exclusivamente a los tributos propios.

C) En el tercer bloque se abordan los motivos de impugnación contra los preceptos recurridos del título II del libro primero del Código tributario, relativo a las «*Disposiciones generales sobre la administración tributaria de la Generalitat*»: arts. 122-1, 122-2, 122-3.1 c), 122-4, 122-5, 122-6, 122-7 y 122-10.6a. En términos generales, el abogado del Estado sostiene que todas estas disposiciones vulneran el ámbito de regulación básica del Estado establecido en los arts. 19.1 LOFCA y 45 a 59 de la Ley 22/2009. Y ello porque, si bien la comunidad autónoma tiene competencia en aplicación y sanción de tributos propios, en materia de tributos cedidos las competencias normativas de aplicación, sanción y revisión de los mismos son de titularidad del Estado (art. 45.1 de la Ley 22/2009) y, por tanto, se regirán *ex art. 27.1 de la Ley 22/2009, por los convenios o tratados internacionales, la Ley general tributaria, la ley propia de cada tributo, los reglamentos generales de desarrollo de la Ley general tributaria y de las leyes propias de cada tributo, las demás disposiciones de carácter general, reglamentarias o interpretativas dictadas por la administración del Estado, y por las normas emanadas de la comunidad autónoma según el alcance y los puntos de conexión establecidos en esta Ley 22/2009*. La representación procesal del presidente del Gobierno afirma también que el art. 2 de la Ley 16/2010, de 16 de julio, de cesión de tributos a Cataluña, no establece excepciones a la normativa

básica general, al expresar que «*el alcance y condiciones de la cesión de tributos a la Comunidad Autónoma de Cataluña son los establecidos en la Ley 22/2009*».

A continuación, se exponen en la demanda los motivos de inconstitucionalidad de cada uno de los preceptos impugnados: a) El art. 122-1 del Código tributario de Cataluña recoge unos principios generales de actuación de la administración tributaria de Cataluña que, aun siendo diferentes de los establecidos en los arts. 31.1 CE y 3.1 LGT, pudieran reconocerse implícitamente contenidos en el art. 3.2 LGT. Pero entiende la Abogacía del Estado que ni siquiera en este último caso sería constitucional tal disposición, puesto que la manifiesta falta de competencia autonómica para legislar sobre esta materia (siendo competencia estatal *ex* arts. 149.1.1, 8, 14 y 18 CE los principios fundamentales del sistema tributario) le impide reproducir el contenido de los preceptos básicos estatales (STC 341/2005).

b) De igual forma, el art. 122-2 enumera los deberes y obligaciones de la administración tributaria, no existiendo un precepto semejante en la Ley general tributaria, donde se recogen las obligaciones de la administración en los arts. 30 a 33 y los derechos de los obligados tributarios en el art. 34. Según el recurrente, el precepto autonómico resulta inconstitucional aplicando la doctrina de la *lex repetita*, en tanto regula, por un lado, derechos de los contribuyentes afectando a las condiciones básicas de ejercicio del deber de contribuir del art. 31 CE y, por otro, aspectos propios de los procedimientos tributarios, aunque sea de forma semejante a la establecida en la Ley general tributaria; cuestiones ambas para las que una comunidad autónoma carece de toda competencia. Asimismo, en obligaciones concretas, como el deber de contestar a las consultas planteadas [art. 122-2 l)] o de permitir el acceso del contribuyente a los datos fiscales propios que posea la administración [art. 122-2 o)], se mantiene en la demanda que, al no distinguir el precepto entre tributos propios y cedidos, la comunidad autónoma invade competencias estatales en materia de tributos cedidos. Primero, porque las consultas sobre tributos cedidos no son objeto de delegación en favor de las comunidades autónomas, salvo lo que se refiera a cuestiones en relación con la aplicación de disposiciones dictadas por la comunidad autónoma [art. 55.2 a) Ley 22/2009] y, segundo, porque la administración tributaria catalana carece de competencia para facilitar al contribuyente datos fiscales de tributos gestionados por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, aunque estén en su poder como consecuencia de intercambio de información entre administraciones.

c) Conforme al art. 122-3.1 c) del Código tributario de Cataluña, la administración tributaria de la Generalitat tiene la potestad de realizar actuaciones de colaboración en virtud de las normas sobre asistencia mutua internacional que sean de aplicación. Tales normas se encuentran en los arts. 167 *bis* a 177 *quaterdecies* LGT, fruto de la trasposición de la Directiva 2010/24/UE del Consejo, de 16 de marzo de 2010, sobre la asistencia mutua en materia de cobro de los créditos correspondientes a determinados impuestos, derechos y otras medidas. Así, tras recordar la doctrina constitucional sobre el alcance de la competencia estatal del art. 149.1.3 CE sobre relaciones internacionales (SSTC 46/2015; 85/2016 y 228/2016), el Abogado del Estado arguye que el precepto autonómico se extralimita competencialmente porque, con la generalidad de sus términos, abarca cualquier tipo de colaboración sin distinción del ámbito territorial al que se pueda referir. Señala asimismo que la actuación autonómica en esta materia (colaboración en el ámbito internacional en virtud de las normas sobre asistencia mutua) debe incardinarse en la obligación general de colaboración con la administración del Estado establecida en los arts. 19.1 LOFCA y 61.5 de la Ley 22/2009, quedando reducida a facilitar los datos e información que sean necesarios para que el Estado cumpla con las obligaciones establecidas en la normativa sobre asistencia mutua internacional que haya asumido el Estado en virtud de tratados internacionales o del Derecho de la Unión Europea.

d) El art. 122-4 del Código tributario de Cataluña, regulador de la facultad de calificación de la administración tributaria, resulta inconstitucional por invasión de la competencia estatal para regular los principios fundamentales del ordenamiento tributario *ex* arts. 149.1.1, 8, 14 y 18 CE. Y ello, en su primer inciso, por regular este principio esencial del ordenamiento tributario (la calificación) apartándose de lo previsto en el art. 13 LGT; y, en su segundo inciso, por disponer unos criterios que la administración debe respetar en el ejercicio de esta facultad de calificación que no recoge de forma explícita la Ley general tributaria.

e) En relación con el art. 122-5, que atribuye facultades interpretativas con los efectos previstos en el art. 111-8 (también impugnado) al titular del departamento competente en materia de hacienda pública, a la Dirección General de Tributos y al Consejo Fiscal de Cataluña, la representación del Estado alega una vulneración mediata del art. 149.1.14 CE al contravenir el art. 12.3 LGT, que atribuye esas facultades interpretativas al Ministerio de Hacienda. Se arguye que, aunque el precepto configura tal potestad «en el ámbito de las competencias de la Generalitat», como el Código únicamente

excluye de su ámbito los tributos locales (art. 111-1 del Código tributario de Cataluña), esa norma de atribución de la facultad interpretativa tendría virtualidad respecto a los tributos estatales cedidos que se exaccionan en Cataluña. A su juicio, solo una interpretación conforme de este tribunal que especificara su aplicación exclusiva a los tributos propios de la Generalitat podría salvar esta tacha de inconstitucionalidad.

f) El art. 122-6 relativo a la potestad de obtención de datos con trascendencia tributaria por parte de la administración tributaria catalana adolece de cuatro vicios de inconstitucionalidad. En primer lugar, vulnera el principio de seguridad jurídica al omitir si los datos obtenidos pueden utilizarse en el ejercicio de la potestad sancionadora. En segundo lugar, invade la competencia del Estado sobre los elementos básicos de los procedimientos tributarios y la regulación de las obligaciones y derechos de los obligados tributarios, salvo que su alcance se circunscriba a los tributos propios de la Generalitat. En tercer lugar, quebranta el principio de territorialidad de las competencias autonómicas al no limitar el ámbito de dicho requerimiento de información. Finalmente, vulnera la competencia estatal sobre la regulación de sus propios tributos, que se reconoce en el art. 149.1.14 CE.

g) Al art. 122-7, sobre el carácter reglado de los actos de la administración tributaria catalana y su impugnabilidad, se le imputa una infracción del art. 149.1.18 CE por incidir en las bases del procedimiento administrativo común (en concreto, del procedimiento de revisión) al referirse de forma genérica a unos sistemas alternativos de resolución de conflictos no reconocidos en la Ley general tributaria.

h) Los «entendimientos» entre contribuyentes y la administración tributaria a que se refiere el apartado 6 del art. 122-10 del Código tributario de Cataluña, relativo a la colaboración con los agentes del sistema tributario, se impugnan por vulneración del 149.1.14 y 18 CE porque: (i) no están reconocidos en el sistema tributario español; y (ii) afectan a la indisponibilidad del crédito tributario previsto en el art. 18 LGT, pudiendo implicar condonaciones de obligaciones tributarias o renuncia de derechos económicos por la administración tributaria. Además, se alega que se trata de una materia en la que se debe garantizar a los contribuyentes un mínimo de uniformidad en el tratamiento que reciben de todas las administraciones públicas.

D) En el cuarto bloque se exponen las quejas sobre los artículos impugnados del título II del libro segundo del Código tributario dedicado a la Junta de Tributos de Cataluña, en la medida que afectan a la revisión en vía económico-administrativa: arts. 221-1, apartados 1 y 4; 221-2, apartados 1

d) y 1 f); 222-4; 222-5; 223-1; 223-2; y la disposición adicional tercera, apartado primero.

Con carácter preliminar, la demanda recoge el alcance de las competencias autonómicas en materia de revisión en vía administrativa reproduciendo el art. 20 LOFCA y el art. 59 de la Ley 22/2009. Según la representación procesal del recurrente, las competencias autonómicas se limitan al ejercicio de la función revisora, por cuanto no pueden regular el procedimiento de revisión y sus modalidades, o nuevas categorías de procedimientos, sin invadir la competencia estatal sobre procedimiento administrativo común del art. 149.1.18 CE.

a) El Abogado del Estado, tras reproducir el fundamento jurídico 133 de la STC 31/2010 relativo a la atribución de competencias revisoras a los órganos económico-administrativos autonómicos (art. 205, párrafo primero, EAC), arguye que el apartado primero del art. 221-1 del Código tributario de Cataluña, al no excluir expresamente a los tributos estatales cedidos, atribuye a la Junta de Tributos de Cataluña potestades de revisión de las reclamaciones económico-administrativas relativas a tales tributos, lo que solo podría hacer la ley estatal que regule la cesión de los tributos [arts. 59.1 c) y 54.1 de la Ley 22/2009 y art. 2 de la Ley 16/2010]. En todo caso, alega la representación procesal del presidente del Gobierno, como el precepto impugnado atribuye a esa junta de tributos la competencia en materia de reclamaciones económico-administrativas sobre los tributos, sin límite específico alguno, amplía las competencias autonómicas a la revisión de todo tipo de tributos al margen de la normativa básica estatal. De las mismas tachas de inconstitucionalidad adolece, según el recurrente, el art. 221-2 del Código tributario de Cataluña, que dispone en el apartado 1 d) que la Junta conocerá de *los recursos extraordinarios de revisión que se interpongan contra los actos administrativos firmes y las resoluciones firmes de la Junta en las materias mencionadas*. Y por lo que respecta al *recurso extraordinario para la unificación de criterio*, que recoge el apartado 1 f) del art. 221-2 de la ley autonómica controvertida, el Abogado del Estado mantiene que su establecimiento *ex novo* en el art. 223-1 del Código tributario de Cataluña invade la competencia estatal en materia de procedimiento administrativo común del art. 149.1.18 CE, por ser un recurso no previsto en el sistema de recursos de la Ley general tributaria, y análogo al actual *recurso extraordinario para la unificación de la doctrina* regulado en el art. 243 LGT; además de violentar el marco previsto en los arts. 20 LOFCA y 59 de la Ley 22/2009. Asimismo, el art. 223-2 del Código tributario de Cataluña, relativo a la «resolución de fijación de criterio», estableciendo una figura similar a la prevista en el art. 229.1 d), 2 y 3 LGT

para la adopción de resoluciones de unificación de criterio, es igualmente inconstitucional al carecer la comunidad autónoma de competencias para regular el procedimiento de revisión.

b) Al artículo 221-1.4 se le imputa el no reconocimiento explícito de la labor unificadora del Estado, ejercida, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 228.4 LGT, por el Tribunal Económico-Administrativo Central y la Sala Especial para la Unificación de Doctrina, y su prevalencia sobre los criterios de la Junta de Tributos catalana. Asimismo, se alega que el art. 221-1.4 del Código tributario de Cataluña desconoce que, según la Ley general tributaria, son vinculantes para los tribunales económico-administrativos, para los órganos económico-administrativos de las comunidades autónomas y para el resto de la administración tributaria del Estado y de las comunidades autónomas: (i) la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Económico-Administrativo Central (art. 239.4); y (ii) los criterios establecidos en las resoluciones de los recursos extraordinarios de alzada para la unificación de criterio (art. 242.2) y de los recursos extraordinarios para la unificación de doctrina (art. 243.5).

c) Respecto al art. 222-4, que regula la posibilidad de que la Junta de Tributos solicite, de oficio o a instancia del interesado, la práctica de prueba pericial dentro del procedimiento de revisión, el recurrente aduce que la comunidad autónoma carece de competencia para regular el procedimiento de revisión, ya que sus competencias se limitan exclusivamente al ejercicio de la función revisora en materia tributaria. d) La inconstitucionalidad del art. 222-5 del Código tributario de Cataluña referente al uso de medios electrónicos se fundamenta en la existencia de una norma estatal similar (el art. 16.5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas) que tiene carácter básico, según la disposición final primera de dicha ley, por lo que la comunidad autónoma no tiene competencia para efectuar la remisión reglamentaria en él contenida al no tener atribuida la competencia legislativa.

e) El apartado primero de la disposición adicional tercera del Código tributario permite comunicar directamente a la Agencia Tributaria de Cataluña los datos obtenidos por una administración pública en el ejercicio, por delegación o encargo de gestión de los ayuntamientos catalanes, de las competencias de aplicación de los tributos locales. La representación procesal del recurrente asegura que este precepto vulnera el principio de reserva de datos tributarios establecido con carácter básico en el art. 95 LGT y, en consecuencia, viola el derecho a la intimidad del art. 18 CE. La

cesión por las entidades delegadas —aunque sean otras administraciones públicas— no está prevista en el art. 95 LGT, con lo que el silencio legal debe interpretarse en sentido negativo al ser esta última una norma restrictiva de derechos de los particulares. De otra parte, asevera que el precepto autonómico invade las competencias propias de los ayuntamientos, puesto que son ellos, en tanto titulares de las competencias de aplicación de sus tributos, a los que les corresponde decidir sobre la posible cesión de datos en el marco de las excepciones del art. 95 LGT. También mantiene que, si bien es cierto que esta disposición adicional tercera prevé que la Agencia Tributaria de Cataluña solo podrá solicitar tales datos en el ámbito de sus competencias y «de acuerdo con lo establecido en la legislación tributaria», esa remisión debería realizarse de forma expresa al art. 95 LGT, solicitando una interpretación conforme de este tribunal en tal sentido.

E) En el quinto y último bloque, dedicado a los aspectos competenciales de autoorganización de la Generalitat sobre la estructura funcional de la Agencia Tributaria de Cataluña, se impugnan los arts. 217-3.3 d) y e), y 217-5.3 c) del Código tributario de Cataluña que contemplan un posible acceso por el turno de promoción interna a funcionarios que pertenezcan a cuerpos y escalas de otras administraciones públicas de los subgrupos A1 y A2, que tengan funciones tributarias asignadas, al cuerpo superior de inspectores tributarios de la Generalitat, y de funcionarios pertenecientes al subgrupo A2 al cuerpo superior de técnicos tributarios de la Generalitat. Con este sistema de acceso, afirma el abogado del Estado, se viola tanto el art. 23.2 CE como el art. 149.1.18 CE en relación con el art. 61.1 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del estatuto básico del empleado público (TRLEEP). Entiende el recurrente que la regulación de acceso a dos de los cuerpos de funcionarios específicos de la agencia tributaria catalana adolece de inconstitucionalidad porque no se trata de una provisión de puestos por movilidad interadministrativa, como los contemplados en el art. 84 TRLEEP o en el art. 17 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, sino de un verdadero acceso a un cuerpo funcional distinto. Para ratificar estas afirmaciones, el abogado del Estado se basa: (i) en el Decreto Legislativo de la Generalitat 1/1997, de 31 de octubre, «por el que se aprueba la refundición en un texto único de los preceptos de determinados textos legales vigentes en Cataluña en materia de función pública», donde se distingue entre la promoción interna como forma de acceso a un determinado cuerpo o escala que se reserva a los funcionarios que prestan sus servicios en la administración de la Generalitat (art. 59), de la movilidad

interadministrativa regulada bajo la rúbrica del título V «De la provisión de puestos de trabajo»; y (ii) en la STC 238/2015, cuyo FJ 5 reproduce, alegando que los argumentos allí vertidos pueden extrapolarse *mutatis mutandi* al caso aquí controvertido. De ahí que las previsiones autonómicas impugnadas contemplen un supuesto de ingreso en un cuerpo funcionarial nuevo, y no un supuesto de movilidad interadministrativa (porque los funcionarios de otras administraciones no se limitan al desempeño de un puesto de trabajo), ni un supuesto de promoción interna pues se abre a funcionarios de otras administraciones.

6. En fecha de 17 de octubre de 2017 tuvo entrada en el registro general de este tribunal el escrito de alegaciones que formula la abogada de la Generalitat, en la representación que legalmente ostenta, instando la íntegra desestimación del recurso por las razones que se exponen a continuación.

A) Tras un resumen del objeto del recurso, de la finalidad del Código tributario según su preámbulo y de los motivos de impugnación, se examina el marco competencial de esta controversia. Para ello se invoca la doctrina constitucional sobre el poder tributario originario del Estado (con la Ley general tributaria como marco general del sistema tributario *ex* arts. 149.1.1, 8, 14 y 18 CE) y la doctrina de este tribunal sobre la potestad tributaria de las comunidades autónomas limitada *ex Constitutione* (arts. 156.1 y 157.2 CE) y *ex* LOFCA, tanto en materia de tributos propios como en materia de tributos cedidos; y limitada esta última potestad, adicionalmente, en la Ley 22/2009, donde se determinan las competencias normativas autonómicas sobre aplicación de tributos cedidos y la supletoriedad de la Ley general tributaria en caso de su no ejercicio. Asimismo, se afirma que el Código tributario se ampara en la potestad tributaria de la Generalitat ejercida en virtud de las competencias asumidas en los arts. 201 a 205 EAC. Tal potestad tributaria consiste en una competencia normativa plena sobre sus tributos propios (art. 203.5 EAC) y una competencia normativa limitada sobre los tributos cedidos [art. 203.2 a) y b) EAC], de acuerdo con lo dispuesto en las Leyes estatales 22/2009 y 16/2010. Según la abogada de la Generalitat, y basándose en la STC 31/2010, FFJJ 132 y 133, de un lado, el art. 204 EAC reconoce a la comunidad autónoma: (i) competencia normativa sobre la organización de su propia hacienda, (ii) potestad para crear la Agencia Tributaria de Cataluña, y (iii) plena capacidad para determinar la regulación del ejercicio de las funciones de la Agencia respecto de la gestión, la recaudación y la inspección de los tributos propios y, por delegación del Estado, de los tributos estatales cedidos totalmente a la comunidad autónoma. Y, de otro lado, la Generalitat asume la potestad

revisora de los actos de gestión tributaria dictados por la Agencia sobre los tributos propios a través de sus propios órganos económico-administrativos (art. 205, párrafo primero, EAC), dejando la potestad revisora sobre los tributos cedidos a lo que establezca la legislación estatal de cesión.

B) Con respecto a los preceptos impugnados de los títulos I y II del libro primero del Código tributario (disposiciones generales sobre el sistema tributario y sobre la administración tributaria), la abogada de la Generalitat sintetiza en dos reproches generales las quejas alegadas. En primer lugar, rechaza que con la omisión de la mención a la Constitución, al Estatuto de Autonomía de Cataluña y a la normativa básica estatal se esté obviando el marco competencial en el que se inserta el Código tributario para así establecer un sistema tributario al margen del estatal. De un lado, porque es doctrina constitucional reiterada que es innecesaria la mención expresa en cada precepto del marco normativo (SSTC 233/1999, FJ 39, y 208/2015, FJ 5). Y, de otro lado, porque esta concreta tacha de inconstitucionalidad predicada expresamente de los arts. 111-1 y 111-2 del Código tributario de Cataluña (ámbito objetivo y subjetivo del Código tributario) es fruto de una interpretación aislada de tales preceptos. Una lectura sistemática e integradora de estos artículos con el art. 111-5 del mismo texto legal (que repitiendo el art. 133.2 CE dispone que la Generalitat debe exigir sus tributos de acuerdo con la Constitución y las leyes) demuestra: (i) el pleno respeto al marco constitucional y estatutario vigente (sin que deba explicitarse que se trata de la Constitución de 1978); (ii) el sometimiento de la Generalitat a las leyes y principios básicos estatales en materia tributaria (LOFCA, Ley 22/2009 y Ley general tributaria); y (iii) la plena inserción del Código tributario en el sistema tributario estatal. Con lo cual, a su parecer, los arts. 111-1, 111-2 y 111-5 del Código tributario de Cataluña no solo no vulneran la Constitución, sino que incardinan toda la regulación del Código tributario en el bloque de la constitucionalidad y en las normas básicas estatales vigentes.

En segundo lugar, la abogada de la Generalitat asegura que el hecho de que ni la Constitución ni la LOFCA prevean la ordenación del sistema tributario catalán en la forma de código no es motivo de inconstitucionalidad sino una opción del legislador catalán en pro de la seguridad jurídica. En efecto, como la Ley general tributaria no expresa qué aspectos de su regulación son competencia exclusiva del Estado *ex* art. 149.1.14 CE, ni qué aspectos son básicos *ex* art. 149.1.18 CE y requieren desarrollo normativo autonómico, el legislador catalán ha considerado necesario incorporar ciertos aspectos transversales y generales del régimen tributario (arts. 111-1 a 111-8 del

Código tributario de Cataluña) y de la administración tributaria (arts. 122-1 a 122-7 y 122-10 del Código tributario de Cataluña). A su juicio, tales preceptos: (i) no afectan ni perturban la aplicación de la norma básica estatal (generalmente la Ley general tributaria) sino que se ajustan a su contenido; (ii) son el hilo conductor que da coherencia al conjunto del Código tributario para alcanzar el objetivo de certeza y seguridad jurídica pretendido con el Código según su propio preámbulo; (iii) reproducen normas estatales, técnica legislativa que es constitucionalmente admisible siempre que la comunidad autónoma sea competente sobre la materia regulada y su finalidad sea dar sentido o inteligibilidad a la norma autonómica (STC 341/2005), condiciones que se dan en este caso; y (iv) no pretenden confrontar el ordenamiento catalán con el español, como tampoco lo hace la Ley 9/2006, tributaria de la Comunidad Autónoma de Canarias, que va más allá del Código tributario al regular con especialidades los principios generales sobre la aplicación de tributos contenidos en la LGT. Además, invocando la doctrina sentada en la STC 176/1999, (cuyo fundamento jurídico 4 reproduce), la abogada de la Generalitat concluye que el hecho de que el Código tributario no distinga entre tributos propios y tributos cedidos no lo hace inconstitucional, puesto que el principio de conservación de las normas impide entender que una norma rebasa su ámbito competencial si nada se dice en ella sobre el particular ni se alega sobre acto alguno que avale tal interpretación.

C) Acto seguido, y a la luz de estas argumentaciones, se lleva a cabo un análisis sobre la constitucionalidad de cada precepto impugnado del título I del libro primero del Código tributario:

- a) El art. 111-3 («Principios fundamentales del sistema tributario catalán») no invade, según la abogada de la Generalitat, ninguna competencia estatal puesto que se limita a transponer el contenido del art. 31.1 y 2 CE, añadiendo el principio de simplicidad contenido en el art. 3.2 LGT. Y es evidente, asevera, que estos principios no van a cambiar salvo que una modificación de la Constitución así lo establezca.
- b) En el mismo sentido se argumenta acerca del art. 111-4 CTC, que regula la reserva de ley en materia tributaria. Si bien se reconoce que esta disposición impugnada no recoge íntegramente el contenido del art. 8 LGT de forma expresa, se afirma que todo su contenido se encuentra implícitamente ínsito en el art. 8 LGT (como reconoce el recurrente), por lo que ni afecta ni perturba el precepto básico, sino que lo condensa. De igual forma, a juicio de la representación de la Generalitat, parece preventivo o prematuro impugnar

la remisión al reglamento cuando este precepto delimita los aspectos cuya regulación debe hacerse por ley.

- c) Sobre la regulación de plazos y su cómputo contenida en el art. 111-6, la abogada de la Generalitat defiende su constitucionalidad, argumentando que el citado artículo se limita a hacer una remisión a las normas de procedimiento tributario que dicte el Estado o la comunidad autónoma, en función de la competencia, añadiendo que serán de aplicación supletoria las normas de carácter básico estatal sobre procedimiento administrativo.
- d) Asimismo, a juicio de la representación de la Generalitat, la regulación sobre el ámbito temporal de las normas tributarias establecido en el art. 111-7 del Código tributario de Cataluña es conforme a la Constitución porque reproduce las previsiones del art. 10 LGT con el objetivo de facilitar la comprensión e inteligibilidad del Código tributario.
- e) De igual forma, entiende la abogada de la Generalitat que el apartado primero del art. 111-8 del Código (sobre interpretación de las normas tributarias) no es inconstitucional por el mero hecho de no seguir la misma fórmula del art. 12 LGT (remisión al art. 3.1 CC) y reproducir literalmente los criterios interpretativos del art. 3.1 CC. Reconoce, como alega el recurrente, que la Ley general tributaria y el Código tributario no serían iguales si el art. 3.1 CC variara, pero aduce que tal modificación parece muy difícil. Por su parte, el apartado quinto del art. 111-8 recoge una previsión sobre el alcance de los efectos de los criterios interpretativos no prevista en la Ley general tributaria que, según el recurrente, solo puede predicarse de los tributos propios, a lo que la abogada de la Generalitat opone que este apartado quinto se ajusta al art. 10.2 LGT, que prevé la irretroactividad de las normas tributarias salvo disposición en contrario. Por último, para la representación de la Generalitat, el hecho de que el apartado tercero señale que «la doctrina de los órganos económico-administrativos competentes» es vinculante para la administración tributaria catalana sin hacer distinción entre los tributos propios y los tributos cedidos significa que la función unificadora de criterio que la administración tributaria catalana debe aplicar corresponde a los órganos económico-administrativos estatales en caso de tributos cedidos y a la Junta de Tributos de Cataluña en caso de tributos propios, de acuerdo con los arts. 221-1.4 y 223-1.5 del Código tributario de Cataluña.

D) Posteriormente, se sintetizan las quejas específicas de cada precepto impugnado del título II del libro primero sobre «principios generales de la administración tributaria de Cataluña» y se exponen los siguientes argumentos adicionales en pro de su constitucionalidad:

- a) El art. 122-1 del Código tributario de Cataluña no invade, según la abogada de la Generalitat, ninguna competencia estatal puesto que enuncia los «principios generales de actuación de la administración tributaria de la Generalitat» que se hallan implícitos en el art. 3 LGT, que son inherentes al art. 31 CE y que derivan del art. 203.6 EAC.
- b) El art. 122-2 enumera un catálogo de deberes y obligaciones de la administración tributaria de la Generalitat, no expresamente reconocido en la Ley general tributaria, pero que constituye en muchas ocasiones el correlato del catálogo de derechos de los obligados tributarios previsto en el art. 34 LGT, con lo que no perturba ni invade competencias estatales. Sostiene la abogada de la Generalitat que el único ejemplo concreto de inconstitucionalidad que se alega en la demanda es respecto del deber de contestar a las consultas planteadas [art.122-2 l)], por no distinguir entre tributos propios y cedidos. No obstante, la representación de la Generalitat asegura que la dicción del apartado l) no rebasa el ámbito competencial de la Generalitat. Invocando la doctrina de la STC 176/1999, de 30 de septiembre, FJ 4, como nada se dice en el precepto sobre su ámbito de aplicación, se presume que no rebasa el ámbito propio de la competencia de la Generalitat; competencia que no tiene sobre contestación a consultas de tributos cedidos [art. 55.2 a) de la Ley 22/2009].
- c) Afirma el escrito de alegaciones que el art. 122-3.1 c) (sobre la potestad de la administración tributaria de la Generalitat de realizar las actuaciones de colaboración en virtud de las normas sobre asistencia mutua que sean de aplicación) es acorde a la Constitución porque tales actuaciones no son de asistencia en el ámbito internacional (no previsto en la LOFCA ni en la Ley 22/2009) sino, como expresa el propio apartado primero del art. 122-3 del Código tributario de Cataluña, de asistencia «en el ámbito de los tributos que gestiona, de acuerdo con la normativa aplicable y con sujeción a los procedimientos tributarios establecidos». Por tanto, la administración tributaria de la Generalitat solo podrá realizar las actuaciones de colaboración que la normativa estatal o autonómica le permita.
- d) A favor de la constitucionalidad del art. 122-4, regulador de la facultad de calificación de la administración tributaria de Cataluña, la representación de la Generalitat sostiene, por un lado, que ese precepto tiene un contenido análogo al art. 13 LGT y utiliza una expresión equivalente a la de su último inciso («con independencia de la forma o la denominación utilizadas por las partes para calificarlo»), por lo que no perturba la competencia estatal. Y, por otro lado, en su segundo inciso, el precepto enumera unos criterios que la Administración

debe respetar en el ejercicio de esta facultad de calificación que, si bien no se recogen de forma explícita en la Ley general tributaria, son principios materialmente conformes con la Constitución y con el art. 203.6 EAC.

- e) Aduce la abogada de la Generalitat que ni siquiera es necesaria la interpretación conforme que exige el recurrente del art. 122-5 del Código tributario de Cataluña, que atribuye facultades interpretativas al titular del departamento competente en materia de hacienda pública, a la Dirección General de Tributos y al Consejo Fiscal de Cataluña, consistente en que se limite tal facultad al ámbito de los tributos propios so pena de vulneración del art. 149.1.14 CE. Así, aplicando la doctrina de la STC 176/1999, de 30 de septiembre, FJ 4, si nada se dice en el precepto, este no rebasa el ámbito propio de competencia de la Generalitat. Adicionalmente, concluye que el precepto impugnado es plenamente coherente con los arts. 12.3 y 88.5 LGT, puesto que ninguno de los dos determina los órganos competentes para interpretar las leyes y reglamentos autonómicos en materia tributaria en el ámbito de competencia de la Generalitat.
- f) El art. 122-6, relativo a la potestad de obtención de datos con trascendencia tributaria por la administración tributaria catalana, solo es cuestionado, según la abogada de la Generalitat, en la medida que afecte a tributos del Estado, a lo que objeta que este artículo es plenamente acorde, primero, con el art. 93 LGT y, segundo, con la doctrina de la STC 176/1999, de 30 de septiembre, FJ 4.
- g) A juicio de la representación de la Generalitat, tampoco invade competencias estatales el art. 122-7 del Código tributario de Cataluña, sobre el carácter reglado de los actos de la administración tributaria catalana y su impugnabilidad, al ser una copia prácticamente idéntica del art. 6 LGT que se recoge en el Código tributario con el objetivo de facilitar la comprensión e inteligibilidad del mismo.
- h) Sobre el «entendimiento» entre la Generalitat y los contribuyentes previsto en el apartado sexto del art. 122-10 del Código tributario de Cataluña, la representación autonómica alega que, si bien no se prevé en la Ley general tributaria, se adecua plenamente a la norma básica de procedimiento administrativo sobre terminación convencional contenida en el art. 86 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas.

E) Las impugnaciones relativas a la Junta de Tributos (título II del libro segundo) giran en torno a la no distinción entre los tributos cedidos a la hora de encomendarle a ese órgano económico-administrativo autonómico:

(a) el conocimiento de las reclamaciones económico-administrativas contra los actos de la administración tributaria de la Generalitat (art. 221-1.1); (b) el conocimiento de los recursos extraordinarios de revisión contra actos administrativos firmes y resoluciones firmes de la Junta [art. 221-2.1 d)]; y (c) el conocimiento del recurso extraordinario para la unificación de criterio [art. 221-2.1 f) siempre del Código tributario de Cataluña]. La abogada de la Generalitat sostiene que la interpretación conjunta de los arts. 20 LOFCA, 59 y 54.1 de la Ley 22/2009 y 2 de la Ley 16/2010, así como la interpretación que hizo la STC 31/2010 del art. 205, párrafo primero, EAC, comporta que la potestad revisora sobre los tributos cedidos por la Junta de Tributos de Cataluña quede sujeta a lo que disponga la legislación estatal sin necesidad de que se haga distinción expresa en el art. 221-1.1 del Código tributario de Cataluña entre tributos propios y cedidos, tal y como afirma la doctrina de la STC 176/2009, de 30 de septiembre, FJ 4. De igual forma, alega la representación de la Generalitat, debe interpretarse la competencia de la Junta de Tributos para conocer los recursos extraordinarios «de revisión» y «para la unificación de criterio» [art. 221-2.1 d) y f) del Código impugnado] y el carácter vinculante de la doctrina reiterada de la Junta de Tributos para la administración tributaria de Cataluña (art. 221-1.4). Todo ello sin perjuicio de la vinculación de esta junta a los criterios que establezca el Tribunal Económico-Administrativo Central y la Sala Especial para la Unificación de Doctrina *ex* art. 228.4 LGT. Sobre el «nuevo» recurso extraordinario para la unificación de criterio creado por el art. 223-1 del Código tributario de Cataluña, la abogada de la Generalitat alega que no vulnera las bases del procedimiento administrativo común (art. 149.1.18 CE). Se trata, primero, de un recurso preexistente en idénticos términos en el ordenamiento jurídico catalán desde la entrada en vigor del Decreto autonómico 158/2007; y, segundo, es una adaptación del «recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio» del art. 242 LGT (y no del art. 243 LGT como mantiene el recurrente), en cumplimiento del reconocimiento por el art. 59 de la Ley 22/2009 de la competencia del órgano económico-administrativo autonómico para conocer en única instancia. Además, es coherente con el art. 228.4 LGT, puesto que corresponde a cada comunidad autónoma determinar la estructura administrativa para el ejercicio de la función revisora en el ámbito de las reclamaciones económico-administrativas. Asimismo, y con base en el art. 228.4 LGT, esta parte entiende que el procedimiento para la unificación de criterio de la Junta que prevé el art. 223-2 del Código tributario de Cataluña no merece reproche constitucional, puesto que encaja en las competencias asumidas por la Generalitat en el art. 205 EAC y adapta el procedimiento previsto en el art. 229.1 d) LGT a

la organización de la Junta de Tributos. Así, se trata de un procedimiento de unificación de criterio de los órganos económico-administrativos de la Generalitat, análogo al estatal y adaptado a la organización de la Junta de Tributos de Cataluña, cumple con lo previsto en el art. 228.4 LGT, encaja en las competencias asumidas por la Generalitat en el art. 205 EAC y conduce a adoptar unas resoluciones económico-administrativas más uniformes y respetuosas con el principio de igualdad del art. 14 CE. Por otra parte, se concluye que los arts. 222-4 y 222-5 (sobre el dictamen pericial y el uso de medios electrónicos, respectivamente) no vulneran el art. 149.1.18 CE (procedimiento administrativo común) porque reproducen normas básicas estatales de procedimiento (arts. 77 y 16.5 de la Ley 39/2015, respectivamente) para dar inteligibilidad y coherencia al Código tributario de Cataluña. Respecto a los motivos de impugnación del apartado primero de la disposición adicional tercera del libro segundo del Código tributario, la abogada de la Generalitat, en primer lugar, rechaza que esa disposición vulnere el derecho a la intimidad del art. 18 CE, desarrollado con carácter básico por el art. 95 LGT. Tras recordar la doctrina constitucional sobre la cesión de datos tributarios de una administración a otra (STC 233/2005, de 26 de septiembre), la representación de la Generalitat estima que, aunque se considerara que esta cesión de datos tributarios a la Agencia Tributaria de Cataluña es una intromisión en la intimidad de los ciudadanos, se cumplen los dos requisitos exigidos por la doctrina constitucional: está prevista en una ley y es legítima porque persigue un fin constitucional (servir a una gestión tributaria eficaz *ex* arts. 103.1 CE, 203.6 EAC y 3.2 LGT). Así, el nivel de cumplimiento de estos principios aumenta exponencialmente si la Agencia Tributaria de Cataluña puede dirigirse a las cuatro diputaciones provinciales y a los pocos consejos comarcales que ejercen funciones tributarias por delegación de los ayuntamientos, en vez de a los más de novecientos ayuntamientos catalanes, para obtener la información que precisa. En segundo lugar, la representación de la Generalitat niega que este precepto viole el art. 95 LGT porque este último no contemple la cesión de forma expresa; puesto que la disposición adicional impugnada cae dentro de la excepción del art. 95.1 b) LGT en la que expresamente se admite la cesión de datos cuando tenga por objeto «la colaboración con otras administraciones a efectos del cumplimiento de obligaciones fiscales en el ámbito de sus competencia», desarrollándolo y cumpliendo sus dos requisitos: que los datos objeto de cesión se hayan obtenido en el desempeño de sus funciones tributarias y se destinen al cumplimiento de las obligaciones tributarias en el ámbito de sus competencias. Finalmente, a juicio de la abogada de la Generalitat, tampoco se invaden las competencias de los ayuntamientos,

puesto que las corporaciones locales no son los titulares de los datos con trascendencia tributaria (lo son los obligados tributarios) sino meros gestores o responsables de su tratamiento. Por ello, concluye que resulta inapropiado otorgarles un poder de decisión sobre su cesión sin analizar el alcance de los arts. 94 y 95 LGT. Así, si la administración tributaria que actúa por delegación de los ayuntamientos cede datos con trascendencia tributaria a la Agencia Tributaria de Cataluña «no será porque lo decida a su libre antojo, sino porque la ley le obliga a hacerlo, cuando sea requerida para ello y se cumplan las condiciones para dicha cesión que fije la ley».

F) Para rebatir la impugnación del posible acceso por el turno de promoción interna a los cuerpos superiores de inspectores y de técnicos tributarios de la Generalitat de funcionarios de cuerpos y escalas de otras administraciones de los subgrupos A1 y A2 que tengan asignadas funciones tributarias [arts. 217-3.3 d) y e), y 217-5.3 c) del Código tributario de Cataluña], la abogada de la Generalitat afirma la plena competencia de la comunidad autónoma *ex art.* 136 b) EAC para regular la promoción interna en el acceso a cuerpos de funcionarios autonómicos como desarrollo normativo del art. 18 TRLEEP. A su juicio, el art. 59 del Decreto Legislativo 1/1997 no contempla la promoción interna para los funcionarios que presten servicios en otras administraciones, pero el art. 17 de dicho decreto legislativo (relativo a la habilitación del legislador de la comunidad autónoma para la creación de cuerpos de funcionarios autonómicos) permite establecer especialidades respecto de la normativa reguladora de la función pública de la administración de la Generalitat siempre que lo requieran las funciones del cuerpo [art. 17 e)]. Asimismo, el art. 2 de la Ley 9/2015, de 12 de junio, «de modificación de la Ley 7/2007, de la Agencia Tributaria de Cataluña, para la ordenación de los cuerpos tributarios de adscripción exclusiva a la Agencia», introdujo un art. 12 *bis* en la Ley 7/2007 (actual art. 213-2 del Código tributario de Cataluña) que permite establecer especialidades en la regulación del personal de la Agencia Tributaria respecto de la normativa reguladora de la función pública de la administración de la Generalitat. Una de esas especialidades se incluyó en el art. 3 de la Ley 9/2015 introduciendo, como art. 26.3 d) de la Ley 7/2007, el posible acceso mediante promoción interna al cuerpo de inspectores tributarios de la Generalitat a funcionarios de otras administraciones del subgrupo A2 con funciones tributarias coincidentes con las del cuerpo técnico de gestores tributarios de la Generalitat; precepto este que el Código tributario no solo reproduce [art. 217-3.3 e)] y extiende para el acceso al cuerpo superior de técnicos tributarios de la Generalitat [art. 217-5.3 c)] sino que lo amplía a los funcionarios de otras administraciones del

subgrupo A1 con funciones tributarias para el cuerpo superior de inspectores tributarios de la Generalitat [arts. 217-3.3 d)].

Tras la exposición de las razones que han llevado al legislador autonómico a establecer estos sistemas de acceso a la función pública desde la Ley 9/2015 (necesidad urgente de personal cualificado ante el incremento de funciones de la Agencia Tributaria de Cataluña), la abogada de la Generalitat asevera, primero, que los preceptos impugnados no constituyen novedad jurídica. Segundo, que la representación procesal del recurrente no argumenta la vulneración del art. 23.2 CE que les imputa. Tercero, que su precedente normativo no fue impugnado ante este tribunal como sí lo fue, dando lugar a la STC 238/2015, el art. 4 de la referida Ley 9/2015 sobre integración voluntaria en los cuerpos de inspectores y gestores tributarios de la Generalitat. Y, finalmente, se alega que los argumentos de la referida STC 238/2015 no son extrapolables ya que los artículos aquí impugnados no regulan un procedimiento restringido de selección de funcionarios, sino procesos selectivos abiertos y que garantizan la libre concurrencia, si bien estableciendo distintas condiciones en función de las capacidades y títulos que acrediten las personas. A los funcionarios que provengan de otras administraciones se les permite participar en un proceso de promoción interna al considerar que ya tienen acreditado el mérito y la capacidad con la superación del correspondiente proceso de selección ante la otra administración que los acreditó como una «suerte de convalidación de título». Se cumplen así, según la abogada de la Generalitat, los principios de mérito y capacidad (ya demostrada) y la igualdad en el acceso, dado que la igualdad comporta tratar de forma distinta a los que están en diferente situación. La única peculiaridad es que una vez superadas las pruebas, a pesar de ser funcionarios públicos de otras administraciones, accederán por primera vez a ser también funcionarios de la Generalitat. Otra cosa, afirma la abogada de la Generalitat, supondría un menoscabo de la potestad del legislador catalán para regular cuestiones como la promoción interna que por razón de la especialidad de las funciones del cuerpo necesitan un tratamiento específico, de acuerdo con lo previsto en los arts. 17 e) del Decreto Legislativo 1/1997 y 213-1.2 del Código tributario de Cataluña.

G) Terminan las alegaciones solicitando, por otrosí digo, el levantamiento inmediato de la suspensión de los arts. 122-10.6, 217-3.3 d) y e), 217-5.3 c), 223-1 y 223-2 del Código tributario de Cataluña, a fin de que recuperen su plena eficacia y aplicación.

.....

FALLO: En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidid: Estimar parcialmente el recurso de inconstitucionalidad promovido por el presidente del Gobierno contra el art. 5 de la Ley de la Generalitat de Cataluña 17/2017, de 1 de agosto, del Código tributario de Cataluña y de aprobación de los libros primero, segundo y tercero, relativos a la administración tributaria de la Generalitat y, en consecuencia:

1.º Declarar la inconstitucionalidad y nulidad de los siguientes preceptos, apartados o incisos que aprueba el art. 5 de la referida Ley 17/2017: el inciso «aprobada por el Parlamento y desarrollada por el Gobierno» del art. 111-2; los apartados segundo a quinto del art. 111-4; los incisos «de prescripción y» y «las causas de interrupción del cómputo de plazos de prescripción» del apartado 1 b) del art. 111-6; el art. 111-7; el apartado primero del art. 111-8; las letras c), d), e), f), g), h), i) y j) del art. 122-2; el apartado primero y el apartado segundo del art. 122-4; el apartado sexto del art. 122-10, con los efectos establecidos en el fundamento jurídico 17; los apartados 3 d) y 3 e) del art. 217-3; y el apartado 3 c) del art. 217-5.

2.º Declarar que son conformes a la Constitución, siempre que se interpreten en los términos establecidos en el fundamento jurídico que se indica en cada caso, los siguientes preceptos, apartados o incisos que aprueba el art. 5 de la referida Ley 17/2017: el art. 111-1 [fundamentos jurídicos 8 B) y 8 C)]; el apartado 1 a) del art. 111-6 [fundamento jurídico 31 C)]; los incisos «Los plazos de [...] caducidad» y «los plazos de [...] caducidad de los procedimientos tributarios» del apartado 1 b) del art. 111-6 [fundamento jurídico 31 C)]; el apartado quinto del art. 111-8 [fundamento jurídico 12 C)]; la letra o) del art. 122-2 (fundamento jurídico 14); el inciso «de acuerdo con lo establecido por el presente Código» del art. 122-6 [fundamento jurídico 13 D)]; el apartado 1 c) del art. 122-3 [fundamento jurídico 18 d)]; el apartado primero del art. 221-1 [fundamento jurídico 21 b)]; el apartado cuarto del art. 221-1 [fundamento jurídico 23 a)]; los apartados 1 d) y 1 f) del art. 221-2 (fundamento jurídico 22); el art. 222-4 (fundamento jurídico 29); el art. 222-5 (fundamento jurídico 30); el art. 223-1 [fundamento jurídico 28 A)]; y el art. 223-2 [fundamento jurídico 28 B)].

3.º Desestimar el recurso de inconstitucionalidad en todo lo demás.

En este número continuamos la reseña de la Jurisprudencia Constitucional de 2020. Se han consultado las SSTC publicadas en el BOE desde el 18 de julio de 2020 donde aparece la STC 46/2020, primera correspondiente a este segundo periodo,

hasta la STC 120/2020, publicada en el BOE de 2 de noviembre de 2020. Entre ellas, amén de la presentada in extenso, son reseñables las relacionadas a continuación, acompañadas de la nota resumen del propio BOE.

BOE 18 DE JULIO DE 2020

Sentencia 48/2020, de 15 de junio de 2020. Recurso de amparo 2570-2018. Promovido por don Ramón Constantino Arias García respecto de las resoluciones dictadas por un juzgado de primera instancia e instrucción de Siero en procedimiento de ejecución hipotecaria.

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (motivación): STC 31/2019 (ausencia de control judicial de las cláusulas abusivas que desconoce la primacía del Derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia). Voto particular.

Sentencia 64/2020, 15 de junio de 2020. Recurso de amparo 1705-2019. Promovido por don Jesús Sebastián Mueses López respecto de las resoluciones dictadas por las salas de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional en procedimiento por responsabilidad patrimonial de la administración de Justicia.

Vulneración de los derechos a la igualdad y a la presunción de inocencia: STC 125/2019 (denegación de indemnización resultante de la aplicación del precepto legal anulado por la STC 85/2019, de 19 de junio).

Sentencia 65/2020, de 18 de junio de 2020. Recurso de inconstitucionalidad 4362-2017. Interpuesto por el presidente del Gobierno en relación con el artículo 5 de la Ley del Parlamento de Cataluña 17/2017, de 1 de agosto, del Código tributario de Cataluña y de aprobación de los libros primero, segundo y tercero, relativos a la administración tributaria de la Generalitat.

Límites a las potestades tributarias de las comunidades autónomas; competencias sobre relaciones internacionales, aplicación y eficacia de las normas jurídicas, procedimiento administrativo y función pública; nulidad de los preceptos relativos al ámbito subjetivo de aplicación del Código tributario, alcance de la reserva de ley en la materia, cómputo de plazos de prescripción, ámbito temporal y criterios interpretativos de las normas tributarias, deberes, obligaciones y potestad calificadora de la administración tributaria autonómica, entendimientos con los contribuyentes y acceso a los cuerpos superiores de inspectores y de técnicos tributarios; interpretación conforme con la Cons-

titución de diferentes disposiciones generales, normas de actuación de la administración tributaria autonómica, composición y funciones de la Junta de Tributos de Cataluña y el recurso extraordinario para la unificación de criterio.

BOE 31 07 2020

Sentencia 66/2020, de 29 de junio de 2020. Recurso de amparo 4167-2017. Promovido por doña Esperanza Martínez Calvo en relación con las resoluciones dictadas por las salas de lo social del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y un juzgado de lo social de esta capital en proceso por despido.

Vulneración del derecho al ejercicio de las funciones representativas: negativa empresarial a la reincorporación a su puesto de trabajo de quien cesó en su condición de concejal con dedicación exclusiva (STC 125/2018).

Sentencia 67/2020, de 29 de junio de 2020. Recurso de amparo 4755-2017. Promovido por doña Carmen Molina Serrano respecto de las resoluciones dictadas por las salas de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, así como por la administración tributaria en procedimiento sancionador.

Supuesta vulneración de los derechos a la protección de datos y a un proceso con todas las garantías: utilización lícita en un procedimiento tributario sancionador de una prueba documental previamente obtenida a través de una medida de investigación judicial penal.

Sentencia 78/2020, de 1 de julio de 2020. Cuestión de inconstitucionalidad 1021-2019. Planteada por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional respecto del artículo único del Real Decreto-ley 2/2016, de 30 de septiembre, por el que se introducen medidas tributarias dirigidas a la reducción del déficit público, que añadió una nueva disposición adicional decimocuarta a la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del impuesto sobre sociedades.

Límites de los decretos leyes: nulidad del precepto que al regular elementos esenciales de la obligación tributaria de realizar pagos fraccionados afecta de modo sustancial al deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos.

BOE 15 DE AGOSTO DE 2020

Sentencia 80/2020, de 15 de julio de 2020. Recurso de amparo 1771-2018. Promovido por doña María del Carmen Domínguez Gaya respecto de la sentencia dictada por un juzgado de lo contencioso-administrativo de Barcelona que inadmitió su demanda de reclamación de intereses de demora por el retraso en el pago de las facturas por suministro de medicamentos a pacientes del sistema público de salud.

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso a la justicia y motivación): resolución judicial que niega legitimación activa a quien no es parte en un convenio administrativo de atención farmacéutica e invoca el derecho a la igualdad como impedimento de un eventual cambio de criterio.

Sentencia 81/2020, de 15 de julio de 2020. Recurso de inconstitucionalidad 1203-2019. Interpuesto por más de cincuenta senadores del grupo parlamentario Popular del Senado en relación con diversos preceptos de la Ley 6/2018, de 26 de noviembre, de protección de los animales en la Comunidad Autónoma de La Rioja.

Competencias sobre protección ambiental, sanidad, legislación civil, investigación científica y técnica y ordenación de la actividad económica; principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, dignidad de los seres humanos y libertad ideológica, derechos a la legalidad sancionadora, a la inviolabilidad domiciliaria y a la libertad de expresión y creación artística: nulidad del precepto legal autonómico que prohíbe la donación, filmación, venta y cesión de animales, inciden sobre el objeto y capacidad para contratar; inadmisión de la solicitud de adhesión del Gobierno de La Rioja (STC 176/2019). Votos particulares.

Sentencia 82/2020, de 15 de julio de 2020. Recurso de inconstitucionalidad 3135-2019. Interpuesto por más de cincuenta diputados del grupo parlamentario Popular del Congreso de los Diputados en relación con diversos preceptos de la Ley 3/2019, de 18 de febrero, de servicios sociales inclusivos de la Comunidad Valenciana.

Principio de autonomía local: nulidad de los preceptos legales autonómicos que especifican los porcentajes de financiación por las diputaciones provinciales de costes de personal y prestaciones municipales.

Sentencia 83/2020, de 15 de julio de 2020. Recurso de inconstitucionalidad 3413-2019. Interpuesto por más de cincuenta diputados del grupo parlamentario Ciudadanos en el Congreso de los Diputados respecto de la Ley del Parlamento Vasco 5/2019, de 4 de abril, de modificación de la Ley 12/2016, de 28 de julio, de reconocimiento y reparación de víctimas de vulneraciones de derechos humanos en el contexto de la violencia de motivación política en la Comunidad Autónoma del País Vasco entre 1978 y 1999.

Principio de exclusividad judicial: interpretación conforme de los preceptos legales autonómicos que regulan la función instructora de la comisión de valoración y establecen el principio de colaboración de los poderes públicos vascos con este órgano (STC 85/2018). Votos particulares.

Sentencia 84/2020, de 15 de julio de 2020. Recurso de inconstitucionalidad 4929-2019. Interpuesto por el presidente del Gobierno, respecto del artículo único, apartado cuarto de la Ley de las Cortes de Castilla y León 6/2018, de 13 de noviembre, por la que se modifica el impuesto sobre la afección medioambiental causada por determinados aprovechamientos del agua embalsada, por los parques eólicos y por las instalaciones de transporte de energía eléctrica de alta tensión regulado en el texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad de Castilla y León en materia de tributos propios y cedidos.

Límites a las potestades tributarias de las comunidades autónomas: nulidad de las disposiciones legales que introducen un gravamen sobre la afección medioambiental causada por las centrales nucleares (STC 43/2019). Voto particular.

Sentencia 98/2020, de 22 de julio de 2020. Recurso de amparo 4834-2018. Promovido por el ayuntamiento de Sant Cugat del Vallès respecto de las resoluciones dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que acordaron tener por no preparado recurso de casación por infracción de normativa autonómica en procedimiento ordinario sobre modificación de planeamiento urbanístico.

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso al recurso): resoluciones judiciales que interpretan la regulación legal del recurso de casación basado en infracción de normas autonómicas en sentido no coincidente con la STC 128/2018, de 29 de noviembre. Votos particulares.

Sentencia 100/2020, de 22 de julio de 2020. Recurso de inconstitucionalidad 1893-2019. Interpuesto por el presidente del Gobierno respecto del artículo 23 de la Ley Foral 14/2018, de 18 de junio, de residuos y su fiscalidad.

Competencias sobre protección ambiental y ordenación de la actividad económica: constitucionalidad del precepto legal foral que establece limitaciones progresivamente más estrictas al uso de bolsas de plástico.

BOE DE 2 DE NOVEMBRE DE 2020

Sentencia 106/2020, de 21 de septiembre de 2020. Recurso de amparo 5906-2018. Promovido por la Junta de Extremadura respecto de las resoluciones de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura que inadmitieron su recurso de casación por infracción de normativa autonómica en procedimiento abreviado en materia de personal.

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso al recurso): STC 99/2020 (resoluciones judiciales que inadmiten, sin causa legal para ello, un recurso de casación basado en infracción de normas autonómicas).

Sentencia 107/2020, de 21 de septiembre de 2020. Recurso de amparo 5909-2018. Promovido por la Junta de Extremadura respecto de las resoluciones de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura que inadmitieron su recurso de casación por infracción de normativa autonómica en procedimiento abreviado en materia de personal.

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso al recurso): STC 99/2020 (resoluciones judiciales que inadmiten, sin causa legal para ello, un recurso de casación basado en infracción de normas autonómicas). Votos particulares.

Sentencia 108/2020, de 21 de septiembre de 2020. Recurso de amparo 5911-2018. Promovido por la Junta de Extremadura respecto de las resoluciones de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura que inadmitieron su recurso de casación por infracción de normativa autonómica en procedimiento abreviado en materia de personal.

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso al recurso): STC 99/2020 (resoluciones judiciales que inadmiten, sin causa legal para ello, un recurso de casación basado en infracción de normas autonómicas). Votos particulares.

Sentencia 109/2020, de 21 de septiembre de 2020. Recurso de amparo 5912-2018. Promovido por la Junta de Extremadura respecto de las resoluciones de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura que inadmitieron su recurso de casación por infracción de normativa autonómica en procedimiento abreviado en materia de personal.

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso al recurso): STC 99/2020 (resoluciones judiciales que inadmiten, sin causa legal para ello, un recurso de casación basado en infracción de normas autonómicas).

• • •

Tribunal Supremo¹

II. ADMINISTRACIÓN LOCAL

Transfuguismo: concejal que cambia su voto en la investidura para acceder a cargos: pase a condición de concejal no adscrito: no puede recibir beneficios políticos o económicos distintos de los indisponibles por ser consustanciales a la condición de concejal: confirmación de anulación de complementos percibidos por cargos asumidos tras su voto tráfuga, sin que puedan negársele los derechos económicos estrictamente derivados de su condición de concejal.

“CUARTO.- (...) a los efectos del artículo 73.3.3º de la LRBRL en relación con las sentencias del Tribunal Constitucional 9, 30 y 243/2012, cabe señalar que hay derechos políticos o económicos ligados a la condición de concejal y derivados del mandato representativo otorgado por electores. Este abanico de derechos constituyen el núcleo de la función representativa y, a los efectos del artículo 73.3.3º de la LRBRL, son indisponibles conforme al contenido esencial del artículo 23.2 de la Constitución, luego no pueden ser negados ni limitados al concejal no adscrito.6. De la LRBRL y del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, (en adelante, ROF), se deduce que tal núcleo indisponible se concreta en la participación en Plenos con voz y voto, ejercer funciones de control político, presentar preguntas, mociones, enmiendas y votos particulares; efectuar ruegos, preguntas; ejercer el derecho información más ostentar los honores y tratamientos propios de todo concejal (cf. en este sentido la sentencia 72/2020, de 24 de enero, de esta Sección Cuarta, recurso de casación 5035/2018).7. Por el contrario, el artículo 73.3.3º de la LRBRL disuade de que el pase a la condición de concejal no adscrito, por incurrir en transfuguismo, suponga un incremento o mejora del estatus, y se toma como referencia aquellos beneficios políticos o económicos distintos de los indisponibles por ser consustanciales a la condición de concejal. Así el citado precepto toma como término de contraste los que ostentaba el concejal cuando estaba integrado en un grupo político y que abandona, de forma que tras ese abandono y consiguiente pase a la condición de concejal no

¹ Subsección preparada por EDUARDO GAMERO CASADO, Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Pablo de Olavide. Se incluyen las sentencias aparecidas en los repertorios entre el 1 de agosto y el 30 de noviembre de 2020, aunque algunas estén fechadas con anterioridad a ese período.

adscrito no puede aumentarlos como contraprestación.⁸ De esta manera la prohibición deducible del citado artículo afecta a los cargos concedidos por decisión discrecional del alcalde como ser designado teniente alcalde e integrarse en la Junta de Gobierno (artículos 46.1 y 52.1 del ROF); también los cargos por delegación del alcalde (artículos 43 y 120.1 del ROF) así como la asunción de cualquier otro cargo político de carácter discrecional, todo lo cual es corroborado por las sentencias del Tribunal Constitucional 9 y 246/2012”.

(STS 1401/2020, de 26 de octubre, Sala 3^a, Secc. 4^a. Ponente: José Luis Requero Ibáñez).

VI. CONTRATOS

Prohibiciones de contratar: no encontrarse al corriente del pago de las obligaciones de la Seguridad Social: interpretación del art. 57.2 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE: requisito exigible al momento de la licitación: desestimación del recurso.

“OCTAVO.- La posición de la Sala y la respuesta a la cuestión de interés casacional.

Ya hemos visto que la posibilidad de tomar medidas como las previstas en el apartado 2, párrafo tercero, de la Directiva esto es cumplir las obligaciones de pago o celebrado un acuerdo vinculante con vistas al pago de los impuestos y de las cotizaciones a la seguridad social que adeude, incluidos en su caso los intereses acumulados o las multas impuestas ha de llevarse a cabo antes del vencimiento del plazo fijado para solicitar la participación o, en el caso de los procedimientos abiertos, del plazo fijado para presentar su oferta.

Por ello, a la vista de lo hasta ahora reflejado incluyendo el art. 57 de la Directiva debemos concluir que los artículos 60.1.d) y 61.1 TRLCSP en relación con el 146 TRLCSP y el más tajante 140 LCSP determinan que el cumplimiento de la obligación de estar al corriente de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social debe venir referido a la fecha de licitación del contrato o presentación de la oferta.

La anterior conclusión es la que más razonablemente se ajusta a los principios del derecho de la Unión europea. De permitirse la subsanación en el momento de formalización del contrato haría de mejor condición a los

licitadores deudores que podrían no satisfacer sus deudas hasta el momento de la adjudicación”.

(STS 1210/2020, de 22 de septiembre, Sala 3ª, Secc. 4ª. Ponente: Celsa Pico Lorenzo).

VI. CONTRATOS

Ejecución de garantía: no es un acto de ejecución forzosa subsidiaria de un acto administrativo: no es necesario tramitar un procedimiento de ejecución forzosa.

“QUINTO.- Tras lo expuesto, se responde a la cuestión de interés casacional planteada.

La ejecución de una garantía, por incumplimiento constatado de la obligación garantizada, no es un acto de ejecución forzosa subsidiaria de ningún acto administrativo, por lo que no es necesario la tramitación previa de un expediente de ejecución forzosa para instar el cumplimiento de la incumplida obligación garantizada, como tramitación anterior a la ejecución de la garantía.

Por ello, procede desestimar el presente recurso”.

(STS 1574/2020, de 23 de noviembre, Sala 3ª, Secc. 5ª. Ponente: Francisco Javier Borrego Borrego).

VIII. CULTURA, EDUCACIÓN, DEPORTE, PATRIMONIO HISTÓRICO

Conciertos educativos: el régimen básico de los conciertos generales se aplica también a los singulares: renovación del concierto: los centros tienen posibilidad de renovación y se renovarán siempre que sigan cumpliendo los requisitos que determinaron su aprobación.

SEXTO.- (...) 3. La consecuencia es que si la Comunidad Valenciana opta por concertar la enseñanza no obligatoria va de suyo la sujeción a la normativa básica sobre conciertos al ser los conciertos singulares una especie dentro de tal régimen tal y como se deduce del artículo 116.7 de la LOE. En este sentido hay que estar con la sentencia de instancia que señala que la única diferencia normativamente apreciable es el régimen de cuotas ex artículo 117.9 de la LOE.

4. Por tanto, si queda sujeto a tal régimen general le es aplicable la posibilidad de renovación conforme a los artículos 6 y 48 del Reglamento de normas básicas, lo que no puede contradecir la norma autonómica de desarrollo, que es lo declarado por la sentencia de instancia. En fin, este sometimiento al Reglamento estatal lo sostuvo el Consell Juridic Consultiu al informar el proyecto de lo que luego fue el Reglamento autonómico de conciertos así como el Decreto 6/2017, que sostuvo que ante falta de desarrollo reglamentario de la LOE, hay que estar al Reglamento de normas básicas.

5. En definitiva, la sujeción a la normativa básica supone que, al término de los cuatro años, los centros tienen la posibilidad de renovación y se renovarán siempre que sigan cumpliendo los requisitos que determinaron su aprobación (artículo 43.1 del Reglamento estatal de conciertos), luego no tienen que interesar una solicitud ex novo. Siendo procedente la renovación, podría denegarse por razón del artículo 43 Reglamento estatal de conciertos, lo que en el caso de autos no se ha planteado.

SÉPTIMO.- Doctrina aplicable a la cuestión planteada en esta casación

1. Conforme a lo expuesto se declara que el régimen de conciertos generales resulta de aplicación a la renovación de los conciertos singulares firmados por las Comunidades Autónomas en los niveles educativos no obligatorios, quedando sujetos al régimen previsto en el Reglamento de normas básicas sobre conciertos educativos aprobado por el artículo único del Real Decreto 2377/1985.

2. Por razón de lo expuesto se desestima el recurso de casación”.

(STS 1302/2020, de 14 de octubre, Sala 3ª, Secc. 4ª. Ponente: José Luis Requero Ibáñez).

IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

Acceso a profesión de abogado: curso de formación especializada: requisito previo: homologación de título habilitante extranjero o español de grado, sin que puedan simultanearse ambas formaciones.

“SEGUNDO.- (...) el artículo 2.1.b del RD 775/2011 establece que el título profesional de abogado se obtiene tras acreditar la superación de alguno de los cursos de formación comprensivos del conjunto de competencias necesarias para el ejercicio de dichas profesiones (abogado y procurador) en los términos previstos en este Reglamento. Y su artículo 4.1.a, dispone:

"es una formación impartida en universidades públicas o privadas en el marco de las enseñanzas conducentes a la obtención de un título de Máster universitario".

El RD 1393/2007, en su artículo 16.1 dispone "Para acceder a las enseñanzas oficiales de Máster será necesario estar en posesión de un título universitario oficial español [...]". Para acceder al Máster, no para el examen o evaluación final del Máster.

Para acceder, pues, a la enseñanza del Máster de acceso al ejercicio profesional de abogado (de formación especializada), se requiere el título -previo- de Grado, u homologado si el título es extranjero, sin que quepa simultanear los estudios de Grado o de homologación de un título extranjero, con el posgrado o Máster de acceso a la profesión de Abogado.

TERCERO.-Respuesta a la cuestión interpretativa planteada por el auto de admisión:

A efectos de acceso a la profesión de abogado, curso de formación especializada (Posgrado, Máster) creado por la Ley 34/2006, y reglamentado por el Real Decreto 775/2011, en el marco del Real Decreto 1393/2007 (anterior RD 56/2005), es exigible haber obtenido previamente la homologación del título habilitante obtenido en el extranjero (o del título español de Grado, sin que sea conforme a derecho la realización simultánea de ambas formaciones".

(STS 1153/2020, de 11 de septiembre, Sala 3ª, Secc. 5ª. Ponente: Inés María Huerta Garicano).

IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

Compensación por copia privada en fonogramas y otros soportes sonoros: reglas de reparto y distribución: Real Decreto 1398/2018, por el que se desarrolla el artículo 25 del texto refundido de la ley de propiedad intelectual, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, en cuanto al sistema de compensación equitativa por copia privada: omisión de informe de la Sección Primera de la Comisión Propiedad Intelectual del Consejo de Consumidores y usuarios: nulidad: limitación del alcance del fallo.

“CUARTO.- (...) Como se ha visto el cambio de criterio se hace sin contar con el parecer del Consejo de Consumidores y Usuarios y, muy especialmente, sin recabar el parecer de la Sección Primera de la Comisión Propiedad Intelectual. Respecto de este órgano debe resaltarse que su informe es

preceptivo al aplicarse para la tramitación el artículo 25.4. 2.º del TRLPI tal y como prevé la disposición final primera del Real Decreto-ley 12/2017. Y que la Sección Primera de la Comisión Propiedad Intelectual debió informar el texto en su versión final se deduce del citado precepto que expresamente dice que informará “ con carácter previo a su aprobación” 3. Por tanto, se ignora qué habrían informado tales instancias, así como el resto de los que concurrieron a los trámites de consulta, alegaciones e informes, así como los Ministerios que emitieron informes a la primera de las versiones; incógnita que se extiende a AIE, ADEPI y UFI que, al fin y al cabo, defendía una distribución por tercios y no 40-30-30. Aparte de lo dicho es obvio que el cambio de redacción afecta a los intereses que legitiman a la SGAE al reducir el porcentaje de lo debido al grupo acreedor de los autores; y que la opción final era controvertida debía saberse pues, como se ha dicho ya, en su día el Real Decreto 1434/1992 fue impugnado por la distribución 50-25-25, recurso desestimado por la ya citada sentencia de la Sección Tercera, de 11 de junio de 1996 (recurso contencioso-administrativo 203/1993).

QUINTO.- Fallo estimatorio y su alcance

1. Por razón de lo expuesto se estima la demanda en cuanto a la pretensión principal, ahora bien, la Sala entiende oportuno limitar el alcance del fallo.

2. En efecto, es claro que la infracción de las reglas procedimentales en la elaboración de la disposición impugnada, en especial la especialidad del artículo 25.4. 2.º del TRLPI, hace que incurra en un motivo de nulidad de pleno derecho conforme al artículo 47.2 de la Ley 39/2015, sin que sean aplicables las reglas de conservación reguladas en los preceptos siguientes (artículos 49.2 y 51), aplicables a los actos administrativos.

3. Sin embargo lo litigioso del Real Decreto se centra en un solo precepto -el artículo 4.1.a)- que por su contenido permite limitar el alcance de fallo sólo a él, de forma que, por razones de seguridad jurídica, luego de certeza, se evita dejar sin regulación aspectos distintos del precepto impugnado tal y como se ha expuesto en el Fundamento de Derecho Primero.2, sin que se vean en sí afectados por razón del porcentaje de distribución litigioso”.

(STS 1227/2020, de 30 de septiembre, Sala 3ª, Secc. 4ª. Ponente: José Luis Requero Ibáñez).

IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

Declaración de zonas de gran afluencia turística: supone una restricción de la libertad de ejercicio de actividades económicas: necesidad de motivación en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general: existencia: desestimación del recurso.

“CUARTO.- (...) Por todo ello, se concluye que no puede sostenerse que exista falta de motivación ni la ausencia de la necesidad y proporcionalidad de la decisión adoptada. Juicio valorativo que se considera conforme a derecho a tenor de la fundamentación ofrecida.

QUINTO. Criterios de esta Sala sobre las cuestiones que presentan interés casacional.

Procede, en función de todo lo razonado, y siguiendo la doctrina fijada en la STS nº 480/2020, de 18 de mayo, responder a las cuestiones suscitadas en el auto de admisión, fijando los siguientes criterios:

- i) Las limitaciones territoriales o temporales en la declaración de zona de gran afluencia turística, que restrinjan el principio general que proclama el artículo 5.1 de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de horarios comerciales, de libertad para determinar los días y horas de su actividad comercial reconocida a los establecimientos instalados en zonas que tengan dicha calificación, han de considerarse restricciones o limitaciones al ejercicio de una actividad económica, a los efectos de la aplicación del artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.
- ii) La sujeción de los poderes públicos autonómicos a las exigencias del artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, supone que el establecimiento por estos de límites al ejercicio de una actividad económica, deberá estar motivada en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio”.

(STS 1275/2020, de 8 de octubre, Sala 3ª, Secc. 3ª. Ponente: Diego Córdoba Castroverde).

IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

Transportes de mercancías por carretera: nuevas autorizaciones: requisito de antigüedad máxima de los vehículos: barrera de acceso no justificada en razones imperiosas de interés general que además beneficia a los operadores ya instalados: nulidad.

“SEXTO.- Conclusión: estimación del recurso e imposición de costas.

A la vista de lo razonado en los Fundamentos precedentes, alcanzamos la conclusión de que el requisito cuestionado supone una injustificada barrera de acceso a la actividad en el sector del transporte que, además, introduce una evidente distorsión en el mercado y afecta a la competencia efectiva, al exigir a quienes intenten convertirse en nuevos operadores los sobrecostes correspondientes a la adquisición de un vehículo de una antigüedad no superior a cinco meses, en claro beneficio de aquellos operadores ya instalados en el mercado y todo ello sin que se haya demostrado la existencia de una razón imperiosa de interés general que haga necesario introducir en la normativa reguladora la referida medida limitativa.

Por tanto, en atención a lo expuesto, el recurso debe ser estimado y, en consecuencia, debemos anular por no ser ajustado a Derecho, el precepto impugnado en el inciso siguiente: "2. Quien pretenda obtener una autorización de transporte público de mercancías nueva deberá acreditar que dispone, en los términos previstos en el artículo 38, al menos de un vehículo que, en el momento de solicitar la autorización, no podrá superar la antigüedad de cinco meses, contados desde su primera matriculación”.

(STS 1218/2020, de 28 de septiembre, Sala 3ª, Secc. 3ª. Ponente: Fernando Román García).

IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

Transportes terrestres: pérdida de honorabilidad del infractor: necesidad de un procedimiento específico dirigido a verificar la proporcionalidad de la medida una vez impuesta una sanción: inexistencia de procedimiento administrativo completo: nulidad del art.98 del Real Decreto 70/2019, por el que se modifica el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres.

“CUARTO.- (...) la cuestión que es preciso dilucidar no es si existe un procedimiento sancionador previo a la pérdida de la honorabilidad, que ya hemos visto que lo hay en todo caso para determinar la sanción que lleva

aparejada dicha pérdida, sino si la exigencia del reglamento comunitario de un procedimiento administrativo completo para verificar si tal pérdida es proporcionada queda cumplido con las previsiones del reglamento nacional. (...)

Hemos descartado ya que este procedimiento relativo a la comprobación de la proporcionalidad de la pérdida de la honorabilidad haya de ser sancionador. De lo que se trata, pues, es de si puede considerarse "completo", según determina el Reglamento comunitarios, y el criterio que debe regir esa valoración ha de ser la ratio legis de dicha exigencia. Del tenor del precepto que se ha transcrito supra se deriva, en primer lugar, que también en el Reglamento comunitario se contempla la revisión de la proporcionalidad de la pérdida de la honorabilidad tras la existencia de una sanción penal o administrativa. Por tanto, no se puede argumentar para sostener la suficiencia del procedimiento previsto en el artículo 119 del reglamento español que ya ha habido un procedimiento penal o administrativo sancionador previo que ha asegurado al infractor todas las garantías de defensa exigibles. Si el Reglamento comunitario también parte de la previa existencia de una sanción penal o administrativa que acarrea la pérdida de la honorabilidad, la exigencia de un "procedimiento administrativo completo" posterior ha de tener otra razón de ser. Por ello, hay que concluir que la finalidad de la exigencia del procedimiento administrativo completo tras la imposición de la sanción no puede ser sino el deseo que haya un procedimiento cuyo objeto específico sea precisamente la comprobación de si la pérdida de la honorabilidad es o no proporcionada. (...)

Hemos de estimar por consiguiente esta pretensión y anular el artículo 98 del Real Decreto impugnado, que da nueva redacción al 119 del Reglamento de Transportes, que resulta contrario a derecho por la incorrecta trasposición que hace del artículo 6.2.a) del Reglamento comunitario 1071/2009”.

(STS 1391/2020, de 22 de octubre, Sala 3ª, Secc. 3ª. Ponente: María Isabel Perelló Domenech).

IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

Alojamientos turísticos: regulación mediante modificación pormenorizada de PGOU: regulación del uso como vivienda de uso turístico como Uso de Equipamientos y no como Uso Residencial, exigencia de informe urbanístico de conformidad con los usos, y restricciones al alquiler por habitaciones: existencia de motivación,

equilibrio y proporcionalidad en todas estas exigencias impuestas a la actividad: adecuación a Derecho.

“DÉCIMO SEGUNDO.- La interpretación que se ha concluido de los referidos artículos 38 de la Constitución, así como 5 y 17.4 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la unidad de mercado, y 3.11 de la Ley 17/2009, sobre el libre acceso a las actividades de servicios, implica el rechazo de la pretensión casacional de la CNMC recurrente, y la ratificación de la decisión adoptada por la sentencia impugnada de la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco”.

(STS 1550/2020, de 19 de noviembre, Sala 3ª, Secc. 1ª. Ponente: Rafael Fernández Valverde).

X. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Procedimiento sancionador: propuesta de resolución: no vincula al órgano resolutorio; principio acusatorio: al dictarse resolución puede cambiar la sanción anunciada en el acuerdo de incoación o en la propuesta de resolución siempre que no se alteren los hechos infractores.

“TERCERO.- Sobre la formación de jurisprudencia referida a la aplicación del principio acusatorio en los procedimientos administrativos sancionadores, y acerca de la interpretación de los artículos 18 y 20.3 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora. (...)”

1.- El principio acusatorio, que constituye una de las garantías estructurales del proceso penal, cuya protección se reconoce por el artículo 24.2 de la Constitución, vinculado al derecho de defensa, al derecho a un proceso con todas las garantías y al derecho a ser informado de la acusación, debe modularse cuando se trate de su aplicación en el procedimiento administrativo sancionador, de modo que, a diferencia de la transcendencia que tiene en el proceso penal, en este ámbito no comporta que el órgano competente para resolver un expediente sancionador no pueda imponer una sanción, modificando, para ello, la calificación jurídica efectuada por el órgano instructor, siempre que no se base en la consideración de hechos distintos de los hechos determinados en la fase de instrucción (salvo en el supuesto en que se hayan practicado actuaciones complementarias para su concreción definitiva en la ulterior fase decisoria), y se respete el derecho de defensa, en los términos establecidos en el artículo 20 del Real Decreto 1398/1993, de

4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, (en la actualidad el artículo 80.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas)”.

(STS 1382/2020, de 22 de octubre, Sala 3ª, Secc. 3ª. Ponente: José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat).

X. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Prescripción de sanciones: art.30.3 párrafo 3ª de la Ley 40/2015: cómputo en caso de desestimación presunta de recurso de alzada: regla asimismo aplicable al recurso de reposición.

“QUINTO.- Todo ello lleva a responder a las cuestiones de interés casacional planteadas en el auto de admisión que: a) ha de entenderse que el cómputo del plazo de prescripción de la sanción en los términos establecidos en el art. 30.3, párrafo tercero, para el recurso de alzada, es aplicable al supuesto de desestimación presunta del recurso de reposición; y b) que la apreciación de prescripción de la sanción impuesta no se extiende a otras obligaciones o prohibiciones impuestas, que no fueron objeto de la prescripción ni determina su anulación”.

(STS 1627/2020, de 30 de noviembre, Sala 3ª, Secc. 5ª. Ponente: Octavio Juan Herrero Pina).

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

Autorización judicial para entrada domiciliaria: conveniencia de que se regule el procedimiento mediante Ley Orgánica; peculiaridad de su naturaleza jurídica; determinación de los requisitos que deben cumplirse y verificarse ante la omisión de tal regulación.

SEGUNDO.- (...) “se necesitaría -para evitar la grave precariedad e inconcreción de las normas que hemos de manejar- una ley de desarrollo del artículo 18.2 CE , cuyo contenido no es per se suficiente para regular todos los aspectos y límites del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (...).

4.- A las dificultades que conlleva la ausencia de una regulación completa del derecho fundamental que nos ocupa y sus limitaciones se añade,

además, su rareza o singularidad procesal, que condiciona el régimen de su impugnación y la validez de ciertos conceptos jurídicos, como el de firmeza.

- No deja de ser la autorización de entrada un acto judicial, en sentido propio y estricto, debido al ejercicio de la competencia de un juez a quien apodera al efecto la ley en garantía de un derecho fundamental. Al margen de tal indiscutible naturaleza, al tiempo y sin perjuicio de ello, también es un trámite o acto- condición incrustado en un procedimiento administrativo.

- No existe un procedimiento judicial contradictorio que conduzca a la adopción del auto, en rigor no previsto -sólo se regula la competencia y la exigencia de su obtención, con la solicitud de la Administración y la decisión, inaudita parte, del juez-. No se prevén, por ende, ni alegaciones ni pruebas de descargo o refutación por parte del afectado por la medida.

CUARTO.- (...) 5.- De todos los requisitos expuestos, resulta especialmente relevante para la solución del litigio que nos ocupa el de la necesidad de la entrada y registro, esto es, la constatación de que tal actuación es el único medio apto para obtener el fin legítimo perseguido por la Administración que, en el caso de las inspecciones tributarias, habrá de ser la obtención de unos datos imprescindibles -que no pueden conseguirse de otro modo menos invasivo- para determinar la existencia de un comportamiento ilícito del contribuyente o de un incumplimiento de las obligaciones que le incumben.

En otras palabras, y resumiendo la doctrina constitucional, para otorgar la autorización debe superarse un triple juicio -que ha de efectuar el juez competente-: el de idoneidad de la medida (toda vez que ésta debe ser útil para la actuación inspectora), el de necesidad (esto es, que no exista otra medida sustitutiva más moderada que la intromisión que se pretende) y el de proporcionalidad en sentido estricto (pues han de ponderarse los beneficios de tal medida para el fin perseguido frente al sacrificio de un derecho fundamental como el que nos ocupa). (...)

QUINTO.- (...) 1) La autorización de entrada debe estar conectada con la existencia de un procedimiento inspector ya abierto y cuyo inicio se haya notificado al inspeccionado, con indicación de los impuestos y periodos a que afectan las pesquisas, por derivar tal exigencia de los artículos 113 y 142 de la LGT. Sin la existencia de ese acto previo, que deberá acompañarse a la solicitud, el juez no podrá adoptar medida alguna en relación con la entrada en el domicilio constitucionalmente protegido a efectos de práctica de pesquisas tributarias, por falta de competencia (art. 8.6 LJCA y 91.2 LOPJ).

2) La posibilidad de adopción de la autorización de entrada inaudita parte, no guarda relación con la exigencia del anterior punto, sino que se refiere a la eventualidad de no anunciar la diligencia de entrada con carácter previo a su práctica. Tal situación, de rigurosa excepcionalidad, ha de ser objeto de expresa fundamentación sobre su necesidad en el caso concreto, tanto en la solicitud de la Administración y, con mayor obligación, en el auto judicial, sin que quepa presumir en la mera comprobación un derecho incondicionado o natural a entrar en el domicilio, como aquí ha sucedido.

3) No cabe la autorización de entrada con fines prospectivos, estadísticos o indefinidos, para ver qué se encuentra, como aquí sucede, esto es, para el hallazgo de datos que se ignoran, sin identificar con precisión qué concreta información se pretende obtener. No proceden las entradas para averiguar qué es lo que tiene el comprobado.

4) Es preciso que el auto judicial motive y justifique -esto es, formal y materialmente- la necesidad, adecuación y proporcionalidad de la medida de entrada, sometiendo a contraste la información facilitada por la Administración, que debe ser puesta en tela de juicio, en su apariencia y credibilidad, sin que quepan aceptaciones automáticas, infundadas o acríicas de los datos ofrecidos. Sólo es admisible una autorización por auto tras el análisis comparativo de tales requisitos, uno a uno.

5) No pueden servir de base, para autorizar la entrada, los datos o informaciones generales o indefinidos procedentes de estadísticas, cálculos o, en general, de la comparación de la situación supuesta del titular del domicilio con la de otros indeterminados contribuyentes o grupos de estos, o con la media de sectores de actividad en todo el territorio nacional, sin especificación o segmentación detallada alguna que avale la seriedad de tales fuentes. Tal análisis, de hacerse excepcionalmente, debe atender a todas las circunstancias concurrentes y, muy en particular, a que de tales indicios, vestigios o datos generales y relativos -verificado su origen, seriedad y la situación concreta del interesado respecto a ellos- sea rigurosamente necesaria la entrada, lo que exige valorar la existencia de otros factores circunstanciales y, en particular, la conducta previa del titular en respuesta a actuaciones o requerimientos de información efectuados por la Administración”.

(STS 1231/2020, de 1 de octubre, Sala 3ª, Secc. 2ª. Ponente: Francisco José Navarro Sanchís).

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

Autorización judicial para desalojo de viviendas sociales: ponderación judicial de intereses en conflicto cuando en la vivienda existen menores, incluso en caso de ocupación ilegal: alcance de la ponderación: el juez debe comprobar que la Administración adopta realmente las medidas de protección suficientes para no dejar desamparadas a las personas especialmente vulnerables que vayan a ser desalojadas.

“QUINTO.- Doctrina sobre la cuestión de interés casacional. (...) en nuestro caso la cuestión controvertida no es, en esencia, si debe o no efectuarse esa ponderación por el órgano judicial, cuestión que debe ser respondida, sin ninguna duda, en sentido afirmativo. La cuestión polémica ahora planteada es la del alcance de dicha ponderación, esto es, si tal ponderación ha de afectar al núcleo de la decisión del desalojo o sólo a los aspectos periféricos relativos a las condiciones concretas en que debe desarrollarse la actuación administrativa, singularmente en aquellos casos en que la vivienda es ocupada ilegalmente por personas especialmente vulnerables.

La respuesta a esta cuestión es que la ponderación exigida al juez no puede afectar al núcleo de la decisión del desalojo. Si tal cosa se hiciera, la competencia atribuida al juez para autorizar la entrada en domicilio como garantía preventiva del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio se transmutaría, subrepticamente, en la atribución - de facto- a aquél de una competencia para revisar un acto administrativo firme, y eso no es lo querido por el legislador.

Por tanto, el juez no puede, so pretexto de cumplir con la exigencia de ponderación de los intereses concurrentes, paralizar indefinidamente un desalojo forzoso que trae causa de un acto administrativo firme, aparentemente legal, porque estaría permitiendo -y hasta posibilitando, de hecho- la permanencia y consolidación de una situación de ilegalidad, consecuencia que no se acomoda a los postulados constitucionales, que es expresamente rechazada por el legislador (tal como antes apuntamos al referirnos a la Ley 5/2018 y a la STC 32/2019) y que perjudicaría tanto al interés general como a los particulares intereses de propietarios y, en su caso, de los legítimos poseedores de las viviendas ocupadas y, muy especialmente, a los intereses de aquellas otras personas que, encontrándose también en situación de vulnerabilidad y en riesgo de exclusión social, económica y residencial, optan por mantenerse dentro de la legalidad y solicitar la adjudicación de esas viviendas por las vías establecidas

Pero, con la misma rotundidad debemos afirmar que, al ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, el juez no sólo está

facultado, sino que está obligado a modular las circunstancias -materiales y temporales- en que debe desplegar eficacia la autorización de entrada en domicilio. El juez no debe ser ajeno a las consecuencias que pueden derivarse de su decisión de autorizar la entrada en domicilio para proceder al desalojo forzoso y, por ello, antes de emitir esa autorización debe velar por que se reduzcan al mínimo posible las consecuencias negativas que, ineludiblemente, se derivarán de la irrupción domiciliaria.

(...) el hecho de que en la vivienda que hubiere de ser desalojada forzosamente habitaren personas especialmente vulnerables como las referidas no constituye un impedimento absoluto para que pueda ser autorizada la entrada en el domicilio. Pero también que, en tal caso y de acuerdo con lo dicho, el juez habrá de comprobar, antes de autorizar la entrada en domicilio para el desalojo forzoso, que la Administración ha previsto la adopción de las medidas precautorias adecuadas y suficientes para que el desalojo cause el menor impacto posible a aquellos ocupantes que se encontraren en situación de especial vulnerabilidad.

Naturalmente, la casuística es variada y, por ello, en la aplicación de estos criterios generales de ponderación habrá de atender el juez, en cada supuesto, a las circunstancias concurrentes en el momento en que deba de pronunciarse sobre la solicitud, teniendo presente que deben ser las Administraciones competentes las que, en función de la normativa aplicable y de los medios y recursos disponibles, procedan a articular las medidas de protección adecuadas, sin que el juez pueda imponer la adopción de una concreta medida como condición para autorizar el lanzamiento, ni -mucho menos aun- imponer a la Administración la asignación a los ocupantes ilegales de una vivienda de determinadas características o que se encuentre en determinado entorno.

Pero, eso sí, el juez debe comprobar que la Administración adopta realmente las medidas de protección suficientes para no dejar desamparadas a las personas especialmente vulnerables que vayan a ser desalojadas forzosamente de la vivienda que ilegalmente ocupaban. (...)

La ponderación de todas esas circunstancias es la que debe quedar reflejada en la motivación que el auto judicial debe incluir para que pueda afirmarse que la decisión judicial de autorizar la entrada en domicilio para materializar el desalojo forzoso de una vivienda ocupada ilegalmente ha sido proporcionada”.

(STS 1581/2020, de 23 de noviembre, Sala 3ª, Secc. 3ª. Ponente: Fernando Román García).

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

Imposición del uso de mascarillas para reducir contagios por COVID-19: prevalencia del interés general sobre la libertad individual: medida proporcional y ajustada a Derecho.

“NOVENO.- (...) En una indiscutible situación de pandemia como la generada por el virus COVID 19 que, notoriamente, no se circunscribe al territorio español, resulta evidente que debe prevalecer el interés general sobre el individual, esto es el derecho a la vida de la mayoría de los ciudadanos sobre la pretensión individual aquí ejercitada de contraer el virus para adquirir inmunidad. (...)

A la vista de lo expuesto resulta patente que la intervención estatal en la libertad individual en el ámbito de la integridad personal física y moral mediante el uso de la mascarilla resulta proporcionada a los fines buscados: la protección de la salud de los ciudadanos considerados en su globalidad, así como una protección terapéutica no especialmente invasiva.

Debe prevalecer el objetivo constitucional de protección de la salud de todos, art. 43 CE que comprende la integridad física y moral. Se reputa legítima la disposición ordenando el uso de mascarilla en razón de que, en el actual estado de conocimiento de propagación del virus Covid-19, es necesaria y proporcionada para alcanzar el fin de interés general de protección de la salud, al constituir una medida que puede contener la progresión de la pandemia”.

(STS 1569/2020, de 20 de noviembre, Sala 3ª, Secc. 4ª. Ponente: Celsa Pico Lorenzo).

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

Derecho al honor y a la intimidad personal: derecho al olvido: derecho a poder eliminar de un motor de búsqueda de Internet contenidos localizados a partir de los dos apellidos de la persona afectada.

“CUARTO.- (...) El ejercicio del derecho de oposición, rectificación o cancelación del tratamiento de datos, y, en su caso, del derecho al olvido, reconocido en el artículo 6.4 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en relación con lo dispuesto en el artículo 18 del citado texto legal, en consonancia con lo dispuesto en los artículos 12 y 14 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento

Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, faculta a la persona interesada a exigir del gestor de un motor de búsqueda que elimine de la lista de resultados, obtenida como consecuencia de una búsqueda efectuada tanto a partir de su nombre completo o de sus dos apellidos, vínculos a páginas webs, publicados legalmente por terceros, que contengan datos e informaciones veraces, relativos a su persona, cuando la difusión de dicha información, relativa a su persona, menoscabe el derecho al honor, a la intimidad, o a la propia imagen del interesado, y carezca de interés público, y pueda considerarse, por el transcurso del tiempo, obsoleta, en los términos establecidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo”.

(STS 1624/2020, de 27 de noviembre, Sala 3ª, Secc. 3ª. Ponente: José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat).

XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Justiprecio: si no se ha determinado en fase administrativa, solo puede hacerse en vía judicial careciendo el Tribunal de los elementos de juicio adecuados: retroacción de actuaciones.

“CUARTO.- De acuerdo con todo ello que responde a la cuestiones de interés casacional señaladas en el auto de admisión, ha de entenderse procedente la retroacción de las actuaciones a la vía administrativa en un supuesto, como el de autos -en que se produce la desestimación presunta por la comisión provincial de valoraciones, de una solicitud de determinación del justiprecio de varias fincas afectadas por expropiación por ministerio de la ley, en virtud del PGOU- y se aprecia la falta de aplicación del método de tasación establecido en los arts. 24.2 y 37.2, respectivamente, de los Textos Refundidos de la Ley del Suelo de 2008 y 2015, al no haberse efectuado la doble valoración exigida por el método residual y el de valoración conjunta por comparación; y ello al carecer el Tribunal de los elementos de juicio adecuados para fijar el justiprecio que, como primera exigencia, han de responder a la aplicación del método de valoración legalmente establecido”.

(STS 1418/2020, de 29 de octubre, Sala 3ª, Secc. 5ª. Ponente: Octavio Juan Herrero Pina).

XIII. FUENTES

Real Decreto de fijación del Salario Mínimo Interprofesional: no es un reglamento ejecutivo, su determinación tiene un contenido decisorio o resolutorio que no es de naturaleza normativa: innecesariedad de su tramitación con arreglo al procedimiento de ejercicio de la potestad reglamentaria: validez.

“CUARTO.- Potestad de fijación del SMI

1. La Sala reitera que la fijación del SMI tiene en sí un contenido decisorio o resolutorio que no es de naturaleza normativa, luego derivado de ese aspecto estos reales decretos anuales no son normas de desarrollo o ejecución del artículo 27.1 del ET, cuestión a la que se limita este recurso. Tal precepto apodera al Gobierno para que adopte una decisión: fijar el SMI, no para regular o reglamentar su régimen jurídico y tal verbo -fijar- que expresa la potestad atribuida al Gobierno se viene empleando desde la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales (artículo 28) y por los artículos 27.1 de los distintos ET desde 1980.

2. En ese aspecto de mera fijación el artículo 27.1 del ET no acude a la colaboración de la potestad reglamentaria de la Administración para que, mediante una norma de tal naturaleza y rango, desarrolle o complete el régimen jurídico del SMI. Cosa distinta es que la Administración formalmente plasme su decisión en un artículo, y que al tiempo que ejerce dicha potestad de fijación del SMI regule aspectos ligados al alcance de su fijación, tal y como se deduce del articulado de los distintos reales decretos.

3. Cabe apuntar que en el ámbito de la técnica normativa no es infrecuente la acumulación en una norma de instrumentos de distinta naturaleza y, en su caso, rango. En este caso se está ante una decisión que en sí tiene carácter de acto y que se incorpora a un texto normativo. Y aun cuando no sea un supuesto por entero asimilable, cabe apuntar el de leyes parcialmente orgánicas que contienen determinaciones propias de leyes ordinarias y así expresamente se salva en sede de disposiciones finales o, en fin, es el caso de reglamentos que aúnan preceptos de diferente rango”.

(STS 1268/2020, de 7 de octubre, Sala 3ª, Secc. 5ª. Ponente: José Luis Requero Ibáñez).

XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Recurso de casación: cómputo de plazos: día de gracia: admisible en relación con el escrito de interposición del recurso, no así el de preparación.

“ÚNICO.- (...) se impone una interpretación del mencionado artículo 128 que, como ya antes se dijo, establece la regla general de que los plazos son improrrogables, si bien es admisible, también como regla general, que se tendrá por cumplido el trámite cuando el escrito se presente al día siguiente en que se comunique dicha preclusión. Lo que se impone por el legislador es que esa regla no rige en materia de recurso de cualquier naturaleza. (...)”

La conclusión de lo expuesto es que en el recurso de casación solo el escrito de preparación del recurso está sometido al régimen de exclusión de subsanación de la caducidad del recurso por haberse presentado fuera del plazo concedido, siempre y cuando se presente dentro del día siguiente al que fuera notificada dicha caducidad; siendo admisible la subsanación de la extemporaneidad en tales supuestos”.

(ATS de 9 de septiembre de 2020, rec.1627/2019, Sala 3ª, Secc. 5ª. Ponente: Wenceslao Orea Godoy).

XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Condena en costas: indemnización a favor de la parte vencedora, de los profesionales que la representaron y defendieron, incluso en caso de justicia gratuita.

“SEGUNDO.- (...) El importe de las costas es para la parte que obtuvo a su favor el pronunciamiento de imposición de costas y no como se insiste para los profesionales que representaron y defendieron a dicha parte, pues es ésta, como se ha dicho, la que obtiene, a través del pago de las costas judiciales por la parte vencida en el juicio, una indemnización de los gastos derivados de un proceso. (...)”

TERCERO.- [bis: repetido por error en el original] El procurador y el abogado intervienen en el proceso en representación y defensa de las partes y no pueden ejercer en el mismo, ni legal ni éticamente, pretensiones propias que sean ajenas a los intereses de las mismas. (...) No modifica esta doctrina que la parte favorecida por la condena en costas tenga reconocido el beneficio de justicia gratuita (...) Y ello con independencia de lo preceptuado en el apartado 5 del artículo 36 [de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita], ya que el pago obtenido por los profesionales a que se

refiere la redacción del precepto, sólo tiene lugar cuando los profesionales intervinientes están autorizados por su representado para percibir el importe de las costas”.

(ATS de 5 de noviembre de 2020, rec.187/2018, Sala 3ª, Secc. 6ª. Ponente: Jorge Rodríguez-Zapata Pérez).

XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Procedimiento abreviado: aportación de pruebas por la Administración demandada en el acto de la vista: interpretación integradora con el derecho a la tutela judicial efectiva: necesidad de que se acuerde un plazo razonable para su análisis por el recurrente.

“TERCERO.- (...) 9. De lo hasta aquí expuesto -que se infiere sin especiales esfuerzos hermenéuticos de la legislación vigente cabe extraer las siguientes conclusiones, que dan respuesta a la cuestión doctrinal suscitada:

9.1. La previsión legal según la cual la contestación a la demanda en el procedimiento abreviado se efectúa oralmente en el acto de la vista implica que el demandado puede en dicho trámite proponer toda la prueba de la que intente valerse para defender sus pretensiones, incluida -obviamente- la prueba pericial, sin que pueda condicionarse la admisión de dicha prueba a su presentación con una antelación mínima al acto de la vista.

9.2. La regulación general de la prueba pericial, y las especiales características de este medio de prueba, exigen -también en los casos en los que tal medio de prueba es propuesto en la vista del procedimiento abreviado otorgar a la parte actora la posibilidad de analizar la pericia al objeto de solicitar aclaraciones al perito y efectuar alegaciones a sus conclusiones, a cuyo efecto -y siempre que lo estime necesario el demandante- deberá el órgano judicial otorgar a dicha parte un plazo que no podrá exceder de cinco días para que se instruya convenientemente de dicha prueba.

9.3. El plazo concreto que deberá otorgarse para dicha instrucción será determinado por el juez a la vista de las circunstancias del caso, teniendo en cuenta el contenido del informe pericial, su dificultad aparente y la solicitud al respecto formulada por la parte actora y podrá determinar, en su caso, la suspensión de la vista oral y la práctica de un nuevo señalamiento.

9.4. Todo ello, dejando intactas las facultades del órgano judicial para rechazar dicha prueba en el caso de que la considere inútil, impertinente

o innecesaria, en cuyo caso no procederá otorgar plazo alguno a la parte contraria para que pueda instruirse de la prueba propuesta”.

(STS 1613/2020, de 26 de noviembre, Sala 3ª, Secc. 2ª. Ponente: Jesús Cudero Blas).

XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Recurso de casación: determinación de la cuantía en recursos presentados en representación de intereses colectivos.

“SEXTO.- (...) la respuesta la cuestión de interés casacional es que cuando una organización sindical o cualquier otra entidad en representación de intereses colectivos formule una pretensión engarzada con principios o derechos fundamentales de la Constitución o del Derecho de la Unión Europea que se reclaman para un colectivo o conjunto, aunque también lleve aparejada una pretensión económica, prevalece la cuantía indeterminada de la primera pretensión”.

(STS 1634/2020, de 30 de noviembre, Sala 3ª, Secc. 4ª. Ponente: Celsa Pico Lorenzo).

XVI. MEDIO AMBIENTE.

Residuos: RD 10/2018, de 6 de abril, por el que se aprueba el programa de prevención y gestión de residuos y recursos de Cataluña "PRECAT20": fijación de objetivos superiores a los establecidos en la normativa estatal básica: nulidad.

“TERCERO.- (...) eso es lo que acontece en el caso de autos, en que fijada la responsabilidad ampliada de los productores neumáticos con unas determinadas obligaciones, la norma autonómica se considera habilitada a imponer esa obligaciones de manera más gravosa para los productores de producto lo cual, como se sostiene en los párrafo anteriores, es contrario al artículo 31 de la Ley de Residuos y, en definitiva, al reparto competencial impuesto por el bloque de constitucionalidad. Debe recordarse que la exigencia de que la responsabilidad ampliada quede en manos de la legislación básica es un imperativo que se impone por esa propia normativa, en concreto en la Ley de Residuos, y con el fundamento, según se deja constancia en el mismo artículo 31.3º de tener " en cuenta su viabilidad técnica y económica, el conjunto de impactos ambientales y sobre la salud humana, y respetando la necesidad de garantizar el correcto funcionamiento

del mercado interior" circunstancias todas que solo desde una perspectiva nacional pueden ser tenidas en cuenta. Y ello no empece la posibilidad de que la legislación de desarrollo autonómica pueda imponer normas accesorias de protección medioambiental, pero partiendo de esa exigencia formal cuando esa normativa pretenda ampliar las responsabilidades propias del régimen general de gestión y prevención de residuos.

(...) es necesario determinar el alcance del párrafo tercero del artículo 31 en el sentido de considerar que cuando el precepto impone que esta responsabilidad ampliada se establezca por Real Decreto aprobado en Consejo de Ministros, es indudable que cuando ya se hubiese establecido una responsabilidad ampliada en un determinado sentido mediante esa norma aprobada por el Gobierno, una alteración de esa concreta responsabilidad deberá estar impuesta también por esa misma vía. (...) porque, en otro caso supondría, en definitiva, dejar la efectividad de esta responsabilidad ampliada a la discrecionalidad de la legislación de desarrollo, que no es lo querido por la Ley de Residuos.

(...) De todo ha de concluirse que procede la estimación del motivo y las pretensiones accionadas en la demanda, declarando la nulidad de los apartados 4b-9 y 10; 5b-2; 6b-24, 25 y 26”.

(STS 1123/2020, de 27 de julio, Sala 3ª, Secc.5ª. Ponente: Wenceslao Olea Godoy).

XVI. MEDIO AMBIENTE.

Parques nacionales: ampliación de sus límites a espacios marinos colindantes: necesidad de acreditar falta de continuidad ecológica: inexistencia: nulidad de la atribución de su gestión a la Administración del Estado.

“TERCERO.- (...) Todo ello pone de manifiesto que el criterio plasmado en los párrafos segundo y tercero del apartado tercero del acuerdo impugnado, resulta injustificado, invocando una disposición genérica en lugar de la norma específica a la que responde el procedimiento de ampliación del PNMTAC, por el que ha optado la propia Administración y disociando el régimen de gestión del mismo, en la consideración de que en la línea divisoria en el medio marino del límite establecido en la inicial declaración del PNMTAC se produce la ruptura o corte del ecosistema marino, lo cual, además de resultar contradictorio con el procedimiento de ampliación por el que se ha optado y la justificación que de ello se recoge en los informes de

la propia Administración y el mismo Acuerdo impugnado, que implica la incorporación de sistemas naturales similares o complementarios, precisaría, por su singularidad, de una especial acreditación de la falta de continuidad ecológica, que en este caso no se ha producido.

CUARTO.- Por todo ello procede estimar el recurso y, en consecuencia, anular los párrafos segundo y tercero del apartado Tercero del acuerdo impugnado, por ser contrarios al ordenamiento jurídico en cuanto, negando la continuidad ecológica, atribuyen la gestión de la ampliación del PNMTAC a la Administración del Estado, y declarar la procedencia de la gestión unitaria del Parque Nacional resultante de la ampliación por la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, sin perjuicio de las competencias que la legislación general o sectorial atribuya a distintos órganos de la Administración General del Estado o a sus organismos públicos vinculados o dependientes y de los correspondientes mecanismos de coordinación y colaboración interadministrativa.

“FALLO.- Estimar el recurso contencioso administrativo n.º 299/2019, interpuesto por el Abogado de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears contra los párrafos segundo y tercero del punto Tercero de la parte dispositiva del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 1 de febrero de 2019 (BOE n.º 43, de 19 de febrero de 2019) por el que se ampliaron los límites del Parque Nacional Marítimo-Terrestre del Archipiélago de Cabrera por la incorporación de espacios marinos colindantes al mismo, párrafos que anulamos por ser contrarios al ordenamiento jurídico en cuanto, negando la continuidad ecológica, atribuyen la gestión de la ampliación del PNMTAC a la Administración del Estado, y declaramos la procedencia de la gestión unitaria del Parque Nacional resultante de la ampliación, por la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, sin perjuicio de las competencias que la legislación general o sectorial atribuya a distintos órganos de la Administración General del Estado o a sus organismos públicos vinculados o dependientes y de los correspondientes mecanismos de coordinación y colaboración interadministrativa; con imposición de las costas a las partes demandadas en los términos establecidos en el último fundamento de derecho”.

(STS 1507/2020, de 12 de noviembre, Sala 3ª, Secc.5ª. Ponente: Octavio Juan Herrero Pina).

XVIII. PERSONAL

Funcionarios interinos: cese: derecho a indemnización de 20 días por año trabajado prevista en la legislación laboral: no se ostenta cuando ha tenido lugar una única relación de servicios.

“(…) la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es si a tenor de las recientes sentencias de esta Sala de fechas 26 de septiembre de 2018 (recursos de casación 785/2017 y 1305/2017), puede considerarse que se ha producido una utilización abusiva de los nombramientos del personal estatutario interino de los servicios de salud y, en el caso de constatarse tal utilización abusiva, cuales son las consecuencias que se derivan de la misma. (...)”

SÉPTIMO.- La respuesta a la cuestión de interés casacional debe seguir el criterio establecido en la STS 28 de mayo de 2020 .

En unidad de doctrina y seguridad jurídica la respuesta que debemos dar a la cuestión de interés casacional objetivo admitida en el ATS de 17 de diciembre de 2018 es que el cese de un funcionario interino, con una única relación de servicios, no determina derecho a indemnización de 20 días por año de trabajo desempeñado previsto en la legislación laboral y no en la legislación funcional”.’

(STS 1202/2020, de 15 de septiembre, Sala 3ª, Secc.4ª. Ponente: Celsa Pico Lorenzo).

XVIII. PERSONAL

Contratación de personal laboral: proceso selectivo: concurso oposición: valoración de entrevista personal: porcentaje del 50 por 100 o superior: vulneración de los principios de igualdad, mérito y capacidad: anulación.

“QUINTO.- La doctrina de interés casacional.

En atención a lo razonado, declaramos como doctrina casacional que no resulta conforme con los principios de igualdad, mérito y capacidad de acceso al empleo público, consagrados en el artículo 103.3 en relación con el artículo 23.2 de la CE, un proceso selectivo a desarrollar por el sistema de concurso oposición, en el que la fase de oposición prevista se reduzca a una entrevista personal que verse sobre aspectos del curriculum vitae y méritos de los aspirantes”.

(STS 1290/2020, de 14 de octubre, Sala 3ª, Secc.4ª. Ponente: Rafael Toledano Cantero).

XVIII. PERSONAL

Disposición transitoria del EBEP que no es atendida doce años después: vulneración del art.103 CE: abono de evaluación y reclasificación de puesto de trabajo para reconocimiento del nivel retributivo de complementos de destino y específico aunque no se haya desarrollado el precepto: adecuación a derecho.

“QUINTO.- (...) resulta contrario a los principios a los que debe someterse la Administración, art.103 CE , incluyendo la relación con los funcionarios a su servicio, una norma de derecho transitorio infinita que permitiera a la administración mantener situaciones como la enjuiciada en instancia en perjuicio de los trabajadores a su servicio por lo que su inaplicación por la sentencia de instancia no resulta contraria a derecho. (...)

SEXTO.- La respuesta a la cuestión de interés casacional.

A la vista de lo argumentado en el fundamento anterior y en razón de las particulares circunstancias concurrentes en el supuesto enjuiciado, la respuesta es que se puede asignar a un puesto de trabajo un nivel que se encuentre fuera del intervalo legalmente establecido cuando, como en el caso de autos, la duración temporal de la disposición transitoria del Estatuto del Empleado Público se prolonga indefinidamente en el tiempo”.

(STS 1365/2020, de 21 de octubre, Sala 3ª, Secc.4ª. Ponente: Celsa Pico Lorenzo).

XVIII. PERSONAL

Profesorado universitario: incompatibilidades: régimen específico que excepciona el general: incompatibilidad para cualquier otra actividad, con independencia de la percepción o no de complemento específico y su cuantía.

“Es precisamente la posibilidad de que, a elección del funcionario, se acoja a un determinado régimen de dedicación, con unas exigencias más intensas de funciones o tareas a desarrollar y, por consiguiente, con una mayor remuneración para el caso de régimen de dedicación a tiempo completo, no existe en el caso de los Cuerpos al servicio de la Administración General del Estado, en los que la dedicación exigida viene marcada, necesariamente, por lo que al efecto disponga cada Relación de Puestos de Trabajo que resulte aplicable a cada caso concreto. Esta especialidad es, en definitiva, la que reflejan tanto el artículo 16, apartados 2 y 3, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal de las Administraciones

Públicas, como el artículo 15.1 del Real Decreto 598/1985, de 30 de abril, que fue el que desarrolló la Ley antedicha, por ello cuando se añadió el apartado 4 al indicado artículo 16, se estaba haciendo alusión en el mismo a los funcionarios que perciben complementos específicos o conceptos equiparables recogidos en el apartado 1 del propio artículo 16, y así se mantuvo en la posterior redacción introducida en el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público a los Funcionarios Docentes Universitarios a tiempo completo a que se refiere el apartado 2 del propio precepto. En este mismo marco de especificidad del régimen del profesorado universitario hay que situar el conjunto de posibilidades que, para el ejercicio de actividades privadas, otorga el artículo 83 de la propia Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades. Se configura así un régimen normativo absolutamente específico que excluye la aplicación del art. 16.4 Ley de incompatibilidades, como de la Disposición Adicional Quinta del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de Medidas para Garantizar la Estabilidad Presupuestaria y de Fomento de la Competitividad.

QUINTO.- Fijación de la doctrina de interés casacional.

Como consecuencia de lo razonado, hemos de declarar que el artículo 16.4 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, y la Disposición Adicional Quinta del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, no resultan de aplicación al profesorado universitario a tiempo completo, ya que éste personal docente universitario se encuentra sometido a una incompatibilidad absoluta para cualquier otra actividad, con independencia de la percepción o no de complemento específico y su cuantía, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 19 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades, y en el art. 83 de la Ley Orgánica 6/2001 de 21 de diciembre, de Universidades”.

(STS 1399/2020, de 26 de octubre, Sala 3ª, Secc.4ª. Ponente: Rafael Toledano Cantero).

XVIII. PERSONAL

Oposiciones: temario: es contrario a la seguridad jurídica que se apodere al tribunal calificador para que fije como temas objeto de exposición otros no expresamente previstos en el temario.

“QUINTO.- Doctrina que se fija

1. Conforme a lo razonado y a los efectos del artículo 93.1 de la LJCA se concluye que un sistema de oposición en el que se prevé un temario que relaciona los contenidos teóricos de inexcusable demostración por el aspirante, el tema o temas que sean objeto de exposición deben responder a los enunciados y contenido del temario o programa.

2. Es, por tanto, contrario a la seguridad jurídica del proceso selectivo que se apodere al tribunal calificador para que fije como temas objeto de exposición otros no expresamente previstos en el temario, aun relacionados con él, quedando ese temario no como la pauta de los conocimientos teóricos que deben demostrarse sino como referencia”.

(STS 1455/2020, de 5 de noviembre, Sala 3ª, Secc.4ª. Ponente: José Luis Requero Ibáñez).

XVIII. PERSONAL

Funcionarios interinos: reconocimiento del derecho a la carrera horizontal.

“QUINTO.- La respuesta a la cuestión planteada por el auto de admisión.

A la vista de cuanto se ha dicho, la respuesta que hemos de dar a la cuestión que nos sometió el auto de admisión es la de que la carrera profesional horizontal forma parte de las condiciones de trabajo a que se refiere la cláusula 4ª del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE y que tiene acceso a ella el personal vinculado a la Administración por tiempo determinado que realiza las mismas funciones que el fijo de categoría comparable”.

(STS 1532/2020, de 17 de noviembre, Sala 3ª, Secc.4ª. Ponente: Pablo Lucas Murillo de la Cueva).

XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Estimación de recurso de reposición y retroacción de actuaciones: plazo para resolver y notificar: se reanuda el cómputo y deberá dictarse y notificarse resolución en el plazo que reste.

“OCTAVO.- En respuesta a la cuestión de interés casacional formulada, se contesta:

En un procedimiento administrativo, la retroacción de actuaciones acordada en la estimación de un recurso de reposición, consecuencia de la existencia de un vicio formal, al momento de la notificación de la resolución administrativa recurrida, significa que, en la vuelta atrás en el tiempo que es la retroacción, la Administración debe culminar el procedimiento retrotraído y notificar al interesado correctamente la resolución, en el plazo que reste desde que se realizó la actuación procedimental causante de la indefensión del interesado”.

(STS 1150/2020, de 11 de septiembre, Sala 3ª, Secc. 5ª. Ponente: Javier Borrego Borrego).

XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Procedimiento administrativo sancionador: tramitación por entidad de Derecho privado (TRAGSATEC) y posterior firma de la resolución sancionadora por funcionario público de la Administración competente: reserva del ejercicio de potestades administrativas a funcionarios públicos: anulación de la sanción.

“SEGUNDO.- (...) cuando en la formulación del objeto del debate de la casación como cuestión que suscita el interés casacional sobre la posibilidad de “atribuir auxilio y la asistencia técnica en la tramitación de los procedimientos sancionadores”, deberá entenderse que esos términos han de examinarse con esa amplitud que concurre en el caso de autos, es decir, mediante la casi completa tramitación del procedimiento por dicha Empresa Pública y reservándose el Organismo de Cuenca la decisión y, aun así, tomando en consideración que dicha intervención no es meramente esporádica o circunstancial, sino que se realiza de manera permanente, en todos los procedimientos que se tramiten, orillando la intervención de los funcionarios encargados de dicha cometido. (...)

Así entendido el debate no cabe sino concluir en lo ya expuesto de que el procedimiento ha de tramitarse de manera íntegra por el propio Organismo de Cuenca y con el personal estatutario a su servicio (...)

si concluimos, como hemos de hacer, que la intervención de las autoridades, que no del resto del personal de los órganos de la Confederación, se limita a la firma de las resoluciones que le propone el personal de la Empresa Pública, deberá convenirse que dicha autoridades si limitan a aceptar la propuesta o, cuando más, a la constatación de la idoneidad y legalidad del contenido de dichas propuestas, porque si dichas autoridades deben

examinar el expediente para aceptar o rechazar la propuesta, de nada serviría esa dualidad de actividad netamente administrativa. Y no es lo mismo que esas propuestas, que ciertamente se dan en el devenir cotidiano de las Administraciones, se haga por personal funcionario que por personal ajeno a la Administración. Otro tanto acontece en el devenir de los trámites ordinarios del procedimiento, realizados por personal de TRAGSATEC, cuando es lo cierto que esos trámites condicionan la misma resolución que se dicte, más aun en procedimiento de la naturaleza de los sancionares en que la actividad de la Administración no está solo en la defensa que se haga por los afectados, sino que es la propia Administración la que debe aportar al expediente todo cuando sea relevante, en pro y en contra de él, lo cual requiere un grado de preparación, profesionalidad y objetividad que solo en los funcionarios cabe presumir.

Se quiere decir con ello que con tan atípica tramitación tan siquiera es admisible poder acreditar la existencia o no de esa necesaria indefensión porque no hay contraste de cómo debieran haberse tramitado los procedimientos, el concreto procedimiento de autos, de haber tenido intervención en el mismo el personal llamado a hacerlo. Es decir, a la postre, todas las actuaciones llevadas a cabo por personal ajeno a la Administración, al Organismo de Cuenca, es nulo de pleno derecho y, por derivación, lo son las resoluciones que se dictan que se limitan, no consta otra cosa, a la mera firma de la propuesta que le es presentada”.

(STS 1160/2020, de 14 de septiembre, Sala 3ª, Secc. 5ª. Ponente: Wenceslao Olea Godoy).

XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Recurso de casación: alegación *ex novo* de vicio de caducidad del procedimiento en vía administrativa: cuestión nueva: jurisdicción rogada: improcedencia.

“PRIMERO.- (...) la denuncia de la infracción de los artículos reguladores de la caducidad del procedimiento de la LDC no se había suscitado previamente en la demanda contencioso-administrativa. Dicha ausencia de alegación determina que la sentencia que ahora se recurre en casación no contenga apreciación alguna al respecto, lo que permitiría calificar la denuncia de esta infracción en esta sede como una cuestión nueva. Y es que, en efecto, desde el momento en que el recurso de casación tiene por objeto determinar si el Tribunal *a quo* vulneró las normas o la jurisprudencia cuya infracción se denuncia, resulta imposible que tal (pretendida) infracción se produzca en

relación con una cuestión que ni siquiera fue considerada en el pleito (vid., por todos, AATS de 3 de febrero de 2017 y de 5 de abril de 2017).

Añadimos en los citados autos que a la conclusión anterior no obstaba el hecho de que la sentencia recurrida se acompañase de un voto particular referido precisamente a la caducidad del procedimiento, pues dicha opinión discrepante carece de efectos jurídicos. En este caso, se añade el hecho de que la sentencia no recoge ninguna opinión discrepante pretendiendo la parte recurrente estructurar un debate en casación a partir de los votos particulares emitidos en otros procedimientos, lo que no resulta de recibo.

Conviene añadir, finalmente, que como expusimos en la STS de 14 de noviembre de 2017, los Tribunales de esta Jurisdicción contencioso-administrativa han de juzgar según lo alegado y probado por las partes, conforme al esquema de jurisdicción rogada, del que es expresión formal el artículo 33 de la LJCA, no existiendo ningún derecho subjetivo, de naturaleza procesal, susceptible de determinar la casación de la sentencia, a que ésta se pronuncie de oficio sobre pretensiones o motivos invalidatorios que no le hayan sido suministrados por las partes en el debate trabado en el litigio”.

(ATS de 2 de octubre de 2020, rec.361/2020, Sala 3ª, Secc. 1ª. Ponente: Ángel Arozamena Laso).

XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Reintegro de subvenciones: actuaciones de control: subcontratación: el control sobre el beneficiario se puede extender a la acreditación y justificación de los costes reales en que ha incurrido la entidad subcontratada y no sólo a que los costes respondan a precios normales de mercado.

“CUARTO.- (...)

6º Si parte de la actividad se ejecuta por un subcontratista -en este caso fue el 80%-, la Administración subvencionante, conforme al artículo 32.1 de la LGS, está apoderada para comprobar lo hecho por el beneficiario y, por tanto, por el subcontratista que, como se ha dicho, responde sólo ante el beneficiario y éste por la totalidad de la subvención ante la Administración (cf. artículo 29.6 de la LGS). No cabe, por tanto, que lo ejecutado por el subcontratista quede exento del control en general o ceñido a que las facturas que gire sean conformes a los valores de mercado, límite aplicable haya subcontrata o no (cf. artículo 31.1. párrafo segundo de la LGS).

7º Entenderlo de otra forma implicaría desdibujar la figura del beneficiario como único responsable del negocio subvencional; implicaría también excluir del control el adecuado empleo de caudales públicos que le han sido transferidos si es que ejecuta esa actividad subvencionada mediante una entidad vinculada; y, en fin, entenderlo de otra forma obstaculizaría la posibilidad de reintegro, de ahí lo que ya explicita el vigente artículo 29.7.d).2ª de la LGS.

8º Confirma tal interpretación, como señalan las sentencias de primera instancia y apelación, el artículo 68.3 del Reglamento de desarrollo de la LGS ya citado al apoderar a la Administración para que compruebe el coste de la actividad subvencionada "así como" el valor de mercado de las actividades subcontratadas.

9º En fin, *mutatis mutandi*, tal criterio se deduce, del Fundamento de Derecho Segundo, párrafo último, de la sentencia 2354/2016, de 3 de noviembre, de la Sección Quinta de esta Sala (recurso de casación 1865/2015); también e indirectamente del Fundamento de Derecho Cuarto de la sentencia 1973/2017, de 14 de diciembre, dictada por la Sección Tercera de esta sala en el recurso de casación 2612/2015.

QUINTO.- Doctrina aplicable a la cuestión planteada en el auto de admisión.

1. De conformidad con el artículo 93.1 de la LJCA se declara que cuando la actividad subvencionada se ejecuta mediante subcontratación con una entidad vinculada, el control sobre el beneficiario se puede extender a la acreditación y justificación de los costes reales en que ha incurrido la entidad subcontratada y no sólo a que los costes respondan a precios normales de mercado”.

(STS 1269/2020, de 7 de octubre, Sala 3ª, Secc. 4ª. Ponente: José Luis Requero Ibáñez).

XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Ejecución forzosa: apremio sobre el patrimonio: no cabe dictar una providencia de apremio sin resolver previa y expresamente la solicitud de aplazamiento de la deuda presentada por el deudor con anterioridad al inicio de la vía de apremio.

“TERCERO.- (...)

En otras palabras, ni el hecho de que nos hallemos ante liquidaciones (y no ante autoliquidaciones), ni la circunstancia de que el obligado tributario

impugnase aquéllas por todos los cauces que el ordenamiento le ofrece (en reposición, ante el TEAR, ante el TEAC y en la Audiencia Nacional), obteniendo la suspensión de la deuda, permiten alterar la conclusión obtenida: el contribuyente interesó el aplazamiento en período ejecutivo pero antes de iniciarse el procedimiento de apremio, lo que impedía a la Administración dictar las providencias que constituyen el objeto del proceso sin analizar y dar respuesta a aquella petición.

CUARTO. Resolución de las pretensiones deducidas en el proceso.

Todo lo anterior (que, insistimos, supone matizar la doctrina establecida en la sentencia de esta Sala y Sección de 27 de marzo de 2019 y adaptarla a las cuestiones suscitadas en el auto de admisión y a las alegaciones de las partes) nos conduce a las declaraciones siguientes, que vamos a fundamentar en lo declarado en el fundamento jurídico anterior:

1) La resolución dictada por la Sala de este orden jurisdiccional de la Audiencia Nacional y que es objeto de impugnación contiene una interpretación contraria a la que se sigue del criterio expuesto, pues señala que es ajustado a Derecho que la Administración dicte una providencia de apremio sin contestar previamente a una petición de aplazamiento de la deuda efectuada por el contribuyente transcurrido el período de pago voluntario.

2) Las providencias de apremio de las que trae causa el presente recurso -al haber sido notificadas al sujeto pasivo sin haber atendido la petición de aplazamiento presentada con anterioridad- resultan, por tanto, contrarias a Derecho, como también lo son las resoluciones de los órganos de revisión económico-administrativos que las confirmaron”.

(STS 1309/2020, de 15 de octubre, Sala 3ª, Secc. 2ª. Ponente: Jesús Cudero Blas).

XX. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.

Responsabilidad del Estado legislador: vías para el agotamiento de todos los medios de impugnación: acción de nulidad contra acto firme: procedencia; plazo de ejercicio de la acción: *dies a quo*: a contar desde la sentencia que declarase inconstitucional la norma que justifica la revisión de oficio y la acción de responsabilidad.

“TERCERO.-

De acuerdo con lo expuesto y respondiendo a la cuestión planteada en el auto de admisión de este recurso, ha de entenderse que los mecanismos que permiten dar por cumplido el requisito estipulado en el artículo 32.4 de la Ley 40/15, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, a efectos de instar válidamente la acción de responsabilidad patrimonial prevista en dicho precepto comprenden todas aquellas formas de impugnación que, de una parte, pongan de manifiesto la disconformidad del interesado con el acto administrativo de aplicación cuestionando la constitucionalidad de la norma aplicada y, de otra, den lugar al control jurisdiccional plasmado en una sentencia firme en la que se valore la constitucionalidad de la norma que después es objeto de pronunciamiento por el Tribunal Constitucional. Y que entre estas formas de impugnación se encuentra la solicitud de revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho por responder a la aplicación de una norma que resulta inconstitucional y el correspondiente recurso jurisdiccional, interpuesto contra la resolución administrativa que desestimó un procedimiento de revisión por nulidad de pleno derecho, promovido contra la actuación que ocasionó el daño, que colma el requisito que fija el artículo 32.4 de la Ley 40/15. (...)

QUINTO.- (...) en cuanto atañe al cómputo de dicho plazo, no se cuestiona el *dies ad quem*, que viene referido a la fecha de publicación de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma según precisa el art. 34.1, fecha que opera como *dies a quo* en relación con el cómputo del plazo de prescripción de la acción de reclamación. Sin embargo, el precepto no es tan preciso en cuanto a la determinación del término inicial o *dies a quo*, refiriéndose genéricamente a "los daños producidos" como única indicación al efecto, lo que plantea la cuestión del momento en que se entiende producido el daño.

A tal efecto, ha de entenderse que cuando el precepto se refiere a "daños producidos" está aludiendo a aquellos incuestionables y definitivos que no están sujetos o pendientes de revisión. En la jurisprudencia se atiende a los distintos tipos de daños señalando las particularidades de cada caso, en relación con la consolidación y fijación de la realidad de los mismos. En este sentido y cuando el daño se imputa a un acto administrativo que se considera ilegal, la producción del daño viene referida al momento en que se consolida la situación perjudicial derivada del acto causante, que tiene lugar al agotarse las vías, para corregir o evitar la efectividad del perjuicio, utilizadas por el interesado, que en este caso se corresponde con la sentencia

del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2016 que desestima el recurso de casación formulado frente a la resolución administrativa que rechazaba la revisión de oficio del acto administrativo perjudicial”.

(STS 1186/2020, de 21 de septiembre, Sala 3ª, Secc. 5ª. Ponente: Octavio Juan Herrero Pina; en idénticos términos, STS 1384/2020, de 22 de octubre, Sala 3ª, Secc.5ª. Ponente: Inés Huerta Garicano).

XX. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.

Acción directa contra aseguradora ante el orden civil: a los solos efectos de exigir intereses: previo proceso contencioso-administrativo en el que se reconoció la responsabilidad sin codemandar a la aseguradora: improcedencia.

“TERCERO.- (...) si la parte perjudicada opta por no demandar a la aseguradora en vía contencioso administrativa, marginándola de la misma, cuando podía dirigir también la demanda contra ella conjuntamente con la Administración, no es factible que, discutida y fijada la responsabilidad patrimonial y la cuantía indemnizatoria en dicho orden jurisdiccional, se pretenda posteriormente promover un juicio civil, para obtener exclusivamente la diferencia de los intereses legales percibidos con los establecidos en el art. 20 de la LCS, cuando pudieron y debieron ser reclamados con intervención de la aseguradora en la vía contencioso administrativa (arts. art. 9.4 II de la LOPJ y 21 c) de la LJCA), o con la finalidad de buscar un más propicio tratamiento jurídico en la aplicación del art. 20 de la LCS”.

(STS 473/2020, de 17 de septiembre, Sala 1ª. Ponente: José Luis Seoane Spiegelberg)

XX. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Responsabilidad sanitaria: omisión de consentimiento informado: nuevo motivo en vía contenciosa no alegado en vía administrativa: adecuación a Derecho.

“DÉCIMO.- Por todo lo expuesto, se responde a la cuestión de interés casacional planteada, diciendo:

a.- Con carácter general y en abstracto, "en una revisión jurisdiccional sanitaria fundada exclusivamente en la vulneración de la *lex artis* resulta posible la alegación de la falta de consentimiento informado que no había

sido utilizado en la previa vía administrativa", la respuesta afirmativa es que, en principio, si resulta posible esta alegación".

(STS 1226/2020, de 30 de septiembre, Sala 3ª, Secc. 5ª. Ponente: Francisco Javier Borrego Borrego).

XXI. SALUD Y SERVICIOS SOCIALES

Recurso contra la inactividad: normalización de la situación de suministro de equipos de protección individual a sanitarios tras medida cautelar que exigía su provisión y rendición quincenal de informes de cumplimiento: estimación parcial del recurso.

“OCTAVO.- El juicio de la Sala. La desestimación de las demás pretensiones de la demanda.

La demanda pide que requiramos a la Administración General del Estado y, más concretamente, al Ministerio de Sanidad que cese en la inactividad lesiva de derechos fundamentales y que adopte las medidas necesarias para que se suministren a los profesionales sanitarios los medios de protección necesarios que ella misma relaciona.

Al respecto hay que decir que, tal como acreditan los informes quincenales presentados por el Ministerio de Sanidad en cumplimiento de la medida cautelar acordada por el auto de 20 de abril de 2020, constan un progresivo incremento en la adquisición de medios de esa naturaleza y la normalización de su distribución a los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas y a los de Ceuta y Melilla. También se debe señalar como hecho notorio que los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas han podido, al flexibilizarse la centralización de las adquisiciones, hacerse con más medios.

La progresiva normalización de la dotación y distribución de medios de protección --no cuestionada por la recurrente-- nos permiten descartar que exista en la actualidad la carencia que sí hubo en los primeros momentos de la pandemia. Son innecesarios, por tanto, los requerimientos pretendidos, ya que no hay inactividad que deba cesar ni falta de medios que deba corregirse ni, mucho menos, lesión actual de derechos fundamentales.

Todo ello sin contar con que, en todo caso, esas pretensiones, de tener fundamento actual, tendrían que dirigirse, principalmente, a los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas ya que el estado de alarma expiró el 21 de junio de 2020 y, en ese momento, desapareció la dirección que

sobre ellos asignó al Ministerio de Sanidad el Real Decreto 463/2020 y, en consecuencia, las Comunidades Autónomas recobraron desde entonces la plenitud de sus competencias. (...)

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido 1.º Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo n.º 91/2020, interpuesto por la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos contra la inactividad del Ministerio de Sanidad y declarar, en los términos del fundamento séptimo, que los profesionales sanitarios carecieron de los medios de protección necesarios lo cual supuso un serio riesgo para los derechos fundamentales que les reconoce el artículo 15 en relación con los artículos 43.1 y 40.2 de la Constitución.

2.º Desestimar el recurso en todo lo demás”.

(STS 1271/2020, de 8 de octubre, Sala 3ª, Secc. 4ª. Ponente: Pablo Lucas Murillo de la Cueva).

XXII. URBANISMO Y VIVIENDA

Modificación del PGOU de Madrid en el Área de Ordenación Especial “Parque Olímpico” y Área de Planeamiento Específico “Estadio de la Peineta” (actual “Wanda Metropolitano”): motivación adecuada, conforme a los mandatos y recomendaciones de la Unión Europea, el cambio climático, las evaluaciones ambientales, las políticas de género e igualdad y la sostenibilidad económica: ausencia de arbitrariedad y desviación de poder; segregación: ajustada a Derecho; monetización: ajustada a Derecho; clasificación del suelo: ajustada a Derecho; omisión de informe de impacto de género: innecesariedad; estimación del recurso y confirmación de la validez de la modificación del PGOU.

“DÉCIMOQUINTO.-

Como consecuencia de todo lo anterior ratificamos la doctrina establecida por la Sala en relación con la incidencia de la arbitrariedad y desviación de poder en el planeamiento urbanístico, la posibilidad de desafectación de suelos pertenecientes a un sistema general y la necesidad de su compensación, la distinción entre Suelo Urbano Consolidado y Suelo Urbano No consolidado, la diferenciación entre actuaciones de dotación y actuaciones de urbanización, el momento de la valoración de las contaminaciones acústicas, o la ausencia de los informes de impacto de género.

De conformidad con la doctrina establecida, casamos y anulamos la sentencia de instancia ---por no ajustarse a las doctrinas ratificadas y jurisprudencialmente fijadas por esta Sala--- y declaramos no haber lugar al recurso contencioso administrativo interpuesto por la Asociación Señales de Humo, contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, adoptado en su sesión de 30 de diciembre de 2016, por el que llevó a cabo la aprobación definitiva de la Modificación Puntual del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, relativa al Área de Ordenación Especial 00.08 "Parque Olímpico-Sector Oeste" y el Área de Planeamiento Específico 20.14 "Estadio de la Peineta", Distrito de San Blas-Canillejas".

(STS 1375/2020, de 21 de octubre, Sala 3ª, Secc. 5ª. Ponente: Rafael Fernández Valverde).

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA¹

IV. BIENES PÚBLICOS. AGUAS. REGISTRO DE AGUAS PRIVADAS.

Es necesario que el recurrente acredite la existencia de los aprovechamientos antes del primero de enero de 1986, su real explotación y las características de esos aprovechamientos a aquella data, porque lo que la Ley garantiza a los titulares de aguas privadas explotadas conforme a la legislación anterior es su derecho a conservar la explotación en la misma forma en que se venía haciendo a la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985. Prueba de estas circunstancias.

Constituye el objeto del presente recurso la Resolución de la Presidencia de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir de fecha 28 de octubre de 2017, dictada en el expediente nº NUM000 , que deniega la inclusión en el Catálogo de Aguas Privadas de un sondeo destinado para riego solicitada el 9 de marzo de 1992, en la FINCA000 , en el T.M. de Montoro (Córdoba).

A la vista del expediente consta la solicitud de fecha 9 de marzo de 1992 de inscripción en el catálogo de aguas privadas, en la FINCA000 (Montoro) de un sondeo de 150 metros de profundidad captación, 75 metros de profundidad agua, 180 mm sección diámetro, tipo sondeo, con una potencia de 14 cv, con destino a Riego- Goteo de 30 has de Olivar. Se acompañaba copia de escritura de compraventa de fecha 9/12/1992, y en uno de los anversos dibujado un plano donde se indica un pozo dentro de la parcela NUM004, que se corresponde con la adquirida.

Con fecha 27/10/2005 se le requirió para presentar documentación.

Con fecha 1/12/2005 presentó Acta de manifestaciones conteniendo la declaración de dos testigos quienes manifiestan "Que les consta que en la finca de regadío, propiedad de D. Arsenio, llamada FINCA000, PARAJE000, situada en la campiña y término de Montoro, existe un pozo desde antes del año mil novecientos ochenta y seis, y de las aguas de referido pozo se ha estado regando la finca desde tiempo inmemorial";

Cédula catastral, donde se recoge tener una superficie de 39,5310 has, con subparcela de Olivos regadío de 32,3629 has. El resto improductivo y pastos. Plano parcelario del polígono NUM002 del T.M. de Montoro, y Plano E:1/5.000 con situación del pozo y sup. de riego.

¹ Subsección preparada por JOSE LUIS RIVERO YSERN, Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.

Con fecha 3 de octubre de 2006 se efectuó Acta de Reconocimiento sobre el Terreno, donde se hace constar el aprovechamiento, ubicado en las coordenadas UTM X-382663 Y-4208483, siendo la superficie objeto de riego de 32,36 has. Con grupo elevador de 30 CV, profundidad máxima de instalación de la bomba 145 m.

Con fecha 24/10/2016 se emitió informe del Servicio de la CHG donde se recoge, en cuanto a la antigüedad anterior a 1986, se aporta un acta de manifestaciones que no puede ser considerado válido, por carecer de valor probatorio. A mayor abundamiento se constata la modificación de sus características en lo referente al grado de explotación del sondeo. En la resolución administrativa impugnada se expresa que no consta acreditado la existencia y uso del aprovechamiento con anterioridad al 1 de enero de 1986 por no considerar suficiente las documentales aportadas, además de discrepancias en lo referente a la superficie.

La Resolución deniega la solicitud de inscripción por no haberse acreditado la antigüedad a fecha anterior a 1986, además de comprobarse haberse efectuado modificación de características consistente en ser superior la superficie de riego (32,36 has), con respecto a la solicitud inicial (30 has).

El escrito de demanda impugna la valoración de la prueba realizada por la Administración, y manteniendo haber acreditado los requisitos exigidos para el reconocimiento instado.

En el art. 195 del Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, después de hacerse indicación que "los Organismos de cuenca llevarán asimismo, un catálogo de aguas privadas, que estará compuesto por un libro de inscripciones y los índices auxiliares, que se regirán por lo dispuesto para el Registro de Aguas, en lo que resulte de aplicación"; se determina expresamente que "a los efectos de su inscripción en dicho catálogo, los titulares legítimos de aprovechamientos de aguas calificadas como privadas por la legislación anterior a la vigente Ley de Aguas que optaran por mantenerlas en tal régimen, deberán declarar su existencia al Organismo de cuenca correspondiente, dentro del plazo de tres años a partir de la entrada en vigor de la Ley de Aguas", añadiéndose que esta "declaración se hará por escrito, acompañando el título que acredite su derecho al aprovechamiento, y haciendo constar sus características y destino de las aguas", y únicamente en este supuesto de acreditación a cargo del particular interesado por "el Organismo de cuenca (se) procederá a la inscripción provisional de los

derechos acreditados, que elevará a definitiva, previo el reconocimiento de las características del aprovechamiento".

Como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre del 2005, el ordenamiento jurídico de las aguas calificadas como privadas en la legislación anterior a la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985 no permite destinarlas al fin que a su usuario interesa sino que sólo pueden ser aprovechadas con las características y destino anteriores a la vigencia de dicha Ley, de suerte que para la inclusión de los aprovechamientos de aguas en el mencionado Catálogo de Aguas privadas, es imprescindible acreditar el aprovechamiento con sus características y el destino de las aguas a aquellas datas, y no ulteriores.

Por tanto, para que pueda prosperar la pretensión ejercitada se hace necesario que la ahora recurrente acredite la existencia de los aprovechamientos antes del primero de enero de 1986, su real explotación y las características de esos aprovechamientos a aquella data, porque lo que la Ley garantiza a los titulares de aguas privadas explotadas conforme a la legislación anterior es su derecho a conservar la explotación en la misma forma en que se venía haciendo a la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985.

En efecto, la STS de 23 de abril del 2003 (rec. 3258/1997) ilustra al respecto lo siguiente: "a) El Catálogo es un instrumento administrativo que ofrece a la Administración una información indispensable para el control de los recursos hidráulicos y la puesta en práctica de medidas de protección de los acuíferos, como son la declaración de sobreexplotación y salinización. No añade ninguna protección administrativa adicional a los derechos dominicales en él inscritos pero constituye un medio más de prueba de la existencia del aprovechamiento y sus características y se constituye en la vía necesaria para legalizar los aprovechamientos de aguas que continúen siendo privadas. b) Tanto la Disposición Transitoria Segunda de la Ley de Aguas, referida a manantiales, como la Tercera, sobre pozos y galerías, presuponen el aprovechamiento y utilización de los recursos cuya inscripción se pretende. No es posible la inscripción de un aprovechamiento inexistente. c) Del mismo modo, el artículo 195.2 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico exige no sólo el título jurídico acreditativo de la titularidad del derecho que se pretende inscribir, sino el contenido, dimensión y alcance de ese aprovechamiento. Consecuencia ineludible de lo razonado es que la función del catálogo no consiente la inscripción de derechos cuyo contenido y alcance se desconozca porque si tal cosa ocurriera la función informativa y de control que el Catálogo está llamado a cumplir caería por su base".

Del mismo modo, la STS de 1 de junio del 2004 (rec. 584/2002) indica que "el sentido propio de las palabras en que se expresan las Disposiciones transitorias en juego, exigen que el titular del derecho acredite éste, así como el régimen de utilización del recurso (Disposición transitoria segunda, referida a los aprovechamientos de aguas privadas procedentes de manantiales), siendo dicho régimen (misma Disposición) o, en similares términos, el régimen de explotación (Disposición transitoria tercera, referida a los aprovechamientos procedentes de pozos o galerías), el que la Administración ha de respetar (mismas Disposiciones); manteniendo los interesados su titularidad, si optan por la segunda de las alternativas previstas en las repetidas Disposiciones, en la misma forma que hasta ahora (número 2 de una y otra Disposición); y ello hasta el punto de que no es sólo el incremento de los caudales totales utilizados, sino también la modificación de las condiciones o régimen del aprovechamiento, la que requiere la oportuna concesión (número 3 de ambas Disposiciones)".

Recuerda a su vez la STS de 22 de junio de 2012 (rec. núm. 3352/2009) que "en el ámbito concreto de inscripciones de aprovechamientos de aguas subterráneas es constante la jurisprudencia de esta Sala que declara que corresponde la carga de la prueba a quien interesa la inscripción, en el Registro o Catálogo".

La Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988 de 29 de noviembre declaró que la Ley de Aguas no desconoce los derechos de naturaleza privada preexistentes a la misma y que el hecho que las disposiciones transitorias permitan a los interesados mantener la titularidad de sus derechos "en la misma forma que hasta ahora" significa que se respeten íntegramente con el mismo grado de utilidad o aprovechamiento material que hasta la fecha de entrada en vigor de la Ley se han venido disfrutando aquellos derechos o facultades anejas a la propiedad, es decir en la medida que formen parte del patrimonio de su titular. A su vez la STS de 13 de mayo de 2011, Rec. 3644/2007, viene a decir que: " Tenemos dicho con reiteración que debe extremarse el rigor en la acreditación del aprovechamiento cuando se carece de un título claramente justificativo de su uso, en función de la teleología jurídica de la Ley, al establecer la demanialidad del agua, y la necesidad de que sólo se reconozcan aquéllos aprovechamientos sobre los que exista una prueba sólida y ultimada, lo cual deberá ser objeto de estudio casuístico, no siempre de fácil valoración."

Procede analizar la documentación aportada por la actora, no sin antes recordar que en relación a qué pruebas pueden dar certidumbre sobre la

existencia del riego anterior a la entrada en vigor de la Ley de Aguas, podemos citar las siguientes (aportadas en otros procesos administrativos y judiciales sobre la misma cuestión): especialmente el Certificado de Minas, pero no es el único, pues tienen gran valor probatorio los certificados expedidos por la Cámara Agraria o por el Ayuntamiento respectivo, siempre que reúnan las características necesarias, es decir, que se fundamenten en algún archivo municipal de donde se haya extraído tal información.

En el presente supuesto se aportó la escritura de compraventa de 1992 donde se hace constar tratarse de Finca de regadío por el sistema de aspersión, y parte de pastos, que antes era olivar, tierra calma y casa de campo. La parcela que se vende ocupa una superficie de 30 has, 54 áreas y 54 centiáreas, de las cuales 5,34 has son de pastos, y el resto de regadío, según el título, pero medida recientemente resulta tener, 29 has, 99 áreas y 55,29 centiáreas, todas de tierra calma y regadío, y 6 hectáreas de monte bajo y pedriza que actualmente no se cultiva, en total 35 has, 99 áreas y 55,29 centiáreas. A esta finca le pertenece una cuarta parte del pozo abrevadero de la FINCA001 ; y cada una de las instalaciones y elementos que conforman el actual sistema de riego de aspersión, implantado y existente en la finca matriz, incluida la tubería de impulsión, hasta el punto donde ésta se bifurca; haciendo constar que el ramal derecho (en el sentido de impulsión del agua) pertenece en exclusiva a esta finca descrita, por cuyo subsuelo discurre el ramal izquierdo de la referida instalación, que corresponde a esta finca segregada. La vendedora se reserva la mitad de la cuarta parte del pozo abrevadero. En la cláusula IV se recoge que todos los gastos de contribución, canon de agua y luz y cualesquiera otros que hubiera pendientes a la fecha de firma de esta escritura serán de cuenta de la vendedora. Y Acta de manifestaciones de dos testigos.

En sede judicial se aporta Certificado resumen de julio de 1984 de la Empresa Regadíos y Transformación Agrarias S.A. RIVER. Se indica Instalación de riego por aspersión sistema fijo en FINCA000, Villa del Río, Córdoba. En cuanto a los datos de la instalación se indica: superficie de riego 67,5 has; Caudal utilizado 76,8 l/s; cultivo a regar, varios; aspersores en funcionamiento instantáneo, 122; caudal aspersión 2.268 l/hora; etc. En Leyenda, se hace constar caseta de bombeo, límite de riego, etc. Se indica por el recurrente que la superficie de 67,5 has reflejada es la superficie de la primitiva FINCA000. Que la parcela adquirida por el recurrente tiene una superficie de 39,53 has (parcela NUM001), y en la que implantó el cultivo de olivar de 30 has.

Opone el Abogado del Estado que en la escritura de compraventa se hace mención a la existencia de un pozo abrevadero, pero ninguna alusión a otra captación de aguas subterráneas. Se menciona la existencia de instalaciones y elementos que conforman el sistema de riego por aspersión, implantado y existente en la matriz, incluida la tubería de impulsión; así como la referencia a un canon de agua que, se aduce, propio de aprovechamientos de aguas superficiales puesto que, según descripción de la finca, la misma linda con el río Guadalquivir y se habla de la línea de conducción de agua de impulsión de riego, desde el río Guadalquivir hasta el referido estanque en ruinas, donde vertía la antigua captación de aguas.

Se aporta informe emitido por D. Lázaro , ingeniero agrónomo, donde se indica haber visitado la parcela, habiendo dispuesto de cierta documentación, entre otros, de ortografía digital histórica correspondiente a vuelo en los años 1984/1985 comprobándose que la finca disponía de una superficie dedicada al cultivo de herbáceos y que la plantación de olivar se realizó posteriormente a estas fechas. Que se puede afirmar que la captación es antigua tanto por su estructura constructiva, como por el estado de sus instalaciones, aunque no es posible determinar con exactitud su fecha de construcción. Tampoco se observa indicio de que las características de dicha captación hayan sido modificadas ni alteradas. Y en cuanto a la superficie según informe del SigPAC el terreno destinado a olivar cuenta con una superficie de 30,36 Ha; en su medición la superficie es de 30,18 has.

Pues bien, respecto a la escritura ya hemos indicado que se hace referencia a un pozo abrevadero, y a instalaciones y elementos de un sistema de riego por aspersión, sin que exista conexión entre aquel pozo y la instalación llevada a cabo. El certificado de la Empresa Regadíos y Transformación Agrarias S.A. RIVER recoge datos relativos a una instalación de riego en la FINCA000, que sitúa en Villa del Río (no en Montoro), pero sin que de ello pueda concluirse que el riego procediera de aguas procedentes de un pozo. Como viene a considerar el Abogado del Estado, la escritura de compraventa se refiere a un pozo de abrevadero, pero no se contempla la existencia de ningún pozo destinado a riego. Consta así que en el croquis/plano que se recoge al f.14 del expediente administrativo (reverso de la hoja 2U8408481de la escritura) solo aparece un pozo, el pozo abrevadero, único que se menciona en la escritura. En otro caso estaríamos ante una modificación en cuanto al uso.

Y en cuanto al Acta de manifestaciones, por esta misma Sala y sección, en sentencia de 28 de enero de 2013, rec 244/2011, respecto de su valoración

probatoria, ha declarado que "son del todo insuficientes para poder concluir en el sentido querido por el recurrente. Ya la admisión de las características de los aprovechamientos, especialmente de la antigüedad, por medio de testigos obliga a este Tribunal a ser muy cautelosos. Más si cabe, cuando ni siquiera se han traído a los autos proponiendo su testifical. Y es que una circunstancia de la trascendencia de la antigüedad del pozo, difícilmente puede ser satisfecha por meras declaraciones de testigo, requiriendo de una actividad probatoria de mayor contundencia por la parte recurrente". Más recientemente en sentencia de 26 de septiembre de 2019 dictada en el recurso 680/2017.

Finalmente el informe aportado indica que de la ortografía digital histórica correspondiente a vuelo en los años 1984/1985 se comprueba que la finca disponía de una superficie dedicada al cultivo de herbáceos, pero no indica que parte de la finca, tampoco que se correspondiera con la parcela adquirida posteriormente por el recurrente en la que se implantó olivar.

La disposición transitoria tercera bis del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas, introducida por el apartado quince del artículo primero de la Ley 11/2012, de 19 de diciembre, de medidas urgentes en materia de medio ambiente, dispone que "a los efectos de aplicación del apartado tercero de las disposiciones transitoria segunda y tercera, se considerará modificación de las condiciones o del régimen de aprovechamiento, entre otras, las actuaciones que supongan la variación de la profundidad, diámetro o localización del pozo, así como cualquier cambio en el uso, ubicación o variación de superficie sobre la que se aplica el recurso en el caso de aprovechamientos de regadío". A su vez, lo que establecen los apartados terceros de las disposiciones transitorias segunda y tercera es que "el incremento de los caudales totales utilizados, así como la modificación de las condiciones o régimen del aprovechamiento, requerirán la oportuna concesión que ampare la totalidad de la explotación según lo establecido en la presente Ley".

Es por lo expuesto que no procede la estimación del recurso.

De conformidad con el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, procede la condena de la parte actora al pago de las costas causadas, si bien limitadas a 600 euros por todos los conceptos.

(St. de 30 de septiembre de 2020. Sala de Sevilla Ponente María José Pereira Maestre)

XIV HACIENDA PÚBLICA. IMPUESTO DE INCREMENTO DEL VALOR DE LOS TERRENOS.

Un método de cálculo que por aplicación de coeficientes anuales, reduce la base imponible y la cuota, podrá estar amparado por los informes aportados y sectores doctrinales, incluso por sentencias de órganos judiciales, pero lo que es evidente es que es el sistema aplicado por el ayuntamiento demandado el que goza de respaldo legal.

El objeto de la sentencia de instancia viene determinado por la resolución de 7 de noviembre de 2017 del Ayuntamiento de Dos Hermanas mediante el que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra liquidación en concepto del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (expediente 2015/0025987-R).

Esta liquidación se gira por importe de 122.592,70 euros por la venta de inmueble sito en Avenida Río Viejo 54 de Dos Hermanas. La resolución del recurso de reposición con cita de la doctrina del Tribunal Constitucional (sentencia 59/2017 de 11 mayo), señala que al ser el valor de compra por el recurrente de 312.531,82 euros el 3 de marzo de 2000 y el valor por el que se vende de 1.452.000 euros el 30 de marzo de 2015, sí existe incremento del valor del inmueble y con ello el hecho imponible del impuesto.

La sentencia transcribe en sus fundamentos segundo, tercero, cuarto y quinto los pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia, el Tribunal Constitucional en sentencia 59/2017 de 11 de mayo y el Tribunal Supremo en sentencia de 9 de julio de 2018.

En aplicación de la misma, y partiendo de la constitucionalidad de los artículos del 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 (artículos 107.1 y 107. 2 a), considera que sí existe incremento del valor puesto de manifiesto en los precios reflejados en las escrituras, así como que la liquidación se ha realizado son sujeción a los términos previstos en la citada ley.

El recurso de apelación combate la sentencia sobre la base de dos premisas: el valor catastral tomada como referencia por el Ayuntamiento es claramente erróneo por ser muy superior al que corresponde, así como que la venta que se realiza lo es no sólo del suelo sino también de la nave industrial construida; por otra parte, expone que el propio método para calcular la base imponible tampoco es ajustado a derecho, por considerar que el valor catastral debe ser actualizado mediante unos coeficientes anuales.

Expuesto lo anterior, debemos resolver las pretensiones del recurrente contenidas en su apelación. Y las mismas, a pesar del esfuerzo dialéctico que se realiza, lo que pretenden no es otra cosa que sustituir un procedimiento previsto en la ley, con unos parámetros o valores también recogidos en la ley, por otros valores y métodos de cálculo que se consideran más adecuadas, amén de ser más beneficiosos. Pero sin que esta pretensión suya tenga el soporte legal que sí tiene el método adoptado por el ayuntamiento demandado, ni acredita mucho menos que este último sistema sea contrario a derecho o produzca una situación contraria a la Constitución por vulnerar su capacidad económica.

Así debemos partir que a la vista de los términos de compra y de venta sí se ha producido una plusvalía, sin que la aplicación del gravamen suponga confiscación por gravar un supuesto en el que no se aprecie capacidad económica.

Sentada la existencia de la plusvalía, que no se desvirtúa ni se niega, el Ayuntamiento acude como le marca la ley a los valores catastrales previstos para el suelo vendido, sin que tampoco en este caso el recurrente haya desvirtuado que esos valores catastrales no sean los correctos. Y con esos valores, procede a calcular la base imponible y luego la cuota tributaria siguiendo el procedimiento también previsto en la norma legal. Y sin que a la vista de la cuota resultante se pueda concluir en una afección inconstitucional a su capacidad económica.

El deseo del recurrente de aplicar unos valores catastrales inferiores, y un método de cálculo que por aplicación de coeficientes anuales, reduce la base imponible y la cuota, podrá estar amparado por los informes aportados y sectores doctrinales, incluso por sentencias de órganos judiciales, pero lo que es evidente es que es el sistema aplicado por el ayuntamiento demandado el que goza de respaldo legal. Partiendo por supuesto, de la existencia de incremento o plusvalía, y sin que en ningún caso la cuota resultante sea superior al incremento de valor o plusvalía que se grava.

Conforme al artículo 139.2 de la ley jurisdiccional, procede la condena en costas a la parte apelante, limitando su importe a 1.000 euros.

(St de 8 de octubre de 2020. Sala de Sevilla Ponente Juan Jiménez Jiménez)

XV.- JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Archivo del recurso contencioso administrativo por no haberse subsanado el defecto consistente en la falta de acreditación de haberse otorgado la representación del recurrente al letrado. Un Letrado no puede arrogarse la legitimación o representación de un tercero sin que éste manifieste su aquiescencia, debido al carácter personal del derecho de acceso a la jurisdicción, reconocido por el artículo 24 de la Constitución. La decisión de inadmisión de un recurso contencioso administrativo es procedente cuando se constata la falta del cumplimiento del requisito de postulación del recurrente, exigido para la válida constitución del proceso.

Se impugna en este recurso de apelación el auto que acuerda el archivo del recurso contencioso- administrativo por no haberse subsanado el defecto consistente en la falta de acreditación de haberse otorgado la representación del recurrente al letrado.

La parte apelante denuncia vulneración de la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita y del derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24 de la Constitución Española. El Juzgado requirió a la parte recurrente para que subsanara el defecto consistente en falta de apoderamiento, con apercibimiento expreso de archivo en caso de no verificarse lo ordenado. El Juzgado ha entendido que no se ha atendido el requerimiento y, por esta razón, decreta el archivo.

Es criterio reiterado desde la sentencia del Pleno de la Sala de 5 de octubre de 2007, dictada en el Recurso de Apelación 409/07 de la Sección Tercera, que no puede pretenderse que el apoderamiento realizado en vía administrativa atribuya sin más al apoderado la facultad de intervenir en el proceso, porque el mandato carece de los requisitos de forma necesarios para actuar en el pleito, al no haber sido otorgado ante Notario o "apud acta", siendo necesario que conste la real voluntad del extranjero para recurrir otorgando la representación.

Dicho criterio ha sido confirmado por el Tribunal Supremo en sentencia de 11 de marzo de 2008, señalando que no puede pretenderse que el apoderamiento realizado en vía administrativa atribuya sin más al apoderado la facultad de intervenir en el proceso, porque el mandato carece de los requisitos de forma necesarios para actuar en el pleito, al no haber sido otorgado ante Notario o "apud acta".

Igualmente el Alto Tribunal en sentencia de 30 de julio de 2011, desestima un recurso de casación en interés de ley, formulado por el Colegio de Abogados de Madrid, señalando "En efecto, no cabe tachar de errónea

la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el sentido de haber interpretado de forma irrazonable o arbitraria las normas procesales que regulan la admisión de los recursos contencioso-administrativos, puesto que advertimos que la decisión judicial se fundamenta en la doctrina de esta Sala, que, de forma reiterada, sostiene, con base en la interpretación de los artículos 19.1 a) y 23 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que un Letrado no puede arrogarse la legitimación o representación de un tercero sin que éste manifieste su aquiescencia, debido al carácter personal del derecho de acceso a la jurisdicción, reconocido por el artículo 24 de la Constitución, correspondiendo al titular de la acción instar el procedimiento para el reconocimiento del beneficio de asistencia jurídica gratuita, de modo que la decisión de inadmisión de un recurso contencioso-administrativo es procedente cuando se constata la falta del cumplimiento del requisito de postulación del recurrente, exigido para la válida constitución del proceso".

Más recientemente la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2020 ha señalado "Ninguna de estas situaciones corresponden al supuesto de autos, en el que se ha producido la personación en las actuaciones del letrado designado de oficio a instancia del recurrente y lo que se plantea es una deficiencia en la personación del mismo en cuanto no acredita la representación que dice ostentar, de manera que quien debe subsanar ese defecto de personación es quien ha incurrido en el mismo alegando una representación que no justifica, como expresamente señala el art. 45.2.a) de la LJCA al disponer que al escrito de interposición del recurso se acompañará "el documento que acredite la representación del compareciente", por lo que el requerimiento de subsanación debe dirigirse al mismo y no a quien no se ha personado en las actuaciones, como efectivamente llevó a cabo el Juzgado de lo Contencioso Administrativo al amparo y con invocación del referido precepto procesal. Ello tiene una justificación añadida en supuestos como el presente en el que el letrado designado de oficio puede actuar, también, como representante del interesado, si bien, como se recoge ampliamente en la sentencia recurrida, por referencia a la doctrina del Tribunal Constitucional y la sentencia de este Tribunal Supremo de 30 de junio de 2011, dictada en interés de ley, que no es necesario reproducir, ha de justificar que ostenta tal representación mediante poder notarial o comparecencia apud acta, sin que sea suficiente la designación como tal letrado de oficio, de manera que si el letrado pretende hacer uso de tal posibilidad de personarse, además, como representante del interesado, debe acreditar en la forma

legalmente exigida la realidad de la representación que dice ostentar, de la misma manera que ante la personación de procurador sin el poder acreditativo de su representación, el requerimiento de subsanación se dirige al mismo y no a quien pretende representar, pues la subsanación se refiere a la formalización de la representación y no a la comunicación del órgano judicial con el representado a efectos de su comparecencia en el proceso, que en su condición de demandante o parte actora no viene impuesta por las actuaciones judiciales y responde a su propia decisión sobre el ejercicio de su derecho. En consecuencia y respondiendo a la cuestión planteada en el auto de admisión de este recurso, ha de concluirse que apreciado defecto en la representación procesal alegada por el letrado designado de oficio, al no constar acreditada la misma en legal forma -poder notarial o comparecencia apud acta- el requerimiento de subsanación habrá de cursarse a dicho letrado compareciente".

Lo expuesto lleva a desestimar el recurso de apelación.

No procede hacer imposición de costas al no constar la voluntad del recurrente en la interposición del presente recurso.

(St de 21 de octubre de 2020. Sala de Sevilla. Ponente: María José Pereira Maestre)

XVIII. PERSONAL. JUBILACIÓN POR INCAPACIDAD. CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO. CONCURRENCIA DE SITUACIONES.

La Resolución objeto del recurso contencioso administrativo viene referida a la dictada con fecha 21 de marzo de 2017 por la Dirección General del Profesorado y Gestión de Recursos Humanos de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, que resuelve desestimar el recurso de reposición contra la dictada en fecha 24 de noviembre de 2016 por la que se acuerda denegar la Jubilación por Incapacidad Permanente para el servicio.

En el suplico de su demanda se solicitó se declarase nula o anulable las citadas resoluciones y se le reconociera en situación de jubilación por incapacidad permanente revisable.

La sentencia de instancia viene a desestimar la pretensión actora.

Sostiene el escrito interponiendo el recurso de apelación que conforme a las pruebas practicadas obrantes en el expediente administrativo y documental

aportada con el escrito de demanda debió ser estimada su pretensión. Y aduce que de acuerdo con el Fundamento de Derecho Tercero en el que se valora la prueba obrante en autos consistente en Certificado Médico Oficial del Colegio de Médicos de Huelva de fecha 3/1/2017, se detalla que la recurrente padece como secuela de la intervención de columna una limitación importante de sus quehaceres diarios, con limitación para la deambulación, permanecer de pie mucho tiempo o conducir. Que la Juez a quo ha interpretado se refiere a la etapa de recuperación de la intervención quirúrgica y no a una situación definitiva; cuando lo cierto es que se trata de un período temporal que va mucho más allá y que denota que el proceso ha derivado en una serie de secuelas irreversibles o de remota o incierta reversibilidad. Que de la prueba obrante en autos se puede deducir que la recurrente está en una situación de invalidez permanente, con reducciones anatómicas o funcionales graves susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas que disminuyen o anulan su capacidad laboral.

Por la Letrada de la Junta de Andalucía se opone al recurso.

Como bien es sabido la jurisprudencia ha venido reiterando que la incapacidad física es una cuestión que entra en el campo de la ciencia médica y, por tanto, eminentemente técnica, y los informes médicos expedidos a instancia de los interesados, si bien pueden servir como orientación, no pueden constituir la base de tal declaración, precisándose la intervención de un órgano colegiado, el tribunal médico, especialmente creado con tal finalidad, aunque no es menos cierto que la presunción de objetividad de los órganos técnicos de la Administración no puede constituir razón para prescindir de la motivación de sus dictámenes, y en todo caso cabe desvirtuarla mediante la oportuna prueba pericial médica practicada en el seno del procedimiento con las necesarias garantías. La conclusión es pues, que sí cabe impugnar en determinados supuestos el resultado obtenido en aplicación administrativa de la discrecionalidad técnica, si bien corresponde al actor probar lo que alega.

Dicho lo anterior, no podemos olvidar el alcance y la naturaleza del recurso de apelación, ya que de ellos depende el posible estudio de las alegaciones que se proponen en esta segunda instancia. A tal efecto, la sentencia del TS 17 de enero del 2000 recuerda que: " aun cuando el recurso de apelación transmite al tribunal ad quem la plenitud de competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas en primera instancia, el examen que corresponde a la fase de apelación es un examen crítico de la sentencia o auto, para llegar a la conclusión de si se aprecia o no en ellos la errónea aplicación de una

norma, la incongruencia, la indebida o defectuosa apreciación de la prueba o cualesquiera otras razones que se invoquen para obtener la revocación de la sentencia o auto apelada.

La sentencia de instancia indica lo siguiente:

"SEGUNDO.- Son hechos relevantes para la resolución del presente recurso:

1.- Que en fecha 23-10-2014, a las 11:30 horas, la recurrente sufrió accidente en acto de servicio cuando desarrollaba su labor docente en su centro de trabajo, que le produjo una lesión con código 724.3 de la Tabla 7 Anexo II de la Orden TAS/2926/2002, de 19 de noviembre.

2.- Que en fecha 12-2-2015 el Servicio Provincial de Huelva de MUFACE acordó reconocer a la recurrente los derechos derivados del accidente en acto de servicio a los efectos de obtener las prestaciones a que hubiese lugar .

3.- que iniciado de oficio expediente de jubilación por incapacidad permanente se dicta resolución denegatoria basada la denegación en el Dictamen Médico del Equipo de Valoración de Incapacidades de fecha 16-11-2016 que concluye que la recurrente: "no está afectada por una lesión o proceso patológico, estabilizado e irreversible o de incierta reversibilidad, que le imposibilita totalmente para el desempeño de las funciones propias de su Cuerpo, Escala, Plaza o Carrera "; "no la lesión o proceso patológico citados le inhabilitan por completo para toda profesión u oficio" ; "no necesita la asistencia de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida".

4.- el informe de síntesis remitido por la Seguridad social al juzgado como diligencia final se hace constar documentos remitidos por la Seguridad Social que la patología se encuentra en evolución, debiendo continuar el tratamiento médico y rehabilitador (intervenida con buen postoperatorio), y que, por ello, las limitaciones orgánicas y funcionales hasta ese momento, no se pueden valorar.

TERCERO.- Frente a dicha resolución alega la recurrente la concurrencia causa de nulidad de la misma por falta de motivación en cuanto se funda en un Dictamen que no contiene más allá de expresiones genéricas, sin alusión alguna al proceso patológico concreto de la recurrente, su desarrollo o evolución y las pruebas o exámenes clínicos realizados para alcanzar las conclusiones que allí se recogen. Además, la propia resolución hace alusión a la existencia de otro Dictamen médico de fecha 6-4-2016 que no ha sido puesto a disposición de la recurrente creando así una manifiesta indefensión,

si bien el mismo se ha puesto finalmente a disposición de la parte al haberse acordado su reclamación como diligencia final.

Sin embargo a la vista de la resolución impugnada que remite a los informes médicos puestos a disposición de la recurrente, es claro que la causa de la denegación de la jubilación por incapacidad no es otra que la falta de estabilización del proceso patológico de la recurrente.

Opone la actora que en fecha 22-12-2016, el Doctor Juan Enrique, emitió informe en el que hace constar lo siguiente: "Tal y como expresamos en la última revisión de hace unos meses la paciente ha sido dada de alta sin tener en cuenta que en su recuperación de la cirugía de columna se ha quedado embarazada". "Por ello y dada la situación actual aconsejamos reposo en la esfera deportiva y laboral. En la situación actual no puede trabajar en su profesión, una vez finalizado el embarazo valoraremos estado de la paciente".

Asimismo, en fecha 3-1-2017, el Doctor Miguel Ángel , emitió certificado médico oficial del Colegio Oficial de Médicos de Huelva en el que manifiesta lo siguiente: "Que Doña Elisa , con DNI NUM000 , nacida el NUM001 de mil novecientos setenta y ocho ha sido intervenida de columna lumbar quedando como secuela una limitación importante de sus quehaceres diarios, con limitación para la deambulaci3n, permanecer de pie mucho tiempo o conducir, todo ello a consecuencia de un accidente considerado como laboral. Adem3s, ahora se encuentra en estado de gestaci3n, por lo que las limitaciones se agravan por cambios en la est3tica musculoesquel3tica".

Dichos informes permiten sostener la situaci3n de baja laboral en las fechas de su emisi3n, el primero refiere a la "situaci3n actual "consiste en la fase de recuperaci3n de la intervenci3n quir3rgica junto con el embarazo de la recurrente, sin constatar una situaci3n definitiva. El segundo de los informes alude a la secuela que limita la deambulaci3n y asimismo a la puntual agravaci3n consecuente a la estado de gestaci3n que presentaba a su fecha".

El escrito interponiendo el recurso de apelaci3n muestra su disconformidad con la valoraci3n que de la prueba obrante (expediente administrativo e informe m3dico aportado con el escrito de demanda) se ha llevado a cabo en la sentencia de instancia, en concreto con el informe aportado de fecha 3 de enero de 2017.

No podemos mostrar conformidad con lo alegado. La sentencia valora los dos informes aportados por la recurrente, es respecto al primero, de fecha 22/12/2016 cuando se indica en la sentencia que se refiere a la situaci3n actual (a dicha fecha); y en cuanto al segundo, de fecha 3/1/2017 se indica

como " alude a la secuela que limita la deambulaci3n y asimismo a la puntual agravaci3n consecuente al estado de gesti3n que presentaba a su fecha", lo que resulta correcto a la vista de ambos informes. En ninguno de ellos se hace indicaci3n a una situaci3n de invalidez permanente, ni de secuelas graves susceptibles de determinaci3n objetiva y previsiblemente definitivas que disminuyen o anulan su capacidad laboral. Si consta la indicaci3n de reposo en la esfera deportiva y laboral y una vez finalizado el embarazo valorar el estado de la paciente. Lo que viene a coincidir con el Informe de S3ntesis y con el Dictamen del Equipo de Valoraci3n de Incapacidades, al referir que la patolog3a se encuentra en evoluci3n, debiendo continuar el tratamiento m3dico y rehabilitador (intervenida con buen postoperatorio), y que, por ello, las limitaciones org3nicas y funcionales hasta ese momento, no se pueden valorar, no estando afectada por una lesi3n o proceso patol3gico, estabilizado e irreversible o de incierta reversibilidad.

Hemos de concluir que los informes m3dicos aportados por la parte apelante no desvirtu3n la consideraci3n m3dica recogida en el Informe del equipo de valoraci3n. En ninguno de ellos se contiene que la apelante estuviera imposibilitada totalmente para el desempe3o de las funciones propias de su Cuerpo, Escala, Plaza o Carrera, y ello sin perjuicio de poder solicitar de nuevo el reconocimiento instado a la vista de la evoluci3n de las patolog3as que presente.

Por lo que no se aprecia que la valoraci3n de la prueba contenida en la sentencia apelada haya sido indebida o defectuosa, lo que nos lleva a la desestimaci3n del recurso de apelaci3n.

De conformidad con lo dispuesto en el art3culo 139 de la Ley reguladora de la Jurisdicci3n Contencioso-Administrativa se imponen las costas procesales a la parte apelante, si bien se fija en 300 euros por todos los conceptos.

(St de 7 de octubre de 2020. Sala de Sevilla. Ponente Mar3a Jos3 Pereira Maestre)

XVIII. PERSONAL.

Deberes de sigilo, confidencialidad y acceso de datos por parte de los funcionarios a los datos de los expedientes que quedan a su cargo. Relaci3n de especial sujeci3n y procedimiento disciplinario.

Es objeto del presente recurso contencioso administrativo la resoluci3n del Subsecretario de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social (Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social), de fecha 11 de octubre de 2018, por el que se deses-

timó el recurso de reposición interpuesto por D. Ovidio , contra resolución de fecha 14 de marzo de 2018 por la que la misma Subsecretaría dispuso:

"DECLARA a D. Ovidio , responsable en concepto de autor de una falta grave tipificada en el artículo 77.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social , como "El acceso a los datos, informes o antecedentes de todo tipo obtenidos por la Administración de la Seguridad Social sobre personas físicas o jurídicas, cualquiera que sea su soporte, por el personal al servicio de aquella y para fines distintos de las funciones que le son propias" y en consecuencia se le imponga la sanción de DOS MESES de suspensión de funciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 96.1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público ."

El actor, funcionario perteneciente al Cuerpo Administrativo de la Administración de la Seguridad Social, adscrito a la Dirección General de la Administración de la Seguridad Social de Granada, impugna la sanción impuesta porque se le imputó indebidamente como infracción los hechos tipificados en el art. 77.2 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante TRLGSS), que dispone:

“El acceso a los datos, informes o antecedentes de todo tipo obtenidos por la Administración de la Seguridad Social sobre personas físicas o jurídicas, cualquiera que sea su soporte, por el personal al servicio de aquella y para fines distintos de las funciones que le son propias, se considerará siempre falta disciplinaria grave."

Sostiene que el acceso que hizo a datos, informes o antecedentes fue el permitido por la norma, pues fue solamente para la atención de los ciudadanos. Lo anterior, según el actor, se acredita con la prueba testifical, realizada en sede judicial, de sus dos compañeros en la misma unidad en la que trabaja en la Administración (D^a María Rosario y D. Rodrigo), que manifestaron que no existe soporte documental que se guarde para justificar cada una de las transacciones que se realizan, más allá de identificar al interesado que hace la solicitud con su DNI/NIF o apoderamiento. Por lo que los actos imputados como infracción no fueron injustificados, pues se observó el pertinente protocolo de identificación del interesado.

Asimismo manifiesta que, aunque se va poco a poco implantando el expediente digital, se pueden entregar y se entregan informes de deuda a los interesados, plazos de la misma si está fraccionada, etc., de expedientes en vía de apremio (unidad en la que está destinado), imprimiendo los mismos,

pero sin entregar certificados de deuda. Dándose, a veces, el caso de realizar el acceso/consulta a una empresa que luego resulta no tener deuda, pues este dato se desconoce previamente, así como información de una mercantil que no esté en el ámbito territorial de la unidad de ejecución a la que pertenece.

Por ello motiva su impugnación en la vulneración de los artículos 9.3, 24 y 103 CE, puestos en relación con el artículo 25 de la Constitución, por lo que su conducta no es merecedora de la sanción de quince días inicialmente impuesta (se trata de un error del actor, pues esta solo fue propuesta por la Instructora en la propuesta de resolución), ni mucho menos la de dos meses finalmente impuesta.

Pero no puede acogerse el motivo de impugnación del actor por vulneración de los preceptos constitucionales que señala, y que se trataría del principio de tipicidad, recogido legalmente en el art. 27.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), precepto que desarrolla el art. 25 CE, y que dispone: " Únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la Ley."

Ello porque en la instrucción del procedimiento disciplinario seguido contra el actor quedó acreditado que accedió, durante el período de 1 de agosto de 2015 a 31 de julio de 2016, con el Código NUM000 , que tenía como usuario, a los datos de José Augusto , José Daniel , y de las empresas "Urbanizadora y Arrendamiento JP", "Vanti Corporativa RD, S.L.", y "Rubén Fernández Fernández", accesos que constan en el informe emitido por la Dirección de Seguridad, Innovación y Proyectos de la Gerencia de Informática de la Seguridad Social, que fue incorporado al expediente disciplinario.

Para estos accesos el actor hizo uso de las transacciones NUM001 , NUM002 , NUM003 y NUM004 , sin contar con la justificación documental que avalara dichos accesos, y además consta que los identificadores de dichos documentos no están incluidos dentro del ámbito territorial de actuación de la URE 18/01 en la que el actor en ese momento prestaba servicios, y en el caso de la empresa "Urbanizadora y Arrendamientos JP", se trataba de una empresa sin deuda que no tenía que ser objeto de acceso por parte de la recaudación ejecutiva.

El actor pretende que como no se había establecido una circular para guardar los justificantes de la entrada de datos de la Seguridad Social, no existe justificación de uso ilícito de la entrada que hizo y que en la resolución sancionadora se relacionan, pues la justificación existe aunque no se guarde. Pero este alegato de defensa no es compartido por esta Sala, pues

el actor destinado en la Unidad de Recaudación Ejecutiva de la Seguridad Social 18/01 de Granada, solo debía entrar a conocer datos relacionados con su función y acorde con los procedimientos y gestiones de su Unidad Administrativa, de manera que la entrada en los mismos quedaría integrada en expedientes o procedimientos seguidos en su unidad. Por tanto, la entrada de datos que hizo el actor sobre personas que en unos casos no correspondían los identificadores de esos documentos dentro del ámbito territorial de actuación de la URE 18/01 en la que el actor prestaba servicios en ese momento, y en otros casos (empresa Urbanizadora y Arrendamiento JP) entrada de datos de empresa sin deuda y por tanto sin justificación para ello, deben de calificarse de entrada de datos de manera irregular, pues no obedecían a procedimientos que gestionaba en desarrollo de su función.

No puede estimarse, en consecuencia, el argumento de que como no se guardan los justificantes no puede considerarse ilícita la entrada, con independencia de la entrada que sea, pues ello conduce a una libertad absoluta de entrada de cualquier funcionario de datos protegidos por la legislación que desarrolla el art. 18.4 CE que dispone: " La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos". Precepto constitucional desarrollado por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Por otra parte la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social 17 de enero de 1996, sobre control de accesos al Sistema Informático de la Seguridad Social, en su artículo 2.a) dispone como principio configurador de la seguridad en el sistema de información de la Seguridad Social el siguiente: " a) Confidencialidad, de manera que se asegure que la información está disponible solamente para aquellos usuarios que estén debidamente autorizados para acceder a la misma y que se utiliza exclusivamente por aquéllos para sus cometidos concretos de gestión, en la forma, tiempo y condiciones determinados en la autorización respectiva."

En el artículo 6 de la antes citada Orden Ministerial regulando la utilización de la información dispone en el apartado uno: " Cada usuario, debidamente autorizado, adquiere el compromiso de utilización de las transacciones informáticas con los fines exclusivos de gestión para los que ha sido autorizado."

Sí existía normativa, pues, que obligaba al actor a disponer y entrar a conocer datos siempre que hubiera relación con las funciones encomendadas y con los expedientes que gestionaba, y no con un carácter abierto, que en

este caso dió lugar a que documentos de esta naturaleza se encontraran, tras registros policiales (Unidad Contra las Redes de Inmigración y Falsedades Documentales, UCRIF), en personas investigadas en tramas dedicadas a proporcionar a personas extranjeras que se encuentran en España de forma irregular, y que utilizaban dichos documentos para solicitar autorización de residencia y trabajo.

Según el art. 77 TRLGSS los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración de la Seguridad Social en el ejercicio de sus funciones tienen carácter reservado y sólo puede utilizarse para los fines encomendados a las distintas entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros, salvo que la cesión o comunicación tenga por objeto: persecución de delitos públicos; la colaboración con otras Administraciones públicas; o la protección de menores o personas con capacidad modificada por los órganos jurisdiccionales o el Ministerio Público; así como para fines de estadística pública.

El acceso a los datos, informes o antecedentes de todo tipo obtenidos por la Administración de la Seguridad Social sobre personas físicas o jurídicas, cualquiera que sea su soporte, por el personal al servicio de aquélla y para fines distintos de las funciones que le son propias, se considera siempre falta disciplinaria grave.

Así como la infracción del deber de sigilo de las autoridades y personal al servicio de la Administración de la Seguridad Social se considera siempre falta disciplinaria muy grave. Por tanto, se da el supuesto de hecho de la infracción, tipificada en el art. 77, y la culpabilidad como autor es imputable al actor, dado que las pruebas practicadas en el procedimiento determinan que fue el mismo actor el que usando su clave de acceso realizó las emisiones de informes relacionadas en la resolución disciplinaria.

El actor manifiesta que su actuación no ocasionó perjuicio a los titulares de los accesos, por lo que solo se trató de un presunto acceso no justificado documentalmente. Pero debe tenerse en cuenta que si bien en los procedimientos disciplinarios se aplican los mismos principios que los que rigen para la potestad sancionadora de la Administración, la jurisprudencia ha establecido que en el derecho sancionador disciplinario al tratarse de relaciones de sujeción especial predomina la valoración de la conducta subjetiva del funcionario sobre los resultados de peligro o lesión de un bien jurídico determinado que con su actuación haya podido causar. Así la sentencia del T. Supremo de 27 de enero de 1981 (RJ 293) declara que:

(...) la actividad sancionadora de la Administración debe interpretarse con criterios diferentes cuando se refiere a funcionarios, contratistas y concesionarios,-que son situaciones voluntariamente aceptadas- que cuando se refiere a administrados no cualificados, en ejercicio de poderes de policía general o especial que lo estén atribuidos."

Todo lo anterior conduce a la desestimación del único motivo de impugnación articulado en la demanda y en su escrito de conclusiones por el actor, consistente en la indebida aplicación del art. 77.2 TRLGSS, al entender que no hubo un acceso a datos, informes o antecedentes distinto del permitido en la norma y para sus fines propios. Pues ya hemos visto que no hay vulneración del principio de tipicidad en la aplicación de la ley, pues la subsunción de los hechos cometidos por el actor en el tipo infractor previsto en el art. 77.2 TRLGSS se dio y se probó en el procedimiento disciplinario seguido. Datos a los que accedió el actor sin que se correspondieran con gestión alguna que tuviera encomendada, y que tienen la protección del art. 77.1 del citado texto refundido que dispone:

Los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración de la Seguridad Social en el ejercicio de sus funciones tienen carácter reservado y solo podrán utilizarse para los fines encomendados a las distintas entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros, salvo que la cesión o comunicación tenga por objeto:

La investigación o persecución de delitos públicos por los órganos jurisdiccionales, el Ministerio Público o la Administración de la Seguridad Social.

La colaboración con las Administraciones tributarias a efectos del cumplimiento de obligaciones fiscales en el ámbito de sus competencias.

La colaboración con el sistema de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y la Intervención General de la Seguridad Social, en el ejercicio de sus funciones de inspección y control interno o con las demás entidades gestoras de la Seguridad Social distintas del cedente y demás órganos de la Administración de la Seguridad Social y para los fines de estadística pública en los términos de la ley reguladora de dicha función pública.

La colaboración con cualesquiera otras administraciones públicas para la lucha contra el fraude en la obtención o percepción de ayudas o subvenciones a cargo de fondos públicos, incluidos los de la Unión Europea, así como

en la obtención o percepción de prestaciones incompatibles en los distintos regímenes del sistema de la Seguridad Social.

La colaboración con las comisiones parlamentarias de investigación en el marco legalmente establecido.

La protección de los derechos e intereses de los menores o personas con capacidad modificada por los órganos jurisdiccionales o el Ministerio Público.

La colaboración con el Tribunal de Cuentas en el ejercicio de sus funciones de fiscalización de la Administración de la Seguridad Social.

La colaboración con los jueces y tribunales en el curso del proceso y para la ejecución de resoluciones judiciales firmes. La solicitud judicial de información exigirá resolución expresa, en la que, por haberse agotado los demás medios o fuentes de conocimiento sobre la existencia de bienes y derechos del deudor, se motive la necesidad de recabar datos de la Administración de la Seguridad Social."

CUARTO.-Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso contencioso administrativo interpuesto por el actor por las razones antes expuestas. En cuanto a costas procede su imposición al actor en aplicación del artículo 139 de la Ley Jurisdiccional que establece el principio del vencimiento en su imposición, si bien deben limitarse las mismas a un máximo de trescientos euros.

(St. de 29 octubre de 2020 . Sala de Granada. Ponente Silvestre Martínez García)

XVIII.- PERSONAL INTERINO.

Cese de "funcionario" interino que es trasladado a puesto distinto de forma irregular. Es correcto el cese que se produce al ocuparse su plaza originaria y ello pese al traslado a plaza distinta. Naturaleza de la relación.

El objeto del recurso contencioso-administrativo estaba constituido por la Resolución de la Delegación Territorial de la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía en Sevilla de fecha 6 de mayo de 2013, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la de fecha 4 de abril de 2013, por la que se acordó su cese en el puesto que venía ocupando con código NUM000, con motivo de ser ocupada la plaza por personal funcionario de carrera.

A la vista del escrito de interposición de este recurso de apelación se aprecia que se postula por una parte el carácter laboral, y no funcionarial, de la relación de servicios que le une con la Administración, por entender que cuando se trasladada a Huelva era por contratación; de otro, por cuanto el puesto que ha sido ocupado y que motiva su cese es el código NUM000 en la Delegación de Sevilla, en tanto el ocupado por ella es en Huelva, código NUM001 , también de Asesor Técnico de Menores, puesto que no ha sido ocupado.

Pues bien, en cuanto a la naturaleza de la relación de servicio que le une a la Administración, lo cierto es que tan sólo cuenta con un nombramiento como funcionaria interina de fecha 24 de octubre de 2007.

Efectivamente, son hechos constatados, y así se recoge en las distintas sentencias dictadas (al haberse seguido en primer lugar ante la Jurisdicción Social el cese en el puesto) que la recurrente accedió a la Función Pública de la Junta de Andalucía tras nombramiento como funcionaria interina con fecha 24 de octubre de 2007 para desempeñar el puesto de trabajo con código NUM000 (que en la relación de puestos de la Junta de Andalucía corresponde a Asesor Técnico de Menores, adscrito a personal funcionario) en la Delegación de Sevilla. En el mes de enero de 2008, a solicitud de la propia interesada (en ese momento se dice que la recurrente residía en Gibrleón -Huelva), pasa a desempeñar el mismo trabajo, de Asesor Técnico de Menores, en la Delegación de Huelva. Ha venido percibiendo de manera no controvertida las retribuciones correspondientes a dicho puesto. El cese viene motivado por haber sido ocupado el puesto código NUM000, para el que fue nombrada, por funcionario de carrera. Solicitaba ser repuesta en el puesto de trabajo (en Huelva) y ser indemnizada desde la fecha de cese hasta ser repuesta en el puesto de trabajo de la Delegación de Huelva.

En cuanto a la naturaleza del vínculo con la Administración, lo cierto es que cada clase de personal tiene su propio régimen jurídico, que establece sus derechos y obligaciones, y que actualmente se regula, principal y respectivamente, en el Estatuto Básico del Empleado Público (RCL 2015, 1695, 1838), en el Estatuto de los Trabajadores y en el Estatuto Marco del Personal Estatutario. El funcionario interino no está vinculado a la Administración por una relación jurídica de naturaleza laboral, sino que su relación con ella encierra una clara condición de Derecho Público, distinción esencial, pues la regulación de la contratación temporal es distinta según la clase de vinculación con la Administración. En el presente supuesto la única relación que le unía con la Administración es la funcionarial. En el Sistema

SIRhUS consta el nombramiento de 24 de octubre de 2007 y fecha de cese el 4 de abril de 2013, puesto de trabajo código NUM000. No consta ningún otro nombramiento ni contrato.

De la documental aportada y las alegaciones efectuadas, lo cierto es que la recurrente aceptó en su día el nombramiento como funcionaria interina, conociendo que una de las notas o elementos característicos de este tipo de nombramiento, por su propia naturaleza, es el de la provisionalidad. Recordemos que la apelante, en su calidad de funcionaria interina, puede seguir desempeñando la plaza hasta que se amortice o se cubra por titular, funciones que por otra parte no podría seguir ejerciendo de modificarse su relación en los términos que pretende, ya que el artículo 8.2 del EBEP dispone que: "En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca." Mientras que el artículo 11.2 de la misma norma remite a las leyes de desarrollo del EBEP el establecimiento de criterios para la determinación de los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral. En otro orden de cosas, la naturaleza jurídica del funcionario interino por definición está vinculada a una concreta plaza que ocupa por alguna de las circunstancias previstas en el artículo 10.1 del EBEP: plazas vacantes, sustitución transitoria de los titulares, ejecución de programas de carácter temporal o exceso o acumulación de tareas, de manera que el carácter temporal del nombramiento para el puesto de trabajo que desempeñaba la recurrente, como funcionaria interina, que como su propia denominación indica se caracteriza por la provisionalidad o transitoriedad de la relación de servicios con la Administración que trata de cubrir o satisfacer una necesidad urgente que impide la prestación del servicio por funcionario de carrera, no genera ningún derecho a permanecer en el puesto de trabajo.

Así pues la plaza que hasta entonces se encontraba vacante -de otra forma no podría haber estado cubierta por la actora como funcionaria interina- pasa a ser cubierta por funcionario de carrera, concurriendo, pues, la causa habilitante para acordar el cese de la actora, de conformidad con lo dispuesto en el art.10.3 del Estatuto Básico del Empleado Público de 2015, Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, que "El cese de los funcionarios interinos se producirá, además de por las causas previstas en el artículo 63, cuando finalice la causa que dio lugar a su nombramiento."

Y como queda reseñado en la Hoja de acreditación de datos del programa SIRhUS, aparece su nombramiento y designación para el puesto código NUM000 , y la categoría de "funcionario interino" sin variabilidad durante todo el tiempo. Que la recurrente solicitara (y se consintiera por la Administración) pasar a desempeñar el mismo trabajo en Huelva, apenas tres meses de ser nombrada, -sobre el procedimiento seguido para dicho traslado guardan silencio ambas partes-, no puede ser motivo de la nulidad de su cese, desde el momento en que su nombramiento como funcionaria interina lo era respecto a un puesto concreto (código NUM000), que finalmente fue cubierto por personal funcionario de carrera. Y así se recoge en la sentencia de instancia al indicar que el pasar a desempeñar su trabajo en Huelva, con independencia de ese irregular traslado, que fue a petición propia y sin impugnación alguna, sino de manera pacífica e ininterrumpida, no puede ser motivo de la nulidad del cese.

Es por lo expuesto que el recurso de apelación no puede ser estimado.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 139.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, procede imponer las costas a la parte apelante hasta el límite de 300 euros, y criterios orientativos seguidos en esta materia por el Tribunal conforme al Pleno de 17 de mayo de 2018.

(St de 8 de julio de 2020. Sala de Sevilla. Ponente: María José Pereira Maestre)

XX PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. MOTIVACIÓN. NECESIDAD DE DISTINGUIR ENTRE LAS QUE SON MERAS ALEGACIONES O ARGUMENTACIONES APORTADAS POR LAS PARTES EN DEFENSA DE SUS PRETENSIONES Y ESTAS ÚLTIMAS EN SÍ MISMAS CONSIDERADAS

Se interpone el presente recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Tribunal Económico-administrativo Regional de Andalucía (Sala de Granada), de 25 de febrero de 2016 (expediente NUM000), que desestimó la reclamación dirigida frente a la liquidación girada por la Gerencia Provincial en Almería de la Agencia Tributaria de Andalucía, por importe de 77.440,77 euros, en concepto de Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, con motivo de la escritura de aceptación de herencia causada por el fallecimiento de D^a. Rosa, ocurrido el día 18 de noviembre de 2011.

La referida liquidación se giró tras incoar un procedimiento de verificación de datos en el que se determinó por el órgano actuante que se había calculado

de forma errónea el ajuar doméstico y que procedía adicionar unos saldos bancarios en los que figuraba como cotitular la causante.

El TEARA, confirmando el criterio de la Agencia Tributaria de Andalucía, consideró aplicable la presunción automática de que el ajuar doméstico lo constituye el 3% del caudal hereditario, salvo prueba en contrario, extremo no producido en este caso; sin pronunciarse respecto a la otra cuestión planteada en la reclamación respecto de la improcedencia de computar en el activo las cantidades depositadas en determinadas cuentas bancarias, porque eran propiedad exclusiva del padre de la recurrente.

La recurrente aduce la inadecuación a derecho de la resolución del TEARA, argumentando sobre la falta de motivación al no dar explícita contestación a una de las cuestiones planteadas en la reclamación; añadiendo, en cuanto al fondo, en síntesis, de una parte, que de acuerdo con doctrina jurisprudencial, el hecho de figurar como titular indistinto de una cuenta corriente no presupone ser titular real de los fondos depositados en ella, pudiendo acreditar lo contrario, como a su juicio, ha ocurrido en este caso, mediante la aportación de los movimientos bancarios realizados, a través de los cuales se deduce que el único propietario real era su padre, sin que se pueda aplicar la presunción de ganancialidad de los bienes por no mediar matrimonio y ser pareja de hecho de su fallecida madre; y, de otra, que no cabe la aplicación automática de la regla del 3% sobre la totalidad de los bienes de la herencia para calcular el importe del ajuar doméstico.

En cuanto a la falta de motivación de la resolución del TEARA parece conveniente recordar que la exigencia, que al respecto se establece en el Art. 54 de la Ley 30/92 de 26 de Noviembre, de RJAP y PAC, es correlativa a la necesidad de que se exterioricen las razones por las que se llega a la decisión administrativa, con objeto de facilitar su conocimiento por los interesados y la posterior defensa de sus derechos, de forma que la motivación conecta el acto a la legalidad, estableciéndose la conexión entre éste y el ordenamiento y otorgándose así racionalidad a la actuación administrativa, facilitando, por otro lado, la fiscalización del acto por los Tribunales, con la consiguiente garantía para el administrado. Ahora bien, la falta de motivación o la motivación defectuosa pueden constituir un vicio de anulabilidad o una mera irregularidad no invalidante, habiendo indicado el Tribunal Supremo, de modo reiterado, que el deslinde de ambos supuestos se ha de hacer indagando si realmente ha existido una ignorancia de los motivos que fundan la actuación administrativa, y si, por tanto, se ha producido o no la indefensión del administrado. Pero la motivación no exige un razonamiento

exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuales han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir la *ratio decidendi* que ha determinado aquella. Con ello, la motivación satisface las exigencias que se derivan del derecho a la tutela judicial efectiva, siempre que se produzca de forma expresa e inequívoca, según la doctrina del Tribunal Constitucional (STC (2) de 14/1.992, de 28 de enero) y que, aunque elaborada a propósito de la motivación de las resoluciones judiciales, es plenamente aplicable al caso por razones obvias.

Por otro lado, resultando ser la doctrina sobre la congruencia en las resoluciones judiciales perfectamente aplicable a las resoluciones dictadas en el ámbito administrativo, con las necesarias matizaciones, debe recordarse que la incongruencia omisiva o *ex silentio*, se produce cuando el órgano deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, y sin que sea necesaria, para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen por las partes como fundamento de su pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales. En tal sentido se ha señalado por el Tribunal Constitucional en sentencia 100/2004, de 2 de junio (RTC 2004/100) "la necesidad de distinguir entre las que son meras alegaciones o argumentaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones y estas últimas en sí mismas consideradas, pues si con respecto a las primeras puede no ser necesaria una respuesta explícita y pormenorizada de todas ellas y, además, la eventual lesión del derecho fundamental deberá enfocarse desde el prisma del derecho a la motivación de toda resolución judicial, respecto de las segundas la exigencia de respuesta congruente se muestra con todo rigor siempre y cuando la pretensión omitida haya sido llevada al juicio en el momento procesal oportuno." (STC 44/2008, de 10 de marzo (RTC 2008, 44), FJ2)".

En el caso enjuiciado, de acuerdo con lo que argumenta la recurrente, se aprecia la concurrencia del vicio imputado, pues no dá respuesta a una de las cuestiones básicas planteadas en la reclamación, cual es la procedencia o nó de incluir en el activo hereditario el importe de los saldos de cuentas

corrientes en las que figuraba su madre como titular indistinta, de tal manera que procedería decretar la nulidad de la resolución del TEARA para que se pronunciase sobre el particular, ya que tal omisión es susceptible de causar indefensión a la reclamante, al no conocer las razones que habrían justificado el pronunciamiento desestimatorio de su reclamación, obligándole a efectuar elucubraciones sobre ellas a la hora de interponer el recurso jurisdiccional, con el riesgo de omitir la necesaria argumentación en su defensa.

No obstante lo dicho y visto que la cuestión planteada ha sido abordada por la recurrente en su demanda con toda la amplitud necesaria para eliminar el riesgo de indefensión aludido y habiendo articulado toda la prueba que ha estimado oportuna, en atención al principio de economía procesal se hace desaconsejable una retroacción de actuaciones, por lo que abordaremos su análisis, para evitar más dilaciones.

Como señala la sentencia de del TSJ de Asturias de 25 de mayo de 2015 (EDJ 2015/85013) respecto a las situaciones de cotitularidad de depósitos bancarios y cuyas consideraciones compartimos " si bien debe presumirse la propiedad en virtud de la titularidad, se trata de una presunción " iuris tantum ", y que el Tribunal Supremo (por todas la sentencia de 25 de febrero de 2004 y los en ella citados) viene manteniendo "que la cuenta corriente bancaria expresa una disponibilidad de fondos a favor de los titulares de la misma contra el Banco que las retiene, no pudiendo aceptarse el criterio de que el dinero depositado en tales cuentas indistintas pase a ser propiedad de la recurrente, por el solo hecho de figurar como titular indistinto, porque en el contrato de depósito, la relación jurídica se establece entre el depositante, dueño de la cosa depositada y el depositario que la recibe, no modificándose la situación legal de aquél, en cuanto a lo depositado, por la designación de persona o personas que lo puedan retirar.

Tales depósitos indistintos no suponen por ello comunidad de dominio sobre los objetos depositados, debiendo estarse a cuando dispongan los Tribunales sobre su propiedad. Por ello, el mero hecho de apertura de una cuenta corriente bancaria, en forma indistinta, a nombre de dos o más personas, lo único que significa " prima facie ", es que cualquiera de los titulares tendrá frente al Banco depositario, facultades dispositivas del saldo que arroja la cuenta, pero no determina por sí solo la existencia de un condominio que vendrá determinado únicamente por las relaciones internas y, más concretamente, por la propiedad originaria de los fondos de que se nutre dicha cuenta".

Desde esta perspectiva, es la prueba de la titularidad la decisiva para resolver la cuestión planteada, debiendo recordarse que en aplicación del artículo 105 de la Ley General Tributaria corresponde al recurrente probar los hechos en los que cabe fundar el derecho que quiere le sea reconocido. Y así lo ha reconocido reiteradamente el Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencia de 9 de abril de 2015 (RCUD 2446/13) donde nos recuerda que "...la doctrina más reciente de esta Sala (Cfr. SSTs de 11 de octubre y 8 de noviembre de 2004 y 5 de febrero de 2007) ha señalado que, en relación con la carga de la prueba en el Derecho tributario, se han sostenido dos criterios. Uno de ellos es el que propugna el principio inquisitivo, de manera que pesa sobre la Administración la función de acreditar toda la verdad material, incluso aquello que resulte favorable para el obligado tributario. Esta concepción parte de que la Administración, en su labor de aplicar el sistema tributario, no actúa en defensa de un interés propio, sino del general. Y éste no es otro que el conseguir la efectiva realización del deber de contribuir establecido en el artículo 31 de la Constitución. No puede afirmarse con propiedad que existan hechos que favorezcan a la Administración, sino que ésta debe conseguir la efectividad de los principios constitucionales acreditando tanto la realización del hecho imponible como los presupuestos de hecho de eventuales beneficios fiscales. Sin embargo, en nuestro Derecho ha regido y rige la otra concepción que puede denominarse clásica regida por el principio dispositivo y plasmada en el artículo 114 de la LGT/1963 (también en el artículo 105.1 LGT/2003), según la cual cada parte tiene la carga de probar aquellas circunstancias que le favorecen; esto es, la Administración la realización del hecho imponible y de los elementos de cuantificación de la obligación, y el obligado tributario las circunstancias determinantes de los supuestos de no sujeción, exenciones y bonificaciones o beneficios fiscales. Si bien es verdad que nuestra jurisprudencia ha matizado, en ciertas situaciones, el rigor en el principio establecido en el mencionado artículo 114 LGT/1963, desplazando la carga de la prueba hacia la Administración por disponer de los medios necesarios que no están al alcance de los sujetos pasivos (Cfr. SSTs de 25 de septiembre de 1992 y 14 de diciembre de 1999)."

En el presente caso, la recurrente ha aportado una ingente cantidad de movimientos bancarios de las cuentas de su padre (pareja de hecho de su fallecida madre), a través de los cuales se evidencia, a juicio de la Sala, que las cantidades aportadas a los diferentes depósitos bancarios, cuya titularidad se compartió por ambos integrantes de la pareja de hecho a partir del año 2006, lo fueron de forma exclusiva por el padre, sin que conste que la madre hubiera nutrido dichas aportaciones, de tal manera que, de acuerdo con

el criterio jurisprudencial antes expuesto, hay que considerar que la mera posibilidad de disponer de tales depósitos por parte de la causante, hasta el momento de su fallecimiento, no presupone que fuera cotitular de los mismos a los efectos de su inclusión en el acervo hereditario, como ha interpretado la Administración demandada.

En cuanto a la aplicación automática del 3% sobre el caudal hereditario, para fijar el ajuar doméstico, debemos remitirnos a la doctrina jurisprudencial que procede para interpretar el artículo 15 de la LISD, según la sentencia del TS de 19 de mayo de 2020, que, en lo que aquí interesa, ha dicho: "Cabe señalar que la solución al problema jurídico condensado en las preguntas que nos formula el auto de admisión, tanto para formar doctrina de orden general como para resolver el presente recurso de casación, no nos exige por fuerza crear una relación o lista agotadora de bienes que integran la noción de ajuar a efectos del impuesto sucesorio, pero sí una precisión esencial sobre la idea que, más o menos dinámica o evolutiva, debe presidir la interpretación del artículo 15 LISD, que se fundamenta en las siguientes consideraciones:

Ni la LISD incorpora un concepto autónomo de ajuar doméstico ni éste se puede cifrar en un mero porcentaje del caudal relicto. No hay concepto autónomo porque la Ley del impuesto, que podría hacerlo, no ha definido, acotado, incluido o excluido bienes o clases de bienes para configurar, a los efectos de su regulación, qué sea ajuar doméstico. Al contrario, parte de una noción legal preexistente, que debe completarse con la usual y jurídica del ajuar doméstico. Como, por lo demás, es práctica común en las leyes fiscales que de forma expresa o implícitamente incorporan conceptos, instituciones o reglas de aplicación incluidas en otras leyes fiscales o no fiscales.

El ajuar doméstico no puede sustraerse de una concepción ya centenaria, vinculada a los bienes que componen o dan servicio a la vivienda familiar (artículo 1321 C.C.) o, en una significación más amplia, a los que sirven de uso particular del sujeto pasivo (artículo 4, Cuatro, LIP).

En todo caso, ambas normas excluyen netamente de su ámbito de regulación algunos bienes -o categorías de bienes- cuando estando a priori dentro del concepto objetivo, poseen un extraordinario valor material, lo que se presume iuris et de iure en ciertas clases de bienes o en los que superen determinado valor económico (el propio artículo 1321 C.c. y los artículos 18 y 19 LIP).

Para determinar la composición del ajuar doméstico debemos atender a la realidad social del tiempo en que han de aplicarse las normas pertinentes

(artículo 3 C.C), pues tal perspectiva, dado el carácter dinámico y evolutivo de los usos sociales, podría incluir o excluir de su ámbito determinados bienes.

Aun cuando el concepto positivo del ajuar doméstico, en su composición, pueda ser problemático -porque su integración no depende tanto de la naturaleza de la cosa misma como de su valor y de su aptitud concreta para la satisfacción de las necesidades o usos de las personas-, el concepto negativo no resulta de tan dificultosa obtención, pues hay bienes o derechos que, claramente, con toda evidencia, quedarían fuera, en cualquier caso, de la esfera de afectación a la utilización de la vivienda familiar o del uso personal.

En particular, están extra muros del concepto los bienes inmuebles, los bienes susceptibles de producir renta, en los términos ya precisados por nuestra jurisprudencia; los afectos a actividades profesionales o económicas; y, en particular, el dinero, los títulos-valores y los valores mobiliarios, que ninguna vinculación podrían tener, como cosas u objetos materiales, con las funciones esenciales de la vida o con el desarrollo de la personalidad.

Tal exégesis del precepto llamado a ser interpretado jurisprudencialmente es la única que permite articular, con toda su amplitud, la posibilidad, el derecho de probar, en sede administrativa y judicial, que la presunción legal *iuris tantum* del 3 por 100 que establece el artículo 15 LISD no rige en el caso de que se trate, bien por no existir bienes que integren el ajuar doméstico, bien porque, habiéndolos, su valor no supera el 3 por 100.

La propia Administración se hace eco del concepto sustantivo o material del ajuar doméstico en su respuesta a la consulta vinculante de la Dirección General de Tributos, nº V0832-17, de 4 de abril de 2017, que contesta sobre el contenido del ajuar a efectos del Impuesto sobre sucesiones, cuya valoración remite al Impuesto sobre el Patrimonio, dado que, según el consultante, de la regulación de este último puede deducirse que el concepto de ajuar se refiere a bienes muebles (objetos y utensilios de uso y disfrute personal, improductivos -no generadores de rendimientos-) y necesarios en el ámbito del hogar, y por existir dudas razonables sobre la consideración de algunos bienes que se liquidan, consulta si algunos de los bienes siguientes tienen la consideración de elementos integrantes del ajuar doméstico: 1. Participaciones en acciones de sociedades;

2. Activos financieros (participaciones en entidades financieras); 3. Explotaciones de acuicultura (criaderos de mejillón); 4. Embarcación

auxiliar de servicio a la explotación de acuicultura; 5. Vehículo turismo; 6. Fincas rústicas de labrado; 7. Locales comerciales.

Pues bien, dicho órgano directivo contesta lo siguiente, en lo que aquí interesa:"[...]

CONCLUSIONES:

Primera: A efectos del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, el ajuar doméstico está integrado por los efectos personales y del hogar, utensilios domésticos y demás bienes muebles de uso particular del sujeto pasivo, excepto los bienes a los que se refieren los artículos 18 y 19 de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio.

Segunda: El ajuar doméstico formará parte de la masa hereditaria y, en principio, se valorará en el tres por ciento del importe del caudal relicto del causante. No obstante, los interesados pueden asignar al ajuar un valor superior, en cuyo caso prevalecerá este. Ahora bien, la valoración del ajuar en el tres por ciento es una presunción "iuris tantum", por lo que los interesados pueden probar fehacientemente su inexistencia o que su valor es inferior al que resulte de la aplicación del referido porcentaje".

Es cierto que, como hemos dicho reiteradamente, las resoluciones de la DGT en que se da respuesta a consultas vinculantes despliegan tal efecto únicamente para la Administración, no para los Tribunales de justicia, y en ciertos términos y condiciones. Pero aun siendo ello así, si el criterio adoptado en ellas es favorable o beneficioso para el contribuyente, como aquí sucede, puede constituir un acto propio de opinión jurídica administrativa que, por su procedencia, autoridad y significación legal obliga a la propia Administración a seguir tal criterio frente a los contribuyentes, en favor de éstos.

En conclusión, el concepto de ajuar doméstico, aun no definido taxativamente en la ley fiscal, menos aún enumerado, no puede comprender sin más un porcentaje sobre la totalidad de los bienes de la herencia, sino sólo aquéllos que, conforme a la norma civil y fiscal, sean propiamente ajuar.

No es ya que la norma civil sea supletoria de la tributaria -que no hace al caso-, sino que ésta se debe interpretar en sentido propio, usual o jurídico, y ambos sentidos nos encaminan sin duda a un concepto de ajuar doméstico que debe ser, ante todo, doméstico, cuando menos en un sentido amplio, en relación con los bienes definidos en el artículo 1321 C.C. y en la Ley del

Impuesto sobre el Patrimonio. Ésta sí define, de un modo concordante, qué es el ajuar doméstico -por otra parte, porque debe ser objeto de valoración singularizada-, siendo así que, para su cálculo, el artículo 15 LISD se remite a las reglas del impuesto sobre el patrimonio.

En este recurso de casación, según afirman los herederos, sin que tal afirmación haya sido seriamente discutida, el 99,97 por 100 del valor de la herencia está constituido por acciones de una sociedad mercantil y, por ende, afecto al desarrollo de una actividad económica, que además es inmobiliaria. Siendo ello así, no parece que la voluntad de la ley sea la de incluir tales bienes entre los que conforman el ajuar doméstico, porque si tal criterio se aceptase, la presunción legal que prevé el artículo 15 LISD dejaría de ser *iuris tantum* para ser *iuris et de iure* o indestructible, enervando con ello las posibilidades de prueba que la propia ley ofrece para acreditar en contrario de la presunción legal y consumando un posible efecto de doble cómputo de los mismos activos para la cuantificación de la base imponible.

En conclusión, la doctrina que debemos formar para esclarecer la interpretación procedente del artículo 15 LISD es la siguiente:

- 1.- El ajuar doméstico comprende el conjunto de bienes muebles afectos al servicio de la vivienda familiar o al uso personal del causante, conforme a las descripciones que contiene el artículo 1321 del Código Civil, en relación con el artículo 4, Cuatro de la LIP, interpretados ambos en relación con sus preceptos concordantes, conforme a la realidad social, en un sentido actual.
- 2.- En concreto, no es correcta la idea de que el tres por ciento del caudal relicto que, como presunción legal, establece el mencionado artículo 15 LISD, comprenda la totalidad de los bienes de la herencia, sino sólo aquéllos que puedan afectarse, por su identidad, valor y función, al uso particular o personal del causante, con exclusión de todos los demás.
- 3.- Las acciones y participaciones sociales, por no integrarse, ni aun analógicamente, en tal concepto de ajuar doméstico, por amplio que lo configuremos, no pueden ser tomadas en cuenta a efectos de aplicar la presunción legal del 3 por ciento.
- 4.- El contribuyente puede destruir tal presunción haciendo uso de los medios de prueba admitidos en Derecho, a fin de acreditar, administrativa o judicialmente, que determinados bienes, por no formar parte del ajuar doméstico, no son susceptibles de inclusión en el ámbito del 3 por 100, partiendo de la base de que tal noción sólo incluye los bienes muebles

corporales afectos al uso personal o particular, según el criterio que hemos establecido.

En particular, no está necesitada de prueba la calificación de los bienes por razón de su naturaleza, que la Administración debe excluir. En otras palabras, sobre el dinero, títulos, los activos inmobiliarios u otros bienes incorporeales no se necesita prueba alguna a cargo del contribuyente, pues se trata de bienes que, en ningún caso, podrían integrarse en el concepto jurídico fiscal de ajuar doméstico, al no guardar relación alguna con esta categoría".>>

Aplicando la doctrina jurisprudencial establecida al caso concreto que nos ocupa, debemos concluir en la improcedencia de aplicar el 3% sobre el total del caudal hereditario como ha hecho la Administración demandada, debiendo aceptar como válido el consignado por la recurrente (6.500 euros) en su autoliquidación y ello a pesar de que no se ha aportado documentación alguna (entre la que cabe incluir, a título de ejemplo, un acta notarial de presencia, con el debido detalle, completada con informe pericial de valoración, y la prueba testifical de comerciantes sobre el valor de los bienes que forman parte del ajuar doméstico de la causante, y que se encuentran en el interior de cada una de las viviendas utilizadas por ésta), pues, aun siguiendo el criterio de aplicación automática del 3% sobre el valor de los dos pisos incluidos en el caudal hereditario y aceptado por la Administración (318.856 euros), adjudicados a la recurrente en el 50% de su valor, la cantidad consignada por ésta es superior a la resultante de la que cabría consignar por tal concepto, siguiendo la tesis de la Administración.

En consonancia con lo expuesto el recurso debe ser estimado y anulados los actos impugnados, sin que de conformidad con lo establecido en el art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, proceda la imposición del pago de las costas a la parte demandada, pues, pese a haberse rechazado sus argumentos, entiende la Sala que el caso planteaba serias dudas de hecho y de derecho, suficientes para justificar tal pronunciamiento.

(St. de 27 de octubre de 2020. Sala de Sevilla. Ponente Lázaro Guil)

CRÓNICA PARLAMENTARIA

Sobre la expulsión de diputados “tránsfugas”

La quiebra del Grupo Parlamentario Adelante Andalucía

Victor J. Vázquez

Son muchas las páginas escritas sobre la naturaleza jurídica del grupo parlamentario y sobre el necesario espacio de autonomía conceptual de esta realidad con respecto a los partidos políticos, no obstante, son recurrentes también los supuestos en que, usando la expresión en su día empleada por Rubio Llorente, los hechos nos obligan a “vernós como somos”, es decir, a dar cuenta de las carencias prácticas de tal autonomía teórica. Si los partidos políticos son entes privados de base asociativa, expresión por tanto del artículo 22 de la Constitución española, y regulados a través de las Ley orgánica de Partidos Políticos; los grupos parlamentarios son, por su parte, concreción en el ámbito institucional parlamentario, del derecho de participación política del artículo 23.1, siendo el reglamento parlamentario su marco de regulación jurídica. Partiendo de esta síntesis diferenciadora, se acude comúnmente a la imagen de la “correa de transmisión” para evidenciar el hecho de que los grupos parlamentarios son tributarios, en sede institucional, de la lógica del estado de partidos. Es así, cuando dicha lógica de facción se expresa, el momento en el que se produce la tensión entre la teórica realidad institucional del grupo parlamentario y su naturaleza política. Como es conocido, la jurisprudencia constitucional delimitó en una temprana jurisprudencia los límites de esta discusión, al afirmar, con relación al célebre art.11.7 de la Ley 39/1978, de 17 de julio, sobre Elecciones Locales, que preveía que “si alguno de los candidatos electos dejare de pertenecer al partido que le presentó, cesará en su cargo”, que dicha sanción infringía “de manera absolutamente frontal el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos por medio de representantes y también el de los representantes mismos a mantenerse en sus funciones”¹. En cualquier caso, pese a este asidero conceptual, la incidencia de los partidos políticos, en tanto entes de relevancia constitucional, en la comprensión del mandato representativo, es algo incuestionable, tal y como el propio Tribunal Constitucional ha reconocido en diversas ocasiones². No sé si es posible afirmar que

¹ SSTC, 20/1983, de 15 de marzo, fundamento jurídico 3 y 5/1983, de 4 de febrero, fundamento jurídico 4.

² Véase, por ejemplo, la STC 119/1990: “...quienes han sido elegidos para el desempeño de funciones representativas (...) han solicitado y obtenido el voto de los electores para orientar su actuación pública dentro del marco constitucional en un sentido determinado (...) Los Diputados son representantes

nos encontramos aquí ante una suerte de mutación constitucional en lo referido a la prohibición del mandato imperativo, tal y como en su momento sugiriera Pedro de Vega³, pero sí que un mínimo de realismo en nuestra interpretación de la realidad político constitucional nos obliga a ver la relación entre el representante y el partido como una relación de extrema lealtad, cuya quiebra si bien no conlleva la pérdida del cargo electo, sí puede suponer un límite en determinadas facetas del derecho al ejercicio de dicho cargo⁴.

De los muchos escenarios en los que puede manifestarse esta relación conflictiva entre mandato parlamentario y lealtad a la facción política, uno de ellos es aquel en el que dicha fricción entre el diputado y el partido político en cuyas listas concurrió a las elecciones, da lugar a la ruptura de este con su formación política, ya sea por su propia voluntad o por su expulsión.

Nos movemos aquí, obviamente, en el campo genérico del transfuguismo, un fenómeno que se ha entendido repugna a las exigencias de calidad democrática de las instituciones legislativas. Calidad que entre otras cosas dependería, para no defraudar la opción electoral que toman los ciudadanos sobre la lista de candidatos que el partido ofrece, de la cohesión y unidad política en torno a la formación ideológica de los cargos representativos electos. No es esta mera crónica parlamentaria el lugar para profundizar en la cuestión de qué es el transfuguismo y si podría deslindarse un transfuguismo virtuoso de otro nocivo para la democracia, en cualquier caso, sí cabe subrayar una tendencia que es la de extender el concepto de tráfuga más allá de la quiebra en la pertenencia al partido, a toda una serie de acciones desleales a la línea política determinada por la asociación.

De entre los distintos instrumentos concretados frente a los efectos nocivos de la conducta tráfuga, destaca sobre todos el “Acuerdo sobre un código de conducta política en relación con el transfuguismo en las corporaciones locales”, que suscribieron el 7 de julio de 1998 la mayoría de las fuerzas políticas que disfrutaban entonces de representación parlamentaria. Un acuerdo cuya última Adenda se ha recién incorporado, con fecha de 11 de noviembre de 2020, con el objeto expreso de ampliar las medidas hasta entonces acordadas a todos los niveles de gobierno, promoviendo modificaciones normativas de urgencia, y, en concreto, de los reglamentos de las Cá-

del pueblo español considerado como unidad, pero el mandato que cada uno de ellos ha obtenido es producto de la voluntad de quienes los eligieron determinada por la exposición de un programa político jurídicamente lícito (...) La fidelidad a este compromiso político, que ninguna relación guarda con la obligación derivada de un supuesto mandato imperativo, ni excluye, obviamente el deber de sujeción a la Constitución que ésta misma impone en su art. 9.1, ni puede ser desconocida ni obstaculizada”.

³ PEDRO DE VEGA GARCÍA, “Significado constitucional de la representación política”, *Revista de estudios políticos*, N.º 44.

⁴ Sobre el contenido de este derecho es obligada la cita a la STC, 32/1985.

maras⁵. La mención expresa a los reglamentos de las cámaras no es casual, y es que, de hecho, y más allá de aquellas regulaciones existentes de la figura del diputado no adscrito y su estatus jurídico, las implicaciones parlamentarias del transfuguismo y, en concreto, la eficacia de las medidas de expulsión del grupo, son un ámbito desregulado en la gran mayoría de cámaras autonómicas⁶.

Es en este contexto de desregulación -que es siempre a su vez de incertidumbre, cuando se trata del ejercicio de derechos fundamentales- donde se inscribe una de las polémicas más relevantes, desde la perspectiva del derecho parlamentario, de la presente legislatura. Se trata, como puede intuirse, de la expulsión del grupo parlamentario de Adelante Andalucía, de los diputados, Teresa Rodríguez Ángela Aguilera, José Ignacio García, Luz Marina Dorado, María Vanessa García, María Gracia González, Nacho Molina y Diego Crespo. La imputación de transfuguismo tiene su origen en el abandono por parte de éstos de su militancia en Podemos, formación a través de la cual lograron sus escaños, dentro de la coalición Adelante Andalucía.

Consumado el hecho del abandono de su militancia, en aras de dar forma a una corriente propia anticapitalista, el 28 de octubre de 2021, la portavoz parlamentaria del grupo Adelante Andalucía comunicó a la mesa del parlamento andaluz la baja de dicho grupo parlamentario de los representantes mencionados con anterioridad. La mesa del Parlamento andaluz no sólo admitirá a trámite dicha comunicación, sino que dará a la misma, en un principio, una suerte de efectos constitutivos, resolviendo que desde ese momento dichos parlamentarios quedan fuera del grupo Adelante Andalucía, pasando a ser diputados no adscritos a todos los efectos.

Como más arriba se señalaba, sobre este ámbito del derecho parlamentario pesan importantes lagunas regulatorias, sin que el Reglamento del parlamento andaluz sea aquí la excepción que confirma la regla. A este respecto, la única referencia que encontramos en la norma parlamentaria andaluza es el artículo 24.1 del Reglamento que determina que quien causara baja en el grupo parlamentario adquirirá necesariamente la condición de Diputado o Diputada No Adscrito, sin que exista ninguna otra norma que discipline este procedimiento ni concrete cuál ha de ser el alcance de la supervisión que la Mesa del Parlamento ha de llevar a cabo, en aquellos supuestos en los que se quiere dar eficacia a la baja de determinados diputados en el grupo parlamentario.

A este respecto, lo cierto es que en un primer momento la Mesa del Parlamento andaluz se limitó a admitir a trámite y dar efectos inmediatos a dicha baja, como

⁵ El texto está disponible en: https://www.mptfp.gob.es/dam/es/portal/prensa/notas_de_prensa/notas/2020/11/adendaIII.pdf#page=1

⁶ Es de especial interés y utilidad el trabajo de ESTELA GILBAJA CABRERO, "La figura del parlamentario no adscrito", CORTS. Anuario de derecho parlamentario, núm. 28, 2015.

si se tratase de un mero acto de toma de conocimiento de la expulsión del grupo parlamentario de los diputados, es decir, absteniéndose de cualquier tipo de supervisión y con plena deferencia hacia el criterio del grupo expresado por su portavoz. Un automatismo que es sin duda problemático, ya que, como es sabido, el tránsito al estatus de diputado no adscrito implica una disminución sustancial en la capacidad que los parlamentarios van a tener para poder participar activamente en la vida de la cámara, más allá de la postergación a una situación de carencia material evidente. Tal y como ha reiterado el Tribunal Constitucional, “dada la configuración de los Grupos Parlamentarios en los actuales Parlamentos [...] como entes imprescindibles y principales en la organización y funcionamiento de la Cámara, así como en el desempeño de las funciones parlamentarias y los beneficios que conlleva la adquisición de tal status, aquella facultad constituye una manifestación constitucionalmente relevante del *ius in officium* del representante⁷”. La imposición de la condición de “no adscrito” implica, en definitiva, una *capitis diminutio* en la intensidad del ejercicio del artículo 23.1 de la Constitución⁸, que entendemos compromete al órgano de gobierno de la cámara a una labor de supervisión que desde luego dista mucho del mero acto de toma en conocimiento.

No es de extrañar, en este sentido, que la Mesa del parlamento andaluz, en resolución del 5 de noviembre de 2020, rectificara y estimara la solicitud de reconsideración, de tal forma que se ofreciera una posibilidad real a los afectados de contradecir los hechos con base a los cuales la Portavoz del grupo parlamentario había comunicado la baja en el grupo de los ocho parlamentarios. Se hace alusión en la resolución de la Mesa a la circunstancia de que, mediante la solicitud, había sido

⁷ STC, 64/2002, de 11 de marzo, fundamento jurídico 3. Para una aproximación general a la naturaleza del grupo parlamentario, véase en extenso, el trabajo de JOSÉ MARÍA MORALES ARROYO, *Los grupos parlamentarios en las Cortes Generales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1990 o MANUEL CARRASCO DURAN, “Grupos parlamentarios y Ley de Partidos: La organización interna de la Cámara y el poder judicial”, en *Relaciones entre el poder legislativo y el poder judicial*, 2007. Recientemente se ha ocupado en extenso de estas cuestiones DAVID DELGADO RAMOS, “Sobre la constitución de grupos parlamentarios y el «préstamo» de diputados y senadores”, en

Teoría y realidad constitucional, N.º 43, 2019, págs. 499-513, y más extenso en su monografía *Problemas actuales del Derecho Parlamentario*, Aranzadi, 2018.

⁸ Véase, en sentido crítico, EDMUNDO MATIA PORTILLA, “Naturaleza, composición, estructura orgánica y funcionamiento de las Cortes de Castilla y León”, Sáez Hidalgo, Ignacio [Dir.]: *Derecho Público de Castilla y León*. Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 257-310. De entre la jurisprudencia constitucional, cabe destacar la STC 246/2012, en la que se declara la inconstitucionalidad del art. 33.3 de la Ley 2/2003, de Administración Local de la Comunidad de Madrid, al interpretar que “la exclusión absoluta de los concejales no adscritos del derecho a asistir a las comisiones informativas y participar [...] en sus deliberaciones no es conforme a los derechos del cargo electo garantizados por el art. 23.2 CE, porque supone dificultar la posterior defensa de las posiciones políticas de los miembros no adscritos [...], incidiendo por ello de forma negativa en el núcleo de las funciones de representación que son propias del cargo de concejal individualmente considerado”.

cuestionada la expulsión por los afectados. En cualquier caso, parece razonable concluir que, en todo caso, la Mesa debería desde un primer momento haber permitido ofrecer sus razones a los diputados dados de baja, antes de proceder, tal y como en un principio hizo, a dar eficacia constitutiva al mero acto de toma en conocimiento.

De todas las formas, la Mesa de la Cámara ha ratificado finalmente la comunicación de la baja hecha por la Portavoz de Adelante Andalucía, con el beneplácito de todos los grupos a excepción del Partido Popular, único que se abstuvo. La mesa no atendió así al argumento principal sobre el cual los diputados excluidos del grupo habían construido su recurso. Dicho argumento es que su candidatura por Adelante Andalucía no fue consecuencia de su militancia política sino del concurso en unas primarias para las cuales no era condición la pertenencia a ninguna de las formaciones políticas que integraban la coalición Adelante Andalucía⁹. Desde luego, esta circunstancia invita a la reflexión de hasta qué punto, ante formaciones políticas cuya plataforma electoral ya no responde a los cánones clásicos y donde hay una legitimidad originaria en la candidatura no mediada por los órganos del partido sino por los afiliados o incluso por los simpatizantes, es posible mantener los presupuestos lógicos hasta ahora vigentes sobre el transfuguismo¹⁰. La pregunta fundamental es la de si en este contexto participativo dentro de los partidos, y ante la inexistencia de un procedimiento específico dentro del reglamento parlamentario, como es el supuesto en el que nos encontramos, cabe una interpretación como la llevada a cabo por la mesa del Parlamento andaluz, en la que, en último término, el diagnóstico de un determinado sector del grupo parlamentario acerca de la condición de tránsfugas de determinados diputados, opera con una suerte de presunción de veracidad cuyo efecto es reducir de forma drástica las condiciones de ejercicio del cargo representativo de los diputados expulsados.

La respuesta a esta pregunta compete ahora al Tribunal Constitucional, al haber interpuesto los diputados afectados por la expulsión, recurso de amparo frente a la decisión de la Mesa. El Tribunal tendrá aquí la oportunidad de acotar, en el ámbito puramente parlamentario, y no ya en el municipal, los límites que puedan

⁹ Cabe llamar la atención, aunque no se trate de un supuesto análogo, sobre lo previsto por el Reglamento del Parlamento catalán para el supuesto de coaliciones. En caso "de expulsión del grupo parlamentario de todos los diputados de una formación política integrados en el seno de una coalición o federación... los diputados afectados han de pasar al Grupo Mixto" y no adquieren la condición más gravosa de No adscritos.

¹⁰ Presupuestos que creo se cristalizan de forma nítida en el art. 73.3 de la LBRL, donde se establece que cuando uno o varios concejales, incluso siendo la mayoría del grupo institucional, abandona o es expulsado de la formación política que presentó la candidatura, aquellos concejales que permanezcan en dicha formación son los legítimos integrantes del grupo político municipal, pasando el resto a ser considerados como no adscritos.

derivarse de la condición no adscrito, y, sobre todo, las propias garantías del procedimiento ante el órgano de gobierno de la Cámara.

Por último, cabe señalar que la Presidenta del Parlamento andaluz ha anunciado su intención de reformar el Reglamento de la Cámara, a través del procedimiento de lectura única, para incorporar al mismo el contenido de la última adenda acordada a nivel nacional al pacto antitrasfuguismo, a la que ya se ha hecho referencia. Desde luego, tal incorporación es necesaria de cara a dar cobertura jurídica a un pacto que, como se acaba de ver, en ocasiones despliega sobre el estatuto de los parlamentarios efectos impropios de su modesta naturaleza jurídica.

CRÓNICAS Y DOCUMENTOS



Crónica de la III Jornada Internacional de estudios mineros «Minería y medio ambiente en el Siglo XXI: Una visión global y de Derecho Comparado»

Josep Ramon Fuentes I Gasó

Profesor Titular de Derecho Administrativo

Universitat Rovira i Virgili

Los días 15 y 16 de octubre tuvo lugar en el Salón de actos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla la III Jornada internacional de Estudios mineros dedicados a “Minería y medio ambiente en el siglo XXI: una visión global y de Derecho Comparado”, dirigida por las profesoras Encarnación Montoya Martín, Catedrática de Derecho administrativo y M^a Ángeles Fernández Scagliusi, Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo ambas de la Universidad de Sevilla. Esta Jornada, al igual que las dos primeras ediciones se enmarcan dentro del Proyecto DER 2016-78393-R “La minería extractiva en el siglo XXI; retos jurídicos y medioambientales”.

En el acto de inauguración participó el Secretario General de Industria y Minas de la Junta de Andalucía D. Cristóbal Sánchez Morales, que apostó por convertir a Andalucía en un referente de la minería sostenible e innovadora, objetivo en el que han de trabajar conjuntamente la Administración y el sector.

La primera ponencia “La lucha contra el cambio climático en el sector de la minería extractiva” estuvo a cargo de la Profesora MONTOYA MARTÍN, quien inició su intervención subrayando que una economía climáticamente neutra exige un uso intensivo de materias primas que provienen de la actividad extractiva. En el ámbito europeo destacó los tres factores que convergen en este tema: la resiliencia de materias primas fundamentales y poder llevar a cabo el tránsito hacia el nuevo modelo energético; la economía circular como presupuesto de la neutralidad climática y, por último, el Proyecto de normativa europea del clima. La segunda parte de su intervención se dedicó al marco normativo español de lucha contra el cambio climático analizando las leyes autonómicas de cambio climático promulgadas y para concluir de manera crítica que ninguna de las leyes hace referencia expresa a la minería y las posibilidades de su contribución en la lucha contra el cambio climático. En esta línea, analizó el instrumento de la huella de carbono y su registro abogando por el fomento de su aplicación en la minería.

El profesor Tomás QUINTANA LÓPEZ, Catedrático de la Universidad de León, en su ponencia “Minería e instrumentos de tutela ambiental, evolución y pers-

pectivas de futuro” expuso la panorámica general de las tensiones entre minería y medio ambiente; así como los instrumentos jurídicos de tutela ambiental de dicha actividad diferenciando aquéllos de carácter trasversal, aplicables a todas las actividades con repercusiones negativas sobre el medio ambiente y aquéllos específicos, aplicables sólo a las actividades mineras.

Repasando los instrumentos trasversales de tutela ambiental hizo referencia al Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas (RAMINP) y explicó los conflictos producidos entre la aplicación del reglamento por las entidades locales y las competencias del Ministerio de Industria que en virtud del art. 116.1 de la Ley 22/1973, 21 de julio, de Minas, equivalía siempre a dar prevalencia a la actividad minera sobre la tutela ambiental. No obstante, señaló que el instrumento trasversal de tutela ambiental más importante es la evaluación del impacto ambiental. Por último, se centró en el análisis de la normativa de restauración como instrumento específico de tutela ambiental para las actividades extractivas, centrándose en el vigente Real Decreto 975/2009, de 12 de junio, sobre gestión de los residuos de las industrias extractivas y de protección y rehabilitación del espacio afectado por actividades mineras.

La ponencia “Minería e instrumentos jurídico-transversales de tutela ambiental: La evaluación de impacto ambiental” corrió a cargo de Santiago ÁLVAREZ CARREÑO, Profesor Titular de Derecho Administrativo, de la Universidad de Murcia, que centró su intervención en la evaluación ambiental estratégica de proyectos. Para el ponente, los puntos más críticos son: la tensión minería y espacios naturales protegidos; las ampliaciones de plazo de proyectos autorizados en el pasado y, por último, la necesidad de canalizar los conflictos con la población afectada por proyectos mineros, apuntando la conveniencia de incluir en la evaluación de impacto ambiental la social. Desde la eficacia de la aplicación de la evaluación de proyectos destacó la necesidad de mejora de la calidad de los estudios de impacto ambiental con equipos interdisciplinares, medios y preparación técnica real, así como reforzar la vigilancia y potestad sancionadora de la Administración.

Seguidamente, María de los Ángeles FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla, abordó una cuestión fundamental y de deficiente regulación en la vigente legislación española: “La gestión del agua en la minería”. Especial atención dedicó al papel que desempeña el agua en la mayoría de las operaciones de la minería industrial moderna. Tras la exposición de los problemas jurídicos que presenta la gestión del agua en este sector, examinó el orden de preferencia de usos que regulan los diferentes planes hidrológicos de cuenca para constatar la necesidad de contemplar expresamente la minería.

La mañana se cerró con la intervención de Pedro MORA PERIS, Profesor Titular de la Escuela de Ingeniería de Minas y Energía de la Universidad Politécnica de Madrid, “Minería extractiva y el reto de la gestión y validación de residuos: La economía circular”. Puso de manifiesto que la industria extractiva ocupa el segundo lugar en cuanto a la generación de residuos. Desde una visión práctica destacó la necesidad de aclarar qué se entiende por residuos en la minería y subrayó que al no ser todos los residuos iguales, no hay reglas fijas para toda la minería y todos sus residuos. A tal efecto explicó los BREF de Residuos Mineros 8, Documento de referencia sobre las Mejores Técnicas Disponibles (MTD) para la gestión de residuos extractivo y la Directiva 2008/98/CE sobre los residuos y por la que se derogan determinadas Directivas. El ponente apuntó las importantes posibilidades de validación de estos residuos a efectos de la economía circular, en particular la generación de subproductos.

Las sesiones de la tarde se dedicaron al Derecho Comparado, con la mesa redonda “Fortalezas, debilidades y retos ambientales de futuro en la minería”, moderada por Fernando GARCÍA RUBIO, Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad Rey Juan Carlos.

En primer lugar, intervino João Paulo FERNANDES REMÉDIO MARQUES, Profesor Titular de Derecho Privado de la Universidad de Coímbra, quien se ocupó de las “Fortalezas, debilidades y retos ambientales de futuro en la minería: el caso portugués de captura y almacenamiento de hidrógeno”. Después de haber explicado el marco normativo, se centró en el hidrógeno como una parte importante de la solución para alcanzar el objetivo de neutralidad climática, establecido en el Pacto Ecológico Europeo, para 2050. El ponente destacó que el Derecho minero en Portugal puede contribuir a la descarbonización del medio ambiente regulando el uso de lugares de almacenamiento seguros para fuentes de energía renovables, como el hidrógeno, la biomasa y el gas natural.

A continuación, el Profesor Milton Fernando MONTOYA PARDO, Director de Investigaciones del Departamento Derecho Minero Energético de la Universidad Externado de Colombia trató el tema “Fortalezas, debilidades y retos ambientales de futuro en la minería en Colombia”. Analizó algunos de los aspectos más sensibles de la tensa relación entre la protección del medio ambiente y la actividad minera. Reconociendo los múltiples conflictos que dicha relación sugiere, ahondó en el estudio de los instrumentos que el ordenamiento jurídico colombiano ha desarrollado para prevenir las consecuencias negativas derivadas de la actividad minera.

Por último, Ana BASTIDA, Profesora Titular de Derecho y Políticas de los Recursos Naturales de la Universidad de Dundee y Diego MURGUÍA, Investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) y del Instituto Interdisciplinario de Economía Política de la Universidad de Buenos Ai-

res, se ocuparon del tema Competitividad e institucionalidad minero-ambiental en la experiencia comparada. Examinaron la conexión estrecha entre competitividad, calidad regulatoria e institucionalidad minero-ambiental, destacando que la mayor competitividad está asociada a la mejor calidad regulatoria y mayor institucionalidad minero-ambiental, y centrándose, como ejemplo paradigmático, en el caso de Canadá.

El día 16 de octubre tuvo lugar la mesa redonda “Retos ambientales de la minería extractiva en Andalucía”, moderada por la Profesora MONTOYA MARTÍN.

En primer lugar, intervino Daniel CASTILLO MORA, Letrado de la Junta de Andalucía, Vicepresidente del Consejo Superior de Letrados y Abogados de Comunidades Autónomas, con la ponencia “Perspectiva jurídica: la autorización ambiental unificada” en la que se centró en los siguientes aspectos prácticos: la naturaleza jurídica de la AAU y sus diferencias con la Declaración de impacto ambiental (DIA); cómo se integra la DIA en la AAU; régimen de caducidad de las evaluaciones de impacto ambiental y sus efectos sobre el régimen transitorio de las AAU; cuestiones formales; y, por último, el procedimiento de AAU respecto de las actividades privadas declaradas de interés general en Andalucía.

Seguidamente intervino Macarena GARCÍA CODER, Consultora en Sostenibilidad, "Somos Minería" con la ponencia “De la minería verde a la minería sostenible”, en la que expuso las diferencias y relaciones entre la minería verde y la minería sostenible y el necesario liderazgo de minería para posibilitar ese cambio. Explicó el Plan de acción sobre materias primas fundamentales de la Unión Europea y la necesidad de trabajar en el desafío de la aceptación de la minería como agente para el cambio.

Finalmente, desde la perspectiva del sector AMINER intervinieron Lucas AL-CÓN FRANCO, Jefe de medio ambiente de Cobre Las Cruces, y Juan Antonio COVEÑAS ALCANIZ, Asesoría jurídica Cobre Las Cruces con la ponencia “Las buenas prácticas ambientales”. Explicaron qué son las buenas prácticas ambientales, siendo su objetivo último alcanzar un desarrollo sostenible de la actividad y que se ha producido un cambio de paradigma en la gestión, donde la sostenibilidad es un activo. Asimismo, se requiere la licencia social para operar. La minería sostenible necesita de la tecnología que ha recibido el impulso en economía circular y la transición energética.

En definitiva, la III Jornada Internacional de Estudios Mineros fue un éxito total, tanto por el elevadísimo nivel de las ponencias, como por la intervención de los participantes, lo que debe alentar a sus directoras académicas a organizar la IV edición cuando las condiciones sanitarias lo permitan.

Medidas y responsabilidades en el sector alimentario

Pedro Rodríguez Guillén

Universidad de Sevilla

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN. II. LA IMPORTANCIA DE LOS PRINCIPIOS COMUNITARIOS EN LA LEGISLACIÓN ALIMENTARIA. 1. El principio de precaución. 2. El proceso de evaluación de riesgos. 3. El sistema de APPCC como mejor forma de gestionar el riesgo. III. MARCO NORMATIVO DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES EN EL SECTOR ALIMENTARIO. 1. A nivel comunitario. 2. A nivel nacional. IV. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DERIVADA DE LOS DAÑOS ALIMENTARIOS CON ESPECIAL ATENCIÓN A LA COMUNIDAD DE ANDALUCÍA. 1. Reseña al régimen de responsabilidad objetiva en España. 2. El caso del aceite de orujo. 3. El caso “Magrudis”. V. CONCLUSIÓN. VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Nos adentramos en el relevante papel que desempeñan las autoridades públicas como garantes de que la seguridad alimentaria de los distintos productos que consumimos sea efectiva a través de su regulación mediante normas tanto internas como a nivel internacional, fundamentalmente provenientes de la UE con el famoso Reglamento 178/2002. Para saber si lo que consumimos a diario cumple con las exigencias de toda índole es preciso delimitar el régimen jurídico de las medidas asumidas por el Poder Público, preferiblemente antes de que corra riesgo la seguridad alimentaria, y no después, verificando acto seguido la intervención de las distintas administraciones en este ámbito en aras de depurar la eventual responsabilidad administrativa a la que tendrían que hacer frente nuestras autoridades si dicha intervención provoca daños o riesgos inasumibles para la población.

PALABRAS CLAVE: seguridad alimentaria, riesgos, alertas alimentarias, responsabilidad administrativa.

I. INTRODUCCIÓN

Desde la famosa alerta alimentaria conocida como el “mal de las vacas locas”, la Comunidad Europea empezó a tomar acción y conciencia con la más que necesaria intervención de todas las autoridades públicas de diverso rango. Esta toma de conciencia tuvo que ver con la publicación del Libro Blanco de Seguridad Alimenta-

ria en el año 2000, documento elaborado por la Comisión que sentó las bases de la posterior política de seguridad alimentaria que se iba a desarrollar en la UE. Aunque es verdad que este documento actúa como un mero lanzador de propuestas, no es menos cierto que supuso un punto de inflexión para el futuro de la salud pública, de los consumidores, los productores, y para la sociedad en general, con la famosa expresión “de la granja a la mesa”.

El denominado “Paquete de Higiene” supuso un conjunto de Reglamentos comunitarios cuya ratio legis radicaba en no volver a lamentar una crisis alimentaria de estas características. Sin embargo, parece ser que el avance de la tecnología y la obligación de tener informado al consumidor sobre lo que come en el nuevo milenio no ha sido suficiente para evitar otras crisis alimentarias (E.coli, listeriosis, aceite de orujo). La importancia de la seguridad alimentaria en la sociedad nunca ha pasado ni pasará de moda porque la introducción de nuevos alimentos en el mercado (alimentos modificados genéticamente), los nuevos métodos de venta de alimentos en el mercado por internet y la constante codicia de los productores por abarcar la mayor cuota de mercado posible a costa de la información fraudulenta proporcionada a los consumidores está a la orden del día.

Del citado Paquete de Higiene adquiere una mayor relevancia el Reglamento (CE) nº 178/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2002, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria, que será el que marcará tanto la legislación de los Estados miembros, incluido España, en materia de seguridad alimentaria por introducir importantes principios, entre los que se encuentra el de precaución (art.7), de vital importancia para nuestra investigación jurídica y del que se ha escrito mucho por autores variados, puesto que analizaremos el recurso que realizan las Autoridades Públicas a este principio en aras de evitar un daño a la población.

Esta tarea de seguridad alimentaria está encomendada a la EFSA, creada por el Reglamento 178/2002, y la AECOSAN, creada por el Real Decreto 19/2014, de 17 de enero. La Agencia Española es un organismo autónomo dependiente del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación. Los objetivos de esta agencia son: promover la seguridad alimentaria, ofreciendo garantías e información objetiva a los consumidores y agentes económicos del sector agroalimentario español; planificar, coordinar y desarrollar estrategias y actuaciones que fomenten la información, educación y promoción de la salud en el ámbito de la nutrición, y en particular, en la prevención de la obesidad¹.

¹ http://www.aecosan.msssi.gob.es/AECOSAN/web/agencia/seccion/sobre_aesan.htm.

En España, al igual que en el resto de Estados miembros, la legislación nacional (Ley de Seguridad Alimentaria y Nutrición) viene inspirada en los principios y actuaciones del Reglamento 178/2002. Esta ley transcribe estos principios a nuestra legislación: principio de cautela (art.7), el de análisis de riesgos (art.5), o el de trazabilidad (art.6), a los que tendremos ocasión de analizar. Estos principios vienen a ser los mismos que los que señala el Reglamento europeo. Pero en nuestra legislación se enumeran una serie de pautas de actuación en el art.4 que seguirán las Administraciones Públicas cuando deban tomar una medida: principio de necesidad, principio de proporcionalidad, principio de no discriminación y principio de mínima afectación a la competencia, los cuales se pueden reconducir al principio general de mínima intervención.

Este principio de cautela o precaución al que aludiremos fue formulado por primera vez en la Conferencia de la ONU sobre el medio ambiente y el desarrollo de 1992, más conocida como “Declaración de Río”, cuyo principio 15 se formulaba en los términos siguientes: “cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medioambiente”².

También será relevante servimos del principio de análisis de riesgos para deducir la responsabilidad por daños, puesto que es un sistema que se apoya en tres etapas: determinación, gestión y comunicación de los riesgos. Por lo que a nosotros nos interesa, nos centraremos en la segunda y tercera etapa, ya que es cuando deben intervenir las autoridades administrativas. No obstante, son etapas que se complementan, por lo que necesariamente la gestión y comunicación deberán seguir las directrices previamente marcadas por las autoridades sanitarias y científicas, que tendremos que conocer grosso modo a través del reflejo en la jurisprudencia comunitaria.

En la actualidad, el riesgo alimentario viene representado por el desarrollo constante y cada vez más acelerado de la denominada biotecnología alimentaria, cuya principal función viene siendo garantizar el abastecimiento general de alimentos a toda la población porque según los defensores de este conjunto de técnicas sería inviable alimentar a la población solo y exclusivamente con alimentos ecológicos, así como conferir a los alimentos un mayor grado de calidad alimentaria mediante técnicas de recombinación genética con las que se obtienen alimentos transgénicos.

En aras de una seguridad alimentaria mundial, no solo nacional, por la cada vez más internacionalización del comercio y, por ende, el gozo de una salubridad

² <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>.

pública, que tendría que ser un hecho más que un derecho intervienen las autoridades de toda índole en el sector alimentario. Las autoridades administrativas tendrán que sustentarse en los dictámenes científicos y técnicos de las autoridades sanitarias para tomar las medidas, pero ostentando una importante discrecionalidad, como veremos.

II. LA IMPORTANCIA DE LOS PRINCIPIOS COMUNITARIOS EN LA LEGISLACIÓN ALIMENTARIA

1. El principio de precaución

El principio de precaución nos viene rubricado en el Reglamento 178/2002, art.7, en los siguientes términos:

1. En circunstancias específicas, cuando, tras haber evaluado la información disponible, se observe la posibilidad de que haya efectos nocivos para la salud, pero siga existiendo incertidumbre científica, podrán adoptarse medidas provisionales de gestión del riesgo para asegurar el nivel elevado de protección de la salud por el que ha optado la Comunidad, en espera de disponer de información científica adicional que permita una determinación del riesgo más exhaustiva.

2. Las medidas adoptadas con arreglo al apartado 1 serán proporcionadas y no restringirán el comercio más de lo requerido para alcanzar el nivel elevado de protección de la salud por el que ha optado la Comunidad, teniendo en cuenta la viabilidad técnica y económica y otros factores considerados legítimos para el problema en cuestión. Estas medidas serán revisadas en un plazo de tiempo razonable, en función de la naturaleza del riesgo observado para la vida o la salud y del tipo de información científica necesaria para aclarar la incertidumbre y llevar a cabo una determinación del riesgo más exhaustiva.

En la legislación nacional también nos aparece regulado el principio de precaución, en concreto en la LSAN, art.7, con una dicción casi idéntica. De la interpretación que realizamos sobre estos preceptos, la consideramos parca por cuanto exige probar la efectiva existencia de efectos nocivos para la salud humana, y no meras sospechas acerca de estos efectos. Por tanto, no puede existir una incertidumbre total si quiere observar la normativa, sino solo parcial. Este “mínimo” de conocimiento, en el ámbito alimentario, deberá estar contrastada con informes objetivos y fiables que no solo provengan de una parte interesada³, como por ejemplo, los informes de la EFSA o AECOSAN.

³ MANTECA VALDELANDE, V., “El principio de precaución alimentaria”, en *Distribución y consumo*, núm. 96 (2007), p. 94.

Una vez que sabemos que contamos con la habilitación legal necesaria para aplicar el principio de precaución debemos conocer el modo de aplicación de este principio en el ámbito alimentario, siendo fundamental en este sentido la Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución⁴ que veremos a continuación, que será la que nos marcará las pautas para la aplicación del principio.

En un ámbito tan a la orden del día como es la ingeniería genética y la biotecnología no podría faltar su proliferación en los alimentos que consumimos a diario. “La aplicación tecnológica de las biociencias parte del supuesto [...] de la posibilidad de predecir los resultados de su intervención con una cierta probabilidad de acierto, y niegan o ignoran las incertidumbres teóricas de sus presupuestos de partida, cuantificando las posibilidades de daño y decidiendo qué riesgos deben ser evaluados”⁵. Aduce este autor que no es válido esgrimir una balanza costes-beneficios para la utilización de la ingeniería genética porque no se sabe siquiera cuales van a ser estos costes, por lo que la única opción que nos queda para reducir esta incertidumbre científica es la aplicación del principio de precaución para anticiparse a tal desconocimiento.

Entendiendo sobradamente que el principio de precaución solo tendrá sentido en la medida que exista un riesgo para la salud humana, ¿qué medidas podremos tomar a la sazón del principio de precaución? En la citada Comunicación, no especifica el tipo de medidas concretas, pero sí advierte que la prohibición total, por ejemplo, de la venta de un producto en el mercado puede chocar con otro principio, cual es el de proporcionalidad, pero esta medida podría ser la única factible ante un determinado riesgo. La doctrina afirma que el principio de precaución no es omnímodo ni prevalece sobre otros principios⁶; antes al contrario, la existencia de principios como el de proporcionalidad o legalidad, producen una relajación en su aplicación. Se puede afirmar que el principio de precaución habilita a adoptar medidas u obligaciones de medio, pero nunca de resultado por desconocerse precisamente la entidad del riesgo.

Resulta obligado analizar la STJUE de 5 de mayo de 1998, Reino Unido vs. Comisión, C-180/1996, LA LEY 54845/1998, porque fue la vez primera que se reconoció el principio de precaución como fuente del Derecho por la jurisprudencia. En este asunto, el Reino Unido impugnó la Decisión 96/239/CE, de 27 de marzo, la cual prohibía la exportación de carne bovina a países de los Estados miembros y terceros países procedente del Reino Unido como medida de protección de salud contra la encefalopatía espongiforme bovina, pero este país lo consideró una restricción a la libre circulación de mercancías. La normativa aplicada para subsumir el principio

⁴ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM:l32042>.

⁵ SENTÍS CASTAÑO, C., “Ingeniería genética: insuficiencias teóricas y la aplicación del principio de precaución”, en *Política y sociedad*, vol. 39, núm. 3 (2002), p. 365.

⁶ IZQUIERDO CARRASCO, M. y REBOLLO PUIG, M., “El principio de precaución y la defensa de los consumidores”, en *Documentación administrativa*, núm. 265-266 (2003), p. 188.

de precaución en el presente caso fue el art.130 TCE, el cual preveía la protección de la salud como uno de los objetivos de la política medioambiental. Fue la primera vez que se extrapoló el principio de precaución a otro sector distinto al medioambiental en aras de proteger la salud pública, de ahí su importancia.

2. El proceso de evaluación de riesgos

Al igual que el principio de precaución, el principio de análisis de riesgos también cuenta con asentamiento legal en las normas comunitarias en su art.6 Reglamento 178/2002. El análisis del riesgo es un proceso formado por tres elementos interrelacionados: determinación del riesgo, gestión del riesgo y comunicación del riesgo (art.3.10). La competencia sobre cada una de estas etapas o fases está encomendada a distintos sujetos y entes. Así, en la gestión deberían intervenir todos los participantes en la cadena alimentaria, no solo las autoridades administrativas: empresas alimentarias, productores o distribuidores de piensos.

En la determinación del riesgo, en cambio, solo tiene competencia la comunidad científica mediante pruebas científicas que se realizará de una manera “independiente, objetiva y transparente” (art.6.2). Por último, en la comunicación deberán colaborar tanto los que determinan el riesgo como los que lo gestionan mediante el “intercambio interactivo de información” (art.3.13), siendo esta última etapa fundamental a fin de tomar las medidas de forma coordinada y coherente entre todas las autoridades.

La determinación de riesgo, que es la parte más determinante de este proceso valga la redundancia, se lleva a cabo por la Agencia Española de Seguridad Alimentaria (AECOSAN), la cual está compuesta por un importante número de personajes científicos. Dicho organismo autónomo fue creado mediante la Ley 11/2001, de 5 de julio, por la que se crea la Agencia Española de Seguridad Alimentaria, establece que los órganos de la Agencia son el Consejo de Dirección, la Comisión Institucional, el Consejo Consultivo, el Comité Científico y el Director Ejecutivo (art.3). Su componente científico radica en la emisión de dictámenes científicos que servirán de guía de actuación a las Administraciones Públicas en el objetivo de eliminar el mayor número de riesgos posible.

Guarda especial interés la jurisprudencia comunitaria en este sentido para saber si la evaluación de riesgos se realiza correctamente en conexión con el recurso al principio de precaución. En la STJUE, Sala Cuarta, de 19 de enero de 2017, asunto *Pharma vs. Alemania*, C-282/2015, Ponente: Lycourgos, LA LEY 50/2017, en la cual se presenta una cuestión prejudicial sobre la compatibilidad del Derecho alemán con la legislación alimentaria europea, en concreto, con el Reglamento 178/2002 (arts.6 y 7) y el Reglamento 1925/2006.

El Tribunal remitente se pregunta si la normativa nacional de que se trata en el litigio principal contradice el Derecho de la Unión, en la medida en que aquella normativa prohíbe con carácter general la utilización de aminoácidos en los alimentos con independencia de la cuestión de si hay suficientes razones para temer riesgos para la salud, concluyendo el mismo que la medida de excepción de autorización solo puede concederse por un período de tiempo determinado, a pesar de comprobarse la inocuidad de los alimentos. Esta medida no se rechaza por el Tribunal en base a las excesivas facultades discrecionales de las que ha hecho uso el Estado miembro porque no existe armonización legislativa comunitaria al respecto, sino por la diligencia en evaluar la información disponible.

Pero la pregunta es, ¿qué cuestiones tendrá que tomar en cuenta el poder político para aceptar un determinado riesgo existente? Siguiendo a la doctrina autorizada, es importante tanto el nivel de riesgos asumible como el tipo y grado de riesgo⁷. El primer obstáculo mencionado a superar viene condicionado por el escaso conocimiento de la técnica y el progreso que tienen nuestras autoridades, pero que no les quedará más remedio que “mojarse” para escoger la mejor opción. El segundo de ellos vendrá marcado por el riesgo residual, que es aquel que no está rechazado por el ordenamiento.

Por tanto, podemos concluir que la protección de la salud y las medidas que adopten las autoridades administrativas para ello dependerá de los datos científicos que tengan estas autoridades sobre este riesgo. Es decir, las autoridades científicas de un Estado miembro que cuenten con indicios sobre la existencia de un riesgo para la salud podrán adoptar estas medidas por contar con datos científicos, mientras que si en otro Estado miembro existe idéntico riesgo sobre un alimento pero no cuenta con unos mínimos datos científicos que informe sobre el riesgo, no tendrá legitimidad para tomar medida alguna.

3. El sistema de APPCC como la mejor forma de gestionar el riesgo

Debemos recordar que el sistema de gestión de riesgos no solo se lleva a cabo por las autoridades nacionales, sino que las empresas y productores alimentarios juegan un papel relevante en la prevención de riesgos, aunque no puedan tomar medidas provisionales mediante la denominada autorregulación. Precisamente, esta forma de gestión de riesgos por los particulares se lleva a cabo con el fin de evitar tener que tomar medidas. Me atrevería a decir que en esta prevención tienen un rol incluso más importante que los poderes públicos, ya que son al fin y al cabo los que

⁷ ESTEVE PARDO, J., *Técnica, riesgo y derecho: tratamiento del riesgo tecnológico en el derecho ambiental*, Ariel, 1999, pp. 52 y 53.

están “en el campo de batalla” para conseguir la seguridad alimentaria. No obstante, sí hace falta que el Poder Público defina los límites de dicha autorregulación y controle “desde el exterior” la ejecución de estas medidas privadas⁸.

Sin embargo, la mayor parte de esta gestión del riesgo por las empresas se centra en el sistema de APPCC, al que nos referiremos aunque sea brevemente por la importancia del mismo. Es un método implantado por el Codex Alimentarius que aunque sus normas no poseen fuerza coercitiva han sido traspuestos sus principios a nuestra legislación nacional. Se basa en siete principios regulados en el art.3 de esta norma (realizar un análisis de peligros, determinar los puntos críticos de control, establecer límites críticos, establecer sistemas de vigilancia, establecer medidas correctoras cuando se observe que un punto de control crítico va a trasvasar el límite crítico establecido, establecer procedimientos de verificación para comprobar que el sistema funciona eficazmente y establecer un sistema de documentación sobre todos los procedimientos y los registros apropiados para estos principios y su aplicación).

Una parte de la doctrina, con ESTEVE PARDO a la cabeza, ve mayores problemas que ventajas en la toma de gestión del riesgo por particulares o empresas privadas porque se está trasladando cuestiones de ámbito público por ser de gran importancia a estas instancias, sin tener siquiera posibilidad la Administración de corregir las posibles decisiones que pudieran adoptar. Además, señala este autor que en países como España se encuentra menos aquilatado el sistema por haberse encontrado siempre en manos del Estado la gestión del riesgo⁹. Se añade que este traslado de funciones a instancias privadas o particulares no supone ni debe suponer la negación del carácter público de las mismas porque siguen estando en juego intereses constitucionales¹⁰.

La importancia de estos principios radica en que su incumplimiento se considerará infracciones graves de carácter sanitario, cuando dicho incumplimiento depare en riesgos o daños efectivos para la salud de los consumidores, así como la inobservancia de los requerimientos de las autoridades sanitarias para el cumplimiento de estos principios (art.7.4). No nos detendremos más en esta temática porque excede del estudio de las medidas, no considerándose la implantación del mismo como una medida, sino como una forma de gestión del riesgo. Volveremos sobre este tema cuando hablemos sobre la responsabilidad administrativa para preguntarnos si una empresa podría ser responsable por no haber implantado o haber implantado de forma incorrecta el sistema.

⁸ ESTEVE PARDO, J., “Ciencia y Derecho ante los riesgos para la salud: evaluación, decisión y gestión”, en *Documentación administrativa*, núm. 265-266 (2003), p. 148.

⁹ ESTEVE PARDO, J. (1999: 24).

¹⁰ ESTEVE PARDO, J. (1999: 50).

Para plasmar lo que supone realmente este sistema, describiremos de manera sucinta el control de este proceso en dos ámbitos concretos: los mataderos de cerdo ibérico para evitar enfermedades como la Salmonella y el muestreo del agua para evitar la Legionella. Por ejemplo, para controlar la Salmonella en los cerdos ibéricos, el proceso consiste en aplicar una esponja abrasiva desinfectada a cuatro partes del cerdo ibérico (pata trasera media, abdomen lateral, región dorsal media y papada), según la norma ISO¹¹. Para el control de la Legionella en el agua, se lleva a cabo el muestreo del agua contenida en torres de refrigeración, utilizando las metodologías que marca la normativa ISO durante un período de cinco años¹².

En conclusión, la mejor forma de conseguir la tan ansiada seguridad alimentaria, se puede hacer implantando un sistema de certificación de calidad alimentaria en la empresa, preferiblemente siguiendo los parámetros marcados por la norma ISO, aunque existan muchas otras como BCR o IFS que controle a su vez el correcto funcionamiento del APPCC, sin soslayar las técnicas de buenas prácticas de higiene (BPA, BPD y BPD) que se debían observar con anterioridad de la entrada de estos sistemas en la empresa.

III. MARCO NORMATIVO DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES EN EL SECTOR ALIMENTARIO

1. A nivel europeo

Son múltiples las normas que nos podemos encontrar que habilitan a la adopción de medidas provisionales en Derecho alimentario europeo. Sin embargo, la fuente de la que emanan todas ellas se halla en el Reglamento 178/2002, en su art. 53

¹¹ CÉSPEDES SÁNCHEZ, F.J., HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, A., ORTEGA MARISCAL, M. A. y AMARO LÓPEZ, M.A., “El control de los criterios de higiene de los procesos en mataderos de cerdo ibérico como medio para evaluar el funcionamiento aceptable de la producción”. en M. VALERA CORDOBA *et alt.* (coords), *Jornadas Ibéricas de razas autóctonas y sus productos tradicionales: innovación, seguridad y cultura alimentaria*, Sevilla (2007), pp. 249-252.

¹² PÉREZ VIDAL, A., TORRES LOZADA, P., HERNÁN CRUZ VÉLEZ, C., “Planes de seguridad del agua. Fundamentos y perspectivas de implementación en Colombia”, en *Ingeniería e Investigación*, vol. 29, núm. 3 (2009), pp. 79-85.

sobre las medidas de emergencia¹³. Entre las normas que han emanado para la adopción de medidas, sobresalen aquellas que han ido dirigidas a al sector de los piensos¹⁴.

En la STJUE, Sala Tercera, de 13 Sep. 2017, asunto maíz MON 810, C-111/2016, Ponente: Bay Larsen, LA LEY 120883/2017, se interpretó el tenor de los preceptos 53 y 54. Se planteó la cuestión prejudicial acerca de si con arreglo al art.34 Reglamento 1829/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre alimentos y piensos modificados genéticamente, la Comisión venía autorizada a adoptar las medidas enunciadas en el precepto objeto de análisis.

¹³ 1. Cuando se ponga de manifiesto la probabilidad de que un alimento o un pienso, procedente de la Comunidad o importado de un país tercero, constituya un riesgo grave para la salud de las personas, de los animales o para el medio ambiente, y dicho riesgo no pueda controlarse satisfactoriamente mediante la adopción de medidas por parte de los Estados miembros afectados, la Comisión, con arreglo al procedimiento previsto en el apartado 2 del artículo 58, por iniciativa propia o a petición de un Estado miembro, adoptará de inmediato una o varias de las medidas que se exponen a continuación, en función de la gravedad de la situación:

- a) si es un alimento o un pienso de origen comunitario:
 - i) suspensión de la comercialización o utilización del alimento en cuestión;
 - ii) suspensión de la comercialización o del uso del pienso en cuestión;
 - iii) establecimiento de condiciones especiales para ese alimento o pienso;
 - iv) cualquier otra medida provisional adecuada;
- b) si es un alimento o un pienso importado de un país tercero:
 - i) suspensión de las importaciones de ese alimento o pienso procedentes de la totalidad o de parte del territorio del país tercero en cuestión y, si procede, del país tercero de tránsito;
 - ii) establecimiento de condiciones especiales para el alimento o el pienso procedente de la totalidad o de parte del territorio del país tercero en cuestión;
 - iii) cualquier otra medida provisional adecuada.

2. No obstante, en situaciones de emergencia, la Comisión podrá adoptar provisionalmente las medidas a que se refiere el apartado 1, previa consulta con el Estado o los Estados miembros afectados e informando de ello a los demás Estados miembros.

Tan pronto como sea posible, y a más tardar en un plazo de diez días hábiles, se confirmarán, modificarán, revocarán o ampliarán las medidas adoptadas, de acuerdo con el procedimiento contemplado en el apartado 2 del artículo 58, y se harán públicos sin demora los motivos de la decisión de la Comisión.

¹⁴ Así, tenemos: Reglamento de Ejecución (UE) 2018/1660 de la Comisión, de 7 de noviembre de 2018, por el que se imponen condiciones especiales a la importación de determinados alimentos de origen no animal procedentes de determinados terceros países debido a los riesgos de contaminación por residuos de plaguicidas, por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 669/2009 y por el que se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) n.º 885/2014; Reglamento de Ejecución (UE) 2016/6 de la Comisión, de 5 de enero de 2016, por el que se imponen condiciones especiales a la importación de piensos y alimentos originarios o procedentes de Japón a raíz del accidente en la central nuclear de Fukushima y se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) n.º 322/2014; Reglamento de Ejecución (UE) n.º 884/2014 de la Comisión, de 13 de agosto de 2014, por el que se imponen condiciones especiales a la importación desde determinados terceros países de piensos y alimentos que pueden estar contaminados por aflatoxinas y se deroga el Reglamento (CE) n.º 1152/2009.

Esta cuestión se ha presentado en el marco de un procedimiento penal contra el Sr. Giorgio Fidenato y los Sres. Leandro y Luciano Taboga, en el que se les imputa haber cultivado la variedad de maíz modificado genéticamente MON 810, infringiendo la normativa nacional que prohíbe este cultivo.

El Tribunal declaró que cuando no se ha demostrado que sea evidente que un producto autorizado por el Reglamento nº 1829/2003 o de acuerdo con lo dispuesto en él pueda constituir un riesgo grave para la salud humana, la sanidad animal o el medioambiente, la Comisión no está obligada, en virtud del artículo 34 de dicho Reglamento, en relación con el artículo 53 del Reglamento nº 178/2002, a adoptar medidas de emergencia, en el sentido de estos artículos (apartado 28). Añadió que, aunque un Estado informe sobre la necesidad de adoptar estas medidas, si no resulta tal evidencia, la Comisión no deviene obligada, pero su falta de actuación legítima la adopción de medidas a escala nacional, así como su mantenimiento o renovación mientras que la institución comunitaria no haya adoptado alguna decisión que imponga su ampliación, modificación o derogación, según se desprende del fallo de la sentencia y de la interpretación que lleva a cabo del art.34 Reglamento 1829/2003, en relación con el art.54 Reglamento 178/2002.

Asimismo, el art.54 se rubrica bajo la expresión “Otras medidas de emergencia”. Esta norma está diseñada para el supuesto en que la Comisión no haya visto oportuno adoptar medidas de emergencia y, en tal caso, el Estado miembro podrá adoptar por iniciativa propia las denominadas medidas de protección, que solo durarán hasta que se adopten medidas comunitarias o la Comisión considere derogarlas por carecer de fundamento.

2. A nivel estatal

En el ámbito estatal, resalta por su importancia la LSAN, que en su Capítulo I se encarga de precisar las medidas de prevención y seguridad de los alimentos y piensos. El art.8 erige el principio de seguridad de los alimentos y piensos, el cual lo tenemos también en el art.14 Reglamento 178/2002, como principio que constituye una auténtica medida de prevención. Además, el segundo apartado se encarga de añadir que para que un alimento o pienso sea seguro, deberemos atender también a los posibles efectos o consecuencias que podría producir sobre los consumidores. En esta importante fase de prevención, juegan un papel clave los operadores económicos en la integridad de la cadena de producción mediante los denominados sistemas de control, entre los que destaca el APPCC, regulado en el art.5 Reglamento 852/2002. Cuando no hagan observar dicho sistema, el art.9 LSAN prevé dos tipos de medidas: -si un operador alimentario simplemente considera que no se cumplen algún requisito de seguridad alimentaria de los productos que pone en el mercado porque no se ha

producido un control adecuado durante la cadena alimentaria, retirará los productos del mercado e informará a la autoridad competente sobre este hecho.

-si un operador de empresa de piensos cree que algunos de sus productos no cumplen los requisitos de inocuidad, procederá igualmente a la retirada del mercado e informará de ello a la autoridad competente. Pero además, dicho producto será destruido, a menos que la autoridad competente crea oportuno otra solución.

El art.20 LSAN, al igual que el art.53 Reglamento 178/2002, instaura las medidas de emergencia que puede tomar la Administración General del Estado cuando un riesgo alimentario no pueda controlarse de forma bastante con las medidas que pueda tomar otra autoridad competente, por ejemplo, las comunidades autónomas. Dichas medidas deberán estar basadas en una evaluación de riesgos; en su defecto, se recurrirá a la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria o Autoridad Española de Seguridad Alimentaria; y, por último, se aplicará el principio de cautela de no existir ningún dato científico.

Extraemos de esta norma que la autoridad estatal siempre intervendrá en última instancia cuando no sea posible conseguir la seguridad a instancias de otra autoridad y, si interviene, siempre habrá de basarse en datos científicos. Como señala TOLEDO MARTÍN, estas medidas que se adopten tendrán que cumplir los requisitos establecidos por el art.4 LSAN (principio de necesidad, proporcionalidad, no discriminación y mínima afección a la competencia)¹⁵.

También contamos en nuestro territorio patrio con la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria, que tiene como finalidad “mejorar el funcionamiento y la vertebración de la cadena alimentaria de manera que aumente la eficacia y competitividad del sector agroalimentario español y se reduzca el desequilibrio en las relaciones comerciales entre los diferentes operadores de la cadena de valor, en el marco de una competencia justa que redunde en beneficio no sólo del sector, sino también de los consumidores” (E.M.III). Vemos, por tanto, que con una clara inspiración comunitaria, la adopción de medidas antes que se constate un riesgo es mucho más preferible que hacerlo cuando ya se ha producido.

La LGSP se dictó con el esfuerzo, no solo de garantizar la sanidad, que ya hacía de antaño la Ley General de Sanidad, sino también con el ánimo de tomar una actitud activa la Administración Pública en aras de mantener “el mayor nivel de salud posible a través de las políticas, programas, servicios, y en general actuaciones de toda índole desarrolladas por los poderes públicos, empresas y organizaciones ciu-

¹⁵ TOLEDO MARTÍN, A., *Las medidas provisionales en el Derecho alimentario*, tesis doctoral, Universidad de Navarra (2012), p. 329.

dadanas con la finalidad de actuar sobre los procesos y factores que más influyen en la salud, y así prevenir la enfermedad y proteger y promover la salud de las personas, tanto en la esfera individual como en la colectiva” (art.1). Entre los factores que han de tener en cuenta las autoridades gubernativas para vigilar el nivel de salud pública en la población se encuentra, como no podía ser de otro modo, la seguridad alimentaria y los riesgos alimentarios (art.12.2.3º).

El art.54 LGSP sanciona las medidas especiales y cautelares que las autoridades están legitimadas a adoptar que, en definitiva, son también medidas de urgencia o extraordinarias cuando el riesgo para la salud pública sea inminente. A diferencia de la LSAN, el apartado segundo de este precepto establece un elenco de medidas que en todo caso son *numerus apertus*. Las medidas que se adopten deberán respetar los principios generales de acción en salud pública del art.3 (equidad, salud en todas las políticas, pertinencia, precaución, evaluación, transparencia, integralidad y seguridad).

Entre estas se encuentran: la inmovilización y, si procede, el decomiso de productos y sustancias; la intervención de medios materiales o personales; el cierre preventivo de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias; la suspensión del ejercicio de actividades; la determinación de condiciones previas en cualquier fase de la fabricación o comercialización de productos y sustancias, así como del funcionamiento de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias a que se refiere esta ley, con la finalidad de corregir las deficiencias detectadas; cualquier otra medida cuando existan indicios racionales de riesgo para la salud.

Las medidas “preventivas” a las que alude la LGS aparecen en los siguientes términos, en el art.26:

1. En caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de Empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas.

2. La duración de las medidas a que se refiere el apartado anterior, que se fijarán para cada caso, sin perjuicio de las prórrogas sucesivas acordadas por resoluciones motivadas, no excederá de lo que exija la situación de riesgo inminente y extraordinario que las justificó.

CALLEJA REINA, basándose a su vez en la doctrina constitucional, fija los requisitos que debería cumplir una medida para considerar que está constitucio-

nalmente justificada¹⁶: que se persiga un fin constitucionalmente legítimo; que su adopción se encuentre amparada por una norma de rango legal (principio de legalidad); que sea acordada judicialmente, pero sin descartar que la ley pueda habilitar a otros sujetos por razones de urgencia o necesidad; motivación de la resolución que la acuerde; y, finalmente, proporcionalidad de la medida de manera que el sacrificio que la medida, idónea y necesaria a los fines constitucionalmente legítimos que se pretenden, no implique un sacrificio desmedido. Obviamente, la condición de autorización judicial exigida por el Tribunal Constitucional carecerá de sentido porque en la mayoría de los casos este tipo de medidas se adoptan en situaciones de urgencia, sin perjuicio de que sean vean sometidas a control judicial a posteriori a través de la ratificación por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo (art.8.6 LJCA).

IV. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DERIVADA DE LOS DAÑOS ALIMENTARIOS CON ESPECIAL ATENCIÓN A LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA

1. Reseña al régimen de responsabilidad objetiva en España

La responsabilidad de la Administración Pública se ubica en el Capítulo IV de la LRJSP. El principio de responsabilidad patrimonial viene preceptuado de forma objetiva, en los siguientes términos:

Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley (art.32.1).

La objetividad del régimen proviene nada más y nada menos directamente del mandato constitucional contenido en el art.106.2 CE:

Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

En el sector alimentario, que es del que nos estamos ocupando, guarda especial interés la responsabilidad concurrente de las Administraciones Públicas, es decir,

¹⁶ CALLEJA REINA, M. A., “Contagio del ébola en España: ejemplo de cómo no comunicar una crisis”, en C. MATEOS MARTÍN y F.J. HERRERO GUTIÉRREZ (coords), *La pantalla insomne*, 2016, pp. 83-99.

cuando nos encontramos con más de una Administración Pública responsable de los daños ocasionados, art.33:

1. Cuando de la gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones públicas se derive responsabilidad en los términos previstos en la presente Ley, las Administraciones intervinientes responderán frente al particular, en todo caso, de forma solidaria. El instrumento jurídico regulador de la actuación conjunta podrá determinar la distribución de la responsabilidad entre las diferentes Administraciones públicas.

2. En otros supuestos de concurrencia de varias Administraciones en la producción del daño, la responsabilidad se fijará para cada Administración atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención. La responsabilidad será solidaria cuando no sea posible dicha determinación.

Como afirma la doctrina, en un Estado descentralizado como el nuestro en el que las competencias están repartidas por la Constitución española entre el Estado central y las comunidades autónomas, y aún más en sede de salud pública y protección de los consumidores y usuarios, se tornaba en esencial un precepto como éste que arbitrara la posible responsabilidad. No obstante, la responsabilidad solo será solidaria entre las distintas Administraciones Públicas cuando no se cuente con un instrumento jurídico que dirima claramente la cuestión¹⁷.

Para concretar aún más la administración responsable en caso de producirse una alerta alimentaria habrá que oír sobre todo a la EFSA y AECOSAN porque estas instituciones corporativas son las que tienen un registro sanitario de empresas y alimentos, por lo que en caso de producirse una alerta con indicios de una posible Administración responsable detrás de la alerta, solo habrá que comprobar en la Comunidad Autónoma en la que se sitúa esta empresa o alimento. No obstante, como veremos, es muy fácil que haya una empresa responsable, pero es más difícil que se pueda objetivar la responsabilidad a una Administración Pública.

En cuanto a la indemnización, que va a ser la forma de resarcir los daños y perjuicios a los perjudicados, resulta de vital importancia el criterio de “estado de la ciencia o de la técnica” para un estudio como el nuestro porque nos marcará la frontera de lo indemnizable y lo no indemnizable. Por lo cual, no serán indemnizables “los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existente en el momento de producción de aquellos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos” (art.34.1).

¹⁷ CAMPOS ACUÑA, M, C., *Comentarios a la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público*, El Consultor de los Ayuntamientos, 2017.

Sobre el concepto de estado de la ciencia y de la técnica volveremos más adelante porque fue introducido como novedad para esta Ley.

Sea como fuere, los requisitos para que el daño sea indemnizable son: daño antijurídico, efectivo, evaluable económicamente e individualizable. El requisito de la antijuricidad, en el que podemos englobar el deber jurídico de soportar el daño y el estado de los conocimientos científicos y técnicos, aparece ahora mencionado en el art.32, mientras que en el régimen anterior aparecía mencionado junto al requisito de la indemnización¹⁸.

Para analizar la cláusula “estado de los conocimientos científicos y técnicos”, tomaremos como referencia la Directiva 85/374/CEE, del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, cuyo art.1 establece que el productor será responsable de los daños causados por los defectos de sus productos. El art.6 nos aclara que un producto es defectuoso “cuando no ofrece la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho”. Esta norma se ha integrado en nuestro Derecho positivo en el Libro tercero, Título II, Capítulo I del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

Sin embargo, el *quid iuris* se centra en la exoneración de responsabilidades al productor en los casos tasados en el art.140 LGDCU, cuya prueba corresponde al productor. Siguiendo a PRIETO-MOLINERO, estas exoneraciones no suponen una excepción al régimen de responsabilidad objetiva, puesto que sería injusto hacer responsable al productor, entre otras razones, cuando no se busca un beneficio económico, el producto se ajusta a las normas imperativas dictadas por los poderes públicos o que el defecto venga motivado del propio diseño del producto. La excepción al régimen lo constituyen los denominados “riesgos de desarrollo”, lo cual fue derogado, que supone una verdadera inversión al régimen de responsabilidad objetiva, es decir, se hace responder a estos fabricantes y productores a pesar de no conocer dichos riesgos según el estado de la ciencia y de la técnica.

Entre los argumentos que maneja el autor para oponerse a esta eliminación de la causa, encontramos¹⁹: por un lado, los riesgos de desarrollo no permiten conocer mediante datos científicos la relación de causalidad entre el daño y el producto; por otro lado, el perjuicio para los consumidores que solo podrán obtener productos bási-

¹⁸ GARCÍA RUBIO, F y FUENTES I GASÓ, J., *La responsabilidad de las administraciones públicas tras la nueva ley de régimen jurídico del sector público. Cuatro estudios*, Atelier, 2017, p. 58.

¹⁹ PRIETO MOLINERO, R. J., “La excepción por estado de la ciencia en España: ¿un camino hacia la innovación segura?”, en *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 51 (2007).

cos que no son sometidos a técnicas de progreso y mejora: y, por último, se convierte el sistema en una especie de asegurador universal a lo que no está llamado, según ha repetido en varias ocasiones la jurisprudencia.

Otro sector doctrinal, por el contrario, ha criticado duramente la cláusula “estado de los conocimientos científicos y técnicos” en base a: por un lado, el mandato constitucional del art.106.2 CE solo prevé como causa de exoneración de responsabilidad la fuerza mayor, por lo que se estarían añadiendo causas de exención por una vía distinta a nuestra Carta Magna; por otro lado, que los centros públicos estarían más privilegiados que los centros privados, por cuanto en éstos últimos no entraría en juego dicha causa de exoneración, conculcando ello el principio de igualdad del art.14 CE²⁰.

Hay que dejar claro que esta cláusula a la que hacemos referencia la estamos estudiando porque está prevista para el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración, tema que nos ocupa. Sin embargo, ésta es también utilizada para la responsabilidad civil de los productos defectuosos, en cuanto la apreciación de responsabilidad de los productores por daños a los consumidores suele ser más frecuente que la responsabilidad patrimonial de la Administración debido a que, sin ánimo de entrar en un profundo análisis, las exigencias de los Tribunales civiles para constatar la responsabilidad son más suaves que las tenidas en cuenta por los Tribunales contenciosos.

2. El caso del aceite de orujo

Entrando más de lleno en la casuística de las alertas alimentarias producidas en nuestro país, nos encargamos ahora de analizar desde el punto de vista jurídico aquellos aspectos más relevantes que supuso esta crisis sanitaria.

Esta alerta alimentaria fue declarada por la Consejería de Salud de Andalucía, a través de Resolución de 3 de diciembre de 2001, a raíz del descubrimiento de HAPs en una serie de partidas de aceite de orujo refinado de oliva y aceite de orujo de oliva. Dicha alerta alimentaria consistió básicamente en una medida: la inmovilización cautelar de dichas partidas de aceite a fin de evitar su puesta en el mercado. Esta inmovilización cautelar estaría vigente hasta descartar la presencia de este compuesto mediante un método analítico adecuado y con un límite numérico determinado. La constatación de estas sustancias en el aceite de orujo traía como causa la introducción de nuevas tecnologías en los procesos de elaboración. En cualquier caso, esta sustancia excedía el límite establecido tanto en la normativa (Orden ministerial de 25

²⁰ BUSTO LAGO, J. M., “La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas”, en L. F. REGLERO CAMPOS y J. M. BUSTOS LAGO (coords.), *Tratado de Responsabilidad Civil. Aranzadi*, 2014, pp. 58 y 59 (recuperado de Aranzadi Digital).

de julio de 2001) como en el informe emitido por la Agencia Española de Seguridad Alimentaria.

A lo largo de este apartado, veremos las distintas resoluciones judiciales y normativas aplicadas que han gravitado alrededor del caso. Nos detendremos, en primer orden, en la STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, de 14 Nov. 2007, Rec. 77/2004, Ponente: Picó Lorenzo, LA LEY 193699/2007, en la que se discute sobre si la inmovilización cautelar acordada por la Administración andaluza en el caso del aceite de orujo debió seguir la instrucción de un expediente por la vía de urgencia y con trámite de audiencia a la parte interesada o, dada la particularidad de esta alerta alimentaria, se hacía prescindible dicho procedimiento.

La Sala argumenta que las medidas provisionales del antiguo art.72 Ley 30/1992 se pueden adoptar en los casos de urgencia y antes de la iniciación del procedimiento administrativo siempre que lo habilite una norma con rango de ley (FJ 5º). Esta norma con rango de ley viene constituida por el art.26 LGS que, según se interpreta por el Tribunal y se fija como doctrina legal, “el art. 26 de la LGS habilita a las autoridades sanitarias competentes para adoptar las medidas en él contempladas sin necesidad de la instrucción previa de un procedimiento administrativo, cuando resulten necesarias para garantizar la protección de la salud de los consumidores”. No obstante, esta doctrina legal no es fijada tampoco de forma ilimitada porque aduce la Sala que la responsabilidad patrimonial derivada de estas medidas para el particular tendrá que ser valorada ad casum y sin que el principio de precaución constituya una causa eximente de responsabilidad porque el art.26 solo encarga de habilitar una actuación administrativa en una situación de extrema gravedad, pero la cual podría dar lugar perfectamente a responsabilidad administrativa (FJ 6º).

Por otra parte, en la STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, de 27 Jun. 2007, Rec. 10820/2004, Ponente: Martínez-Vares García, LA LEY 79372/2007, el Tribunal valora en el recurso de casación la prueba de instancia acerca de si concurren los requisitos necesarios para adoptar la medida de inmovilización cautelar. Estos dos requisitos son la existencia o la sospecha razonable de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, según establece la Directiva 92/59/CEE del Consejo de 29 de junio de 1992, relativa a la seguridad general de los productos. La Sala valora que las pruebas arrojaron, efectivamente, la existencia de concentraciones de HAP en el aceite de orujo susceptibles de entrañar riesgos para la salud humana, pero que tales riesgos no eran inminentes ni extraordinarios a juicio del Ponente. Además, afirma que la sentencia recurrida no tuvo suficiente motivación porque juzgó con datos que no exigían una medida tan drástica como la inmovilización cautelar. Se esgrimió también que estas sustancias se mantuvieron por

debajo de los niveles considerados nocivos para la salud, según la Orden ministerial del Gobierno. Esta sentencia, por tanto, anuló la alerta alimentaria decretada (FJ 5°).

Entrando más de lleno en lo que hace a responsabilidad patrimonial, pasaremos a ofrecer el análisis de la Sentencia de 4 Mar. 2009, cuya línea argumentativa ha sido seguida por las Sentencias de 28 May. y 8 Oct. 2010 y 16 Sept. 2011 del Tribunal Supremo. En la STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Sentencia de 4 Mar. 2009, Rec. 9520/2004, Ponente: Puente Prieto, LA LEY 14517/2009, se litigia si a consecuencia de la revocación de la alerta alimentaria que efectuó la STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, de 27 Jun. 2007, Rec. 10820/2004, Ponente: Martínez-Vares García, LA LEY 79372/2007, por la anulación de la Resolución de 3 de julio de 2001, se produjo unos daños a la empresa Extractora del Genil S.A. que no tenía el deber jurídico de soportar.

La Sala argumenta para negar la antijuricidad del daño y, por ende, negar la indemnización a la recurrente que, antes de declararse la alerta el 3 de julio de 2001, “existían ya informes anteriores a nivel internacional que ponían de manifiesto los posibles riesgos existentes para la salud, así como que la citada alerta se produjo, no como consecuencia de una simple actuación de oficio de las autoridades sanitarias españolas, sino provocada por la difusión en medios de comunicación de la República Checa sobre el peligro del consumo de aceite procedente de España al ser susceptible a largo plazo de producir células carcinógenas, a la vista de lo cual se procedió a la práctica de análisis aleatorios”. Se ratifica que “la inmediatez entre la alerta y la Orden ministerial que determinó los niveles máximos de la sustancia, 22 días, durante los que se realizaron los análisis descritos y se fijaron las bases para la orden de referencia, demuestra la diligencia de la Administración y la no antijuricidad del daño” (FJ 4°).

Finalmente, se señala que la medida acordada por la Administración tuvo su FJ en el RD 44/1996, de 19 de enero, que regula en su art.3 las obligaciones de productores y distribuidores, imponiéndoles el cumplimiento de la obligación de comercializar únicamente productos seguros, y obligando a los productores a tomar medidas apropiadas para mantener informados a los consumidores de los riesgos que los productos que comercialicen podrían presentar. Así, la medida se adoptó a consecuencia de una actuación de la empresa productora del aceite que no puso todos los medios necesarios para que el producto fuera seguro, y no derivado de un peligro natural que contenía el producto, por lo que dicha medida supone un daño que tendrá que soportar legítimamente (FJ 4°).

Hemos visto y concluimos para el caso del aceite de orujo que la anulación de una medida por la vía judicial no siempre da lugar a responsabilidad administrativa.

Aprecio, a título personal, que la cláusula ya argüida “estado de los conocimientos científicos y técnicos” no es siquiera mencionada de pasada en ninguna de las resoluciones judiciales que se han ocupado de resolver el caso del aceite de orujo, pero que si tenemos en cuenta que la crisis fue producida por la introducción de una nueva tecnología en el proceso de elaboración del aceite, sería también subsumible para eximir de responsabilidad administrativa. Como expone acertadamente TOLEDO MARTÍN, cuanto mayor sea la urgencia por los daños inminentes que los riesgos pudieran producir, menos justificación científica y técnica tendrá que realizar la Administración para adoptar la medida²¹.

3. El caso “Magrudis”

En este apartado describiremos someramente en que consistió la enfermedad que desencadenó la alerta alimentaria, trazaremos la legislación a tener en cuenta y aludiremos alguna resolución judicial de trascendencia en este punto. Las listeriosis es una enfermedad zoonótica transmisible a los humanos provocada por el consumo de alimentos que poseen la bacteria *L.monocytogenes*. Constituye una obligación de los operadores alimentarios controlar en todas las cadenas de producción la ausencia de este patógeno.

Las normas con las que contamos se han hecho ad hoc para la enfermedad, como el Reglamento (UE) 2015/538, de 31 Marzo (modifica anexo II del Reglamento 1333/2008 respecto al uso de ácido benzoico y benzoatos (E 210-213) en los camarones cocidos conservados en salmuera), en la que se establece que como consecuencia de la notificación de 198 muertes en la Unión, la Comisión determinó un límite máximo de 1 000 mg/kg de ácido benzoico y benzoatos (aditivos) en los camarones cocidos conservados en salmuera.

Más longeva es la Directiva 2003/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de noviembre de 2003, sobre la vigilancia de las zoonosis y los agentes zoonóticos y por la que se modifica la Decisión 90/424/CEE del Consejo y se deroga la Directiva 92/117/CEE del Consejo, cuyo objeto se concreta en asegurar la adecuada vigilancia de las zoonosis, los agentes zoonóticos, y la resistencia a los antimicrobianos asociada, así como la debida investigación epidemiológica de los brotes de enfermedades transmitidas por los alimentos, de forma que pueda recogerse en la Comunidad la información necesaria para evaluar las tendencias y las fuentes pertinentes, y su ámbito de aplicación en la vigilancia, investigación e intercambio de información (art.1). Entre las zoonosis objeto de vigilancia se encuentra, como no podía ser de otro modo, la listeriosis.

²¹ TOLEDO MARTÍN, A. (2012: 488).

Como es obvio, la jurisprudencia comunitaria siempre apuesta por la protección de la salud si así lo ven oportuno los Estados miembros. En la STJUE, Sala Quinta, de 24 Oct. 2002, asunto C-121/00, Ponente Jann, LA LEY 221191/2002, se plantea una cuestión prejudicial por el tribunal alemán sobre la interpretación de la Directiva 91/493/CEE del Consejo, de 22 de julio de 1991, por la que se fijan las normas sanitarias aplicables a la producción y a la puesta en el mercado de los productos pesqueros, en relación si los arts. 28 y 30 TCE admiten un nivel de tolerancia cero en cuanto a la presencia de la *Listeria monocytogenes* en productos pesqueros no conservados por medios químicos. Se discute si la presencia de listeriosis en 25 gr. del pescado habilita a restringir en el comercio intracomunitario dicho producto o sería una medida desproporcionada.

Siguiendo jurisprudencia anterior (sentencias de 16 de abril de 1991 Comisión/Alemania, apartado 41, y EurimPharm, C-347/89, apartado 26) según los datos científicos disponibles sobre la listeriosis, que no permiten fijar con certeza la concentración precisa de agentes patógenos de *Listeria monocytogenes* más allá de la cual un producto a base de pescado representa un peligro para la salud humana, corresponde a los Estados miembros, a falta de armonización en la materia, decidir el nivel que pretenden garantizar de protección de la salud y vida de las personas, siempre que se tengan en cuenta las exigencias de la libre circulación de mercancías (apartado 38).

En el ámbito estatal, hemos de señalar que juega un papel clave la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica, creada mediante RD 2210/1995, de 28 de diciembre. Este organismo dependiente del Ministerio de Sanidad permite la recogida y el análisis de la información epidemiológica con el fin de poder detectar problemas, valorar los cambios en el tiempo y en el espacio, contribuir a la aplicación de medidas de control individual y colectivo de los problemas que supongan un riesgo para la salud de incidencia e interés nacional o internacional y difundir la información a sus niveles operativos competentes (art.1 RD).

En Andalucía, en agosto y septiembre de 2019, saltaron varias alertas por listeria, algunas de las cuales tuvieron consecuencias muy graves. Para hacer frente a esta crisis, el gobierno andaluz aprobó en septiembre de ese año un Plan de Choque Extraordinario contra esta enfermedad con fecha de 27 de septiembre de 2019. Este vademécum de medidas trata de que sean los propios operadores alimentarios, a través del famoso APPCC, los que asuman los riesgos de la puesta en el mercado de los distintos alimentos al consumidor y definan su política alimentaria, dentro de los límites de control que ostentan las autoridades.

Para asegurar la salud de todos los consumidores y la inocuidad de los alimentos se establecen las siguientes pautas: determinar para las empresas el riesgo de sus

productos en la infección de listeria; incrementar la efectividad de los controles adoptados por las empresas en relación con peligro de listeria; verificar el cumplimiento de los límites de listeria marcados por las autoridades; establecer criterios homogéneos para mejorar la eficacia de los controles oficiales. Por lo que hace al ámbito de aplicación del Plan, éste va dirigido exclusivamente a aquellas empresas del sector cárnico que fabriquen o envasen alimentos listos para el consumo de modo directo, es decir, que no impliquen cocinado o transformación del producto.

Se prevé en el Plan la realización de una visita de inspección en todas las empresas incluidas en su alcance que controlará todos los requisitos mencionados más arriba. Cuando se detecte un caso positivo de listeria por la empresa a través de su sistema de control, la empresa tendrá que adoptar las siguientes medidas: notificación a la autoridad sanitaria; identificación del producto infectado; trazabilidad del producto; listado de clientes y proveedores; comprobación de que la empresa ha adoptado el sistema de análisis de peligros y evaluación de los riesgos.

V. CONCLUSIÓN

Siguiendo la estructura anteriormente contemplada para la redacción de este artículo, nos encontramos en condiciones de extraer las siguientes conclusiones:

En primer lugar, la razonabilidad sobre la que se sustentan estas medidas por lo que hace al sector alimentario, tiene lugar en el principio de precaución y en el principio de análisis de riesgos. Estos principios son de naturaleza científica, así que las autoridades administrativas tendrán que actuar o dejarlo de hacer si así lo hacen ver las autoridades técnicas.

La asunción de estos principios en nuestra legislación y jurisprudencia también ha supuesto un cierto traslado decisorio a los operadores alimentarios que, como consecuencia de la más alta tecnificación de la industria alimentaria, existen también mayores riesgos para los consumidores. Estos operadores ya no solo se les recomiendan tomar medidas, sino que tendrán que hacerlo de forma obligada por mandato legal, mediante distintos sistemas. La gestión de riesgos, es decir, la necesidad de estar continuamente controlando y tomando decisiones antes de que se produzca un daño ha sustituido a la antigua máxima de tomar medidas unilaterales y aisladas.

Es importante hacer notar que el principio de precaución se traducirá en una serie de medidas que tomarán las Administraciones Públicas en la fase de gestión del riesgo, que es la última fase del proceso de evaluación de riesgos para eliminar éstos y que es encomendada al poder político. Las medidas a tomar a raíz del principio de precaución serán más leves o moderadas porque se desconoce el riesgo al que nos enfrentamos.

Otro principio fundamental que viene rubricado en la legislación comunitaria y nacional es el de análisis de riesgos, el cual viene a complementar al principio de precaución. Este principio analiza los riesgos existentes, siendo conscientes las autoridades que tendrán que entrar en escena porque es inviable aspirar a un riesgo “cero”. De las tres fases que componen el proceso de evaluación de riesgos, la más importante es la de determinación debido a que será la que incite a que continúe el proceso de evaluación si se considera por la autoridad científica que debe ser así o, de lo contrario, que acabe el proceso en esta fase si se considera que no existe un riesgo de la entidad suficiente como tal para continuar.

La jurisprudencia comunitaria en este punto habilita a los Estados miembros a valorar la decisión que estimen más conveniente, la cual se dirime entre la protección de la salud y la libre circulación de mercancías, pero es muy escrupulosa exigiendo que el proceso de evaluación de riesgos y la aplicación del principio de precaución se realicen correctamente. Por tanto, a pesar de contar los Estados miembros con dicha facultad discrecional, la autoridad sanitaria y científica invitará a las autoridades políticas a adoptar medidas de revelarse evidencias científicas sobre un riesgo y a la Administración Pública no le quedará más remedio que actuar. Sea como fuere, la última palabra en el sistema de gestión del riesgo la tienen los particulares y empresas privadas que si no actúan diligentemente y cumpliendo las normas sanitarias dictadas por las autoridades se les impondrán una sanción administrativa e incluso penal, pero el daño para la población ya estará hecho.

En segundo lugar, no es desdeñable la cantidad de legislación existente, principalmente comunitaria y estatal, que habilita a las autoridades a tomar medidas provisionales. Una particularidad que poseen estas medidas alimentarias es que en la mayoría de las ocasiones no serán medidas provisionales estricto sensu, sino que éstas consistirán en la actuación frente a un riesgo alimentario ya producido o que se va a producir, pero que no recaen sobre una resolución. Son numerosas las normas legales y reglamentarias que legitiman la adopción de medidas por la Administración Pública. Destaca por su amplitud las medidas de emergencia contempladas en el art.54 Reglamento 178/2002, las cuales suponen un “segundo abanico” en caso de que la Comisión no vea oportuno adoptar medidas en un determinado Estado, pero que solo durarán hasta que la Comisión quiera.

En España, son muchas las leyes con las que contamos para tomar medidas. Sin embargo, la principal norma alimentaria ad hoc es la LSAN. Esta norma estatal tiene una clara inspiración comunitaria, como casi todas aquellas que se ocupan del sector alimentario, por cuanto las medidas que se adopten tendrán que hacer respetar los principios del Reglamento 178/2002 que son de aplicación directa. Además, se prefiere una actuación preventiva de los operadores alimentarios durante toda la

cadena de producción a una actuación de los poderes públicos mediante medidas efectivas y vinculantes cuando el riesgo alimentario sea palpable, como las medidas de emergencia del art.20 LSAN. En un segundo plano y a modo de rescate, también contamos con la LGS y LGSP, que contienen medidas más genéricas no previstas solo para cuando se produzca una alerta alimentaria, sino cuando estemos ante cualquier tipo de riesgo para la salud pública. Como es obvio, las medidas que pueden tomar las Administraciones Públicas no están tasadas, sino que pueden adoptar cualesquiera decisiones a la vista de las circunstancias.

En tercer lugar, la responsabilidad de la Administración Pública se ubica en la CE y en la LRJSP, proclamando ambos instrumentos legales un sistema de responsabilidad objetiva. El daño alimentario, según la legislación más general, tendrá que ser antijurídico, efectivo, evaluable económicamente e individualizable. Si se cumplen estas condiciones, los particulares no tendrán el deber jurídico de soportar el daño. No obstante, en el ámbito alimentario, siendo una rama más técnica como pudiera serlo también la sanidad, la cláusula “estado de los conocimientos científicos y técnicos” marcará la frontera entre lo jurídico y lo antijurídico y, por ende, entre lo indemnizable y no indemnizable. Esta cláusula tiene su origen en una Directiva europea que fue transpuesta a nuestro Ordenamiento jurídico con la Ley de Productos Defectuosos, cuyo art.140 nos viene a decir que se exonerará de responsabilidad al productor si el daño trae su origen en los denominados “riesgos del desarrollo”, es decir, aquellos efectos colaterales que acarrea la mejora y el progreso de un determinado producto. Dicha cláusula ha traído demasiada cola doctrinal, pero sea como fuere, se encuentra actualmente presente en nuestra legislación. Por los productos defectuosos, si no existe causa clara de exoneración, tendrá que responder ya sea la Administración, ya sea el productor alimentario en cuestión.

Desde el punto de vista de la responsabilidad de algunas alertas alimentarias que tuvieron en su día una especial incidencia en Andalucía y aún la siguen teniendo desde el punto de vista económico derivado del gran impacto que supuso para cada una de estas industrias alimentarias la declaración de la alerta, el caso del aceite de orujo fue sin duda el más polémico en cuanto si se generó o no responsabilidad.

El caso del “aceite de orujo” sí fue una auténtica alerta alimentaria que permitió tomar por la Administración la medida de la inmovilización de las partidas de aceite de orujo contaminadas ante la presencia de HAP en unas partidas de aceite. La responsabilidad administrativa se cuestiona porque el TS anuló la alerta alimentaria decretada habiéndose producido perjuicios para la empresa durante todo el período que duró la inmovilización cautelar. Sin embargo, esta responsabilidad alimentaria fue denegada principalmente porque la diligencia de la Administración en decretar la alerta alimentaria cuando detectó la sustancia contaminante en el aceite descartó

la antijuricidad del daño. Hubiera sido más acertado por los Tribunales esgrimir la cláusula de “los conocimientos científicos y técnicos” para eximir de responsabilidad porque la presencia de esta sustancia estuvo motivada por la introducción de nuevas tecnologías en el proceso de elaboración, además de poder haber alegado que el principio de precaución que persigue en definitiva la salud pública justifica la exención de responsabilidad.

Respecto al caso “Magrudis”, que es el más reciente, también el más cercano para nosotros y que afortunadamente tuvo una incidencia muy baja para la población gracias a que se contaba con una legislación alimentaria suficiente para hacer frente a la enfermedad. En Andalucía, que fue el territorio donde se originó el brote de listeriosis y también fue el más afectado, la aprobación de un Plan de Choque logró restablecer la situación de normalidad en la Comunidad Autónoma. Este Plan fue dirigido básicamente a las empresas de transformación cárnica, ya que el problema radicó con una alta probabilidad en un defectuoso control de los riesgos y la puesta en el mercado del producto por parte de una concreta empresa de este sector de producción.

A mi juicio, todas las alertas alimentarias que hemos padecido en los últimos años se podrían haber evitado porque, aunque es cierto que estamos expuestos a riesgos nuevos y cada vez más peligrosos por el avance de la tecnología, ya no existía la excusa de que no existe un mandato claro a cada uno de los participantes de la cadena alimentaria sobre lo que se puede hacer y lo que no se debe hacer bajo ningún concepto. En cualquier caso, por muy grande que sea el esfuerzo de las Administraciones Públicas en ordenar directrices en cada momento, si el ánimo lucroso empresarial prevalece, quizá el componente ético en informar cuando se detecte un riesgo no podrá ser posible.

VI. BIBLIOGRAFÍA

BUSTO LAGO, J. M., “La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas”, en L. F. REGLERO CAMPOS y J. M. BUSTOS LAGO (coords.), *Tratado de Responsabilidad Civil*. Aranzadi, 2014 (recuperado de Aranzadi Digital).

CALLEJA REINA, M. A., “Contagio del ébola en España: ejemplo de cómo no comunicar una crisis”, en C. MATEOS MARTÍN y F. J. HERRERO GUTIÉRREZ (coords), *La pantalla insomne*, 2016.

CAMPOS ACUÑA, M. C., *Comentarios a la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público*, El Consultor de los Ayuntamientos, 2017.

ESTEVE PARDO, J., *Técnica, riesgo y derecho: tratamiento del riesgo tecnológico en el derecho ambiental*. Ariel, 1999.

ESTEVE PARDO, J., “Ciencia y Derecho ante los riesgos para la salud: evaluación, decisión y gestión”, en *Documentación administrativa*, núm. 265-266 (2003).

GARCÍA RUBIO, F. y FUENTES I GASÓ, J., *La responsabilidad de las administraciones públicas tras la nueva ley de régimen jurídico del sector público. Cuatro estudios*, Atelier, 2017.

IZQUIERDO CARRASCO, M. y REBOLLO PUIG, M., “El principio de precaución y la defensa de los consumidores”, en *Documentación administrativa*, núm. 265-266 (2003).

MANTECA VALDELANDE, V., “El principio de precaución alimentaria”, en *Distribución y consumo*, núm. 96 (2007).

PRIETO MOLINERO, R. J., “La excepción por estado de la ciencia en España: ¿un camino hacia la innovación segura?”, en *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 51 (2007).

SENTÍS CASTAÑO, C., “Ingeniería genética: insuficiencias teóricas y la aplicación del principio de precaución”, en *Política y sociedad*, vol. 39, núm. 3 (2002).

TOLEDO MARTÍN, A., *Las medidas provisionales en el Derecho alimentario*, tesis doctoral, Universidad de Navarra (2012).

RESEÑA LEGISLATIVA

RESEÑA LEGISLATIVA

Disposiciones de la Unión Europea

Año 2020 (*)

I. ASUNTOS GENERALES, FINANCIEROS E INSTITUCIONALES

En lo que se refiere a los Asuntos Generales de la Unión Europea, se decide sobre la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el Grupo de trabajo consultivo mixto creado por el Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica en lo que respecta a la adopción de su Reglamento interno (DOUE L365, 3.11.2020, p. 3).

En cuanto a los Asuntos Financieros de la Unión Europea, se produce la Adopción definitiva (UE, Euratom) 2020/1077 de los presupuestos rectificativos nº 3 de la Unión Europea para el ejercicio 2020 (DOUE L254, 4.08.2020, p. 1), presupuesto rectificativo nº 4 (DOUE L254, 4.08.2020, p. 19) y presupuesto rectificativo nº 5 (DOUE L299, 11.09.2020, p. 1).

Se decide la movilización del Fondo de Solidaridad de la Unión Europea para prestar asistencia a Portugal, España, Italia y Austria (DOUE L253, 4.08.2020, p. 1), la movilización del Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización en respuesta a la solicitud de España «EGF/2020/001 ES/Galicia shipbuilding ancillary sectors» (DOUE L365, 3.11.2020, p. 1), y la movilización del Margen para Imprevistos en 2020 a fin de prestar un apoyo humanitario continuo a los refugiados en Turquía (DOUE L298, 11.09.2020, p. 21).

En los Asuntos Institucionales en este cuatrimestre de 2020, el Consejo nombra de común acuerdo con la Presidenta de la Comisión, a un miembro de la Comisión Europea, por la dimisión de D. Phil Hogan por incumplir personalmente las normas de la pandemia, se nombra a D^a Mairead McGuinness miembro de la Comisión por el resto del mandato (DOUE L335, 13.10.2020, p. 19).

Se proroga de nuevo la excepción temporal al Reglamento interno del Consejo establecida por la Decisión (UE) 2020/430, y prorrogada por las Decisiones (UE) 2020/556, (UE) 2020/702, (UE) 2020/970 y (UE) 2020/1253, habida cuenta de

* Subsección preparada por Lucía MILLÁN MORO. Comprende disposiciones generales publicadas en el DOUE, series L y C, durante los meses de agosto a noviembre de 2020.

las dificultades para viajar como consecuencia de la pandemia de COVID-19 en la Unión (DOUE L294, 8.09.2020, p. 1; DOUE L376, 10.11.2020, p. 3).

La Autoridad para los partidos políticos europeos y las fundaciones políticas europeas decide no registrar a la Alianza Europea por la Libertad y la Democracia ASBL (DOUE C331, 7.10.2020, p. 7).

Los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros nombran tres jueces y un abogado general del Tribunal de Justicia (DOUE L292, 7.09.2020, p. 1) y se produce una Comunicación de la Comisión sobre Actualización de los datos utilizados para el cálculo de las sumas a tanto alzado y las multas coercitivas que propondrá la Comisión al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los procedimientos de infracción (DOUE C301, 11.09.2020, p. 1).

Se nombra a los miembros del Comité Económico y Social Europeo para el período comprendido entre el 21 de septiembre de 2020 y el 20 de septiembre de 2025, y por la que se deroga y sustituye la Decisión del Consejo por la que se nombra a los miembros del Comité Económico y Social Europeo para el período comprendido entre el 21 de septiembre de 2020 y el 20 de septiembre de 2025, adoptada el 18 de septiembre de 2020 y en el caso de los miembros españoles, se nombra a: Mr Andrés Barceló Delgado; Director General, Unión de Empresas Siderúrgicas (UNESID); Ms María del Carmen Barrera Chamorro, Secretaria Confederal de Empleo, Políticas Sociales y Seguridad Social, Unión General de Trabajadores de España (UGT); Mr Miguel Ángel Cabra de Luna, Vocal de la Junta Directiva de la Confederación Empresarial Española de la Economía Social (CEPES), Presidente de la Comisión de Relaciones Internacionales (CEPES); Ms Isabel Caño Aguilar; Responsable de la Oficina de la Unión General de Trabajadores de España (UGT) en Bruselas; Ms Patricia Cirez Miqueleiz, Delegación de la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE) en Bruselas; Ms María Helena de Felipe Lehtonen; Presidenta, Federación de Empresarios de la Pequeña y Mediana Empresa de Cataluña (FEPIME) Vicepresidenta, Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME); Mr Francisco Javier Doz Orrit, Adjunto a la Secretaría de la Confederación sindical de Comisiones Obreras (CC.OO.); Mr Javier Garat Pérez, Secretario General de la Confederación Española de Pesca (CEPESCA); Mr Andoni García Arriola, Miembro de la Comisión Ejecutiva de la Coordinadora de Agricultores y Ganaderos (COAG); Mr Antonio García del Riego, Managing Director, Head of European Corporate Affairs, Banco Santander; Mr Manuel García Salgado, Secretario de organización y coordinación Área interna, Unión General de Trabajadores de España (UGT-FICA); Mr Bernardo Hernández Bataller, Secretario General de la Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC) Vocal del Consejo de Consumidores y Usuarios (CCU) de España; Ms Ileana Izverniceanu De La Iglesia, Directora de Comunicación y Relaciones Institucionales, Portavoz de

la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU); Mr Felipe Medina Martín, Secretario General Técnico, Asociación Española de Distribuidores, Autoservicios y Supermercados (ASEDAS); Mr José Antonio Moreno Díaz, Asesor jurídico confederal de la Confederación sindical de Comisiones Obreras (CC.OO.) en materia de inmigración; Mr Aitor Murguía Esteve, Miembro del Departamento de Relaciones Internacionales y miembro del Gabinete de Estudios de la Solidaridad Trabajadores Vascos (ELA-STV); Ms María Nikolopoulou, Consejera del CESE en representación de la Confederación sindical de Comisiones Obreras (CC. OO.); Mr Josep Puxeu Rocamora, Director General, Asociación de Fabricantes de Bebidas Refrescantes (ANFABRA); Mr José Manuel Roche Ramo, Secretario General de la Unión de Pequeños Agricultores y Ganaderos de Aragón (UPA-Aragón); Mr José Ignacio Salafranca Sanchez-Neyra, Asesor Principal Presidencia, Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE); Mr Ricardo Serra Arias, Presidente de la Asociación Agraria de Jóvenes Agricultores (ASAJA) de Sevilla y Andalucía, (DOUE L322, 5.10.2020, p. 1), y se se nombra a un miembro del Comité Económico y Social Europeo para el período comprendido entre el 21 de septiembre de 2020 y el 20 de septiembre de 2025 (DOUE L355, 26.10.2020, p. 1).

II. UNIÓN ADUANERA, LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS Y POLÍTICA COMERCIAL

En lo que respecta a la Unión aduanera y Libre circulación de mercancías, se decide sobre la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en la 66.a sesión del Comité del Sistema Armonizado de la Organización Mundial de Aduanas en relación con la adopción prevista de criterios de clasificación, decisiones de clasificación, modificaciones de las notas explicativas del Sistema Armonizado u otros criterios para la interpretación del Sistema Armonizado, y recomendaciones para asegurar la interpretación uniforme del Sistema Armonizado en el marco del Convenio del Sistema Armonizado (DOUE L327, 8.10.2020, p. 1; DOUE L352, 22.10.2020, p. 7; DOUE L385, 17.11.2020, p. 11).

Se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/2447 en lo que atañe a determinadas normas sobre los operadores económicos autorizados (DOUE L387, 19.11.2020, p. 1), se modifica el anexo I del Reglamento (CEE) n° 2658/87 del Consejo, relativo a la nomenclatura arancelaria y estadística y al arancel aduanero común (DOUE L319, 2.10.2020, p. 2; DOUE L361, 30.10.2020, p. 1) y se adoptan varios reglamentos de ejecución relativos a la clasificación de determinadas mercancías en la nomenclatura combinada (DOUE L301, 15.09.2020, p. 1; DOUE L302, 16.09.2020, p. 8; DOUE L302, 16.09.2020, p. 11; DOUE L302, 16.09.2020, p. 14; DOUE L302,

16.09.2020, p. 17; DOUE L309, 23.09.2020, p. 1; DOUE L382, 16.11.2020, p. 1; DOUE L382, 16.11.2020, p. 4).

En materia de Política Comercial Común, como suele ser habitual, se celebran y modifican tratados internacionales. Así se decide la firma, en nombre de la Unión, del Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Unión Europea y la República de Cuba, en virtud del artículo XXVIII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) de 1994, sobre la modificación de las concesiones de todos los contingentes arancelarios de la lista CLXXV de la Unión Europea como consecuencia de la retirada del Reino Unido de la Unión Europea (DOUE L343, 16.10.2020, p. 1), se aprueba, en nombre de la Unión Europea, la modificación del apéndice 1 del anexo XIII del Acuerdo comercial entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Colombia, Ecuador y el Perú, por otra (DOUE L304, 18.09.2020, p. 6), se decide la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el Comité Administrativo creado por el Convenio aduanero relativo al transporte internacional de mercancías amparadas por los cuadernos TIR (Convenio TIR) en lo que respecta a determinadas modificaciones del Convenio (DOUE L343, 16.10.2020, p. 18), la posición que debe adoptarse en nombre de la Unión Europea en el seno del Comité Aduanero creado en virtud del Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea, por una parte, y la República de Corea, por otra, por lo que respecta a una recomendación sobre la aplicación del artículo 27 del Protocolo relativo a la definición de «productos originarios» y a los métodos de cooperación administrativa (DOUE L343, 16.10.2020, p. 20), se decide la firma, en nombre de la Unión, del Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Unión Europea y el Reino de Noruega, en virtud del artículo XXVIII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) de 1994, sobre la modificación de las concesiones de todos los contingentes arancelarios de la lista CLXXV de la Unión Europea como consecuencia de la retirada del Reino Unido de la Unión Europea (DOUE L343, 16.10.2020, p. 22).

El Comité Mixto Ce-Islas Feroe modifica los Protocolos nº 1 y 4 del Acuerdo entre la Comunidad Europea, por una parte, y el Gobierno de Dinamarca y el Gobierno local de las Islas Feroe, por otra [2020/1162] (DOUE L257, 6.08.2020, p. 36), el Comité Mixto de Agricultura modifica el anexo 12 del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre el comercio de productos agrícolas [2020/1386] (DOUE L323, 5.10.2020, p. 1).

Se adopta un reglamento sobre medidas de política comercial relativas a determinados productos procedentes de los Estados Unidos de América a raíz de la resolución de una diferencia comercial en el marco del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio (DOUE L373, 9.11.2020, p.

1), se modifica y corrige el Reglamento de Ejecución (UE) 2020/761 en lo que respecta a las cantidades disponibles para los contingentes arancelarios de determinados productos agrícolas incluidos en la lista de la OMC de la Unión a raíz de la retirada del Reino Unido de la Unión, un contingente arancelario de carne de aves de corral originaria de Ucrania y un contingente arancelario de carne de vacuno originaria de Canadá (DOUE L392, 23.11.2020, p. 9).

Igualmente, se modifica el anexo del Reglamento (UE) 2019/452 del Parlamento Europeo y del Consejo, para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión (DOUE L304, 18.09.2020, p. 1), se adopta un reglamento relativo a la apertura y el modo de gestión de contingentes arancelarios autónomos de la Unión de determinados productos de la pesca para el período 2021-2023 (DOUE L385, 17.11.2020, p. 3), se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n° 1352/2013, por el que se establecen los formularios previstos en el Reglamento (UE) n° 608/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la vigilancia por parte de las autoridades aduaneras del respeto de los derechos de propiedad intelectual (DOUE L274, 21.08.2020, p. 3), se modifica el anexo I del Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo mediante el establecimiento de volúmenes mínimos para los minerales de tantalio o niobio y sus concentrados, los minerales de oro y sus concentrados, los óxidos e hidróxidos de estaño, los tantalios y los carburos de tantalio (DOUE L360, 30.10.2020, p. 1).

Se establece una vigilancia retrospectiva de la Unión respecto a las importaciones de etanol renovable para combustible (DOUE L366, 4.11.2020, p. 12), se fijan los derechos de importación aplicables en el sector de los cereales a partir del 26 de agosto de 2020 (DOUE L277, 26.08.2020, p. 12) y del 27 de agosto de 2020 (DOUE L279, 27.08.2020, p. 1), se fijan los derechos de importación aplicables a determinadas clases de arroz descascarillado a partir del 9 de septiembre de 2020 (DOUE L295, 9.09.2020, p. 4), se fija una reducción a tanto alzado del derecho de importación de sorgo en España procedente de terceros países (DOUE L300, 14.09.2020, p. 24).

Se adopta un reglamento relativo a las importaciones de moluscos bivalvos, equinodermos, tunicados y gasterópodos marinos vivos, refrigerados, congelados o transformados destinados al consumo humano procedentes de los Estados Unidos de América (DOUE L370, 6.11.2020, p. 4), y se modifica la Decisión (UE) 2020/491, relativa a la concesión de una franquicia de derechos de importación y de una exención del IVA respecto de la importación de las mercancías necesarias para combatir los efectos del brote de COVID-19 durante el año 2020 (DOUE L359, 29.10.2020, p. 8).

III. POLÍTICA AGRÍCOLA

En lo que se refiere a los aspectos internacionales de la Política Agrícola común (PAC), se decide la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el seno del Consejo Internacional del Café (DOUE L371, 6.11.2020, p. 1), la posición que debe adoptarse en nombre de la Unión Europea en el Consejo de Miembros del Consejo Oleícola Internacional (COI) en lo que respecta a las condiciones de adhesión del Gobierno de la República de Uzbekistán al Convenio Internacional del Aceite de Oliva y de las Aceitunas de Mesa de 2015 (DOUE L376, 10.11.2020, p. 1), la posición que ha de adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el Consejo Internacional de Cereales en relación con la adhesión del Reino Unido al Convenio sobre el Comercio de Cereales de 1995 (DOUE L311, 25.09.2020, p. 6), y la posición que debe adoptarse en nombre de la Unión Europea en el Consejo Internacional del Azúcar con respecto a la adhesión del Reino Unido al Convenio Internacional del Azúcar de 1992 (DOUE L396, 25.11.2020, p. 3).

Se fijan, para el ejercicio contable de 2021 del FEAGA, los tipos de interés que habrán de aplicarse para calcular los gastos de financiación de las intervenciones consistentes en operaciones de compra, almacenamiento y salida de existencias (DOUE L334, 13.10.2020, p. 22), se excluyen de la financiación de la Unión Europea determinados gastos efectuados por los Estados miembros con cargo al Fondo Europeo Agrícola de Garantía (FEAGA) y al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (Feader) (DOUE L390, 20.11.2020, p. 10), se modifican los anexos II y III del Reglamento (UE) n° 1307/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que atañe a los límites máximos nacionales y los límites máximos netos para pagos directos de determinados Estados miembros para el año natural 2020 (DOUE L307, 22.09.2020, p. 1), se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/220 de la Comisión, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 1217/2009 del Consejo por el que se crea una red de información contable agrícola sobre las rentas y la economía de las explotaciones agrícolas en la Unión Europea (DOUE L372, 9.11.2020, p. 1) y se adopta un reglamento relativo al reembolso, con arreglo al artículo 26, apartado 5, del Reglamento (UE) n° 1306/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de los créditos prorrogados del ejercicio de 2020 (DOUE L398, 27.11.2020, p. 4).

Se establece el programa plurianual de controles para el período 2021-2025 que deben llevar a cabo los expertos de la Comisión en los Estados miembros para comprobar la aplicación de la legislación de la Unión relativa a la cadena agroalimentaria (DOUE L354, 26.10.2020, p. 9), y se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2020/977 en lo que se refiere al período de aplicación de las medidas tempo-

rales en relación con los controles de la producción de productos ecológicos (DOUE L377, 11.11.2020, p. 5).

Igualmente se modifica el Reglamento (UE) 2018/848, sobre producción ecológica y etiquetado de los productos ecológicos, en lo que respecta a la fecha de aplicación y a otras fechas que en él se mencionan (DOUE L381, 13.11.2020, p. 1).

El Reglamento (CE) n° 396/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo se modifica reiteradamente por lo que respecta a los límites máximos de residuos de las sustancias, así se modifican los anexos II, III y IV respecto a 1,4-diaminobutano, 1-metilciclopropeno, acetato de amonio, bifenazato, clorantrolilprol, clormecuat, ciprodinilo, caliza, mandipropamid, pimienta, piridabeno, repelentes: harina de sangre, extractos de algas e hidrocloreuro de trimetilamina en determinados productos (DOUE L358, 28.10.2020, p. 3), los anexos II y III por lo que respecta a los límites máximos de residuos de bupirimato, carfentrazona-etilo, etirimol y pirofenona en determinados productos (DOUE L358, 28.10.2020, p. 30), los anexos II, III, IV y V por lo que respecta a los límites máximos de residuos de azinfós-metilo, bentazona, dimetomorfo, fludioxonil, flufenoxurón, oxadiazón, fosalón, piraclostrobina, repelentes: aceite de resina y teflubenzurón en determinados productos (DOUE L367, 5.11.2020, p. 1).

El Reglamento (UE) n° 37/2010 se modifica para clasificar la sustancia bupivacaína por lo que respecta a su límite máximo de residuos (DOUE L379, 13.11.2020, p. 44) y para clasificar la sustancia lidocaína por lo que respecta a su límite máximo de residuos (DOUE L384, 17.11.2020, p. 3).

Y se adopta un reglamento relativo a las condiciones de importación de alimentos y piensos originarios de terceros países como consecuencia del accidente ocurrido en la central nuclear de Chernóbil (DOUE L257, 6.08.2020, p. 1).

En la regulación por productos, vegetales, cereales, hortícolas, se fijan los derechos de importación aplicables en el sector de los cereales a partir del 12 de agosto de 2020 (DOUE L262, 12.08.2020, p. 14), se fijan los volúmenes de activación para los años 2021 y 2022 a los efectos de la posible aplicación de derechos de importación adicionales a determinadas frutas y hortalizas (DOUE L390, 20.11.2020, p. 7), se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2019/1793 en lo relativo a las semillas de sésamo originarias de la India (DOUE L353, 23.10.2020, p. 4), se modifica la Decisión 2003/17/CE del Consejo en lo que atañe a la equivalencia de las inspecciones sobre el terreno realizadas en Ucrania relativas a los cultivos productores de semillas de cereales y la equivalencia de las semillas de cereales producidas en Ucrania (DOUE L356, 26.10.2020, p. 5).

Se adopta un reglamento relativo a una excepción a lo dispuesto en el Reglamento de Ejecución (UE) 2019/2072 en lo que respecta a la introducción en la Unión de vegetales para plantación de *Chamaecyparis* Spach, *Juniperus* L. y determinadas especies de *Pinus* L., reducidos natural o artificialmente y originarios de Japón, y por el que se deroga la Decisión 2002/887/CE (DOUE L277, 26.08.2020, p. 6), otro relativo a las medidas fitosanitarias para la introducción en la Unión de determinados vegetales, productos vegetales y otros objetos que han sido retirados del anexo del Reglamento de Ejecución (UE) 2018/2019 (DOUE L275, 24.08.2020, p. 5) y un tercero sobre el formato y las instrucciones de los informes anuales relativos a los resultados de las prospecciones y sobre el formato de los programas de prospección plurianuales y las modalidades prácticas, respectivamente previstos en los artículos 22 y 23 del Reglamento (UE) 2016/2031 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L280, 28.08.2020, p. 1).

Se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2018/2019 de la Comisión en lo que respecta a la madera de *Ulmus* L. y a determinados vegetales para la plantación de *Albizia julibrissin* Durazzini y *Robinia pseudoacacia* L. originarios de Israel (DOUE L275, 24.08.2020, p. 12), se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2018/2019 en lo que respecta a determinados vegetales para plantación de *Malus domestica* originarios de Serbia y a determinados vegetales para plantación de *Acer japonicum* Thunberg, *Acer palmatum* Thunberg y *Acer shirasawanum* Koidzumi originarios de Nueva Zelanda (DOUE L317, 1.10.2020, p. 1), se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2020/1213 en lo que respecta a las medidas fitosanitarias para la introducción en la Unión de determinados vegetales para plantación de *Acer japonicum* Thunberg, *Acer palmatum* Thunberg y *Hacer shirasawanum* Koidzumi originarios de Nueva Zelanda (DOUE L317, 1.10.2020, p. 5).

Se adopta un reglamento relativo a los tipos y especies de vegetales para plantación no exentos del requisito del código de trazabilidad para los pasaportes fitosanitarios con arreglo al Reglamento (UE) 2016/2031 del Parlamento Europeo y del Consejo y por el que se deroga la Directiva 92/105/CEE de la Comisión (DOUE L398, 27.11.2020, p. 6), y se modifica el Reglamento (CE) n° 2003/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los abonos, con el fin de incluir un nuevo tipo de abonos CE en el anexo I (DOUE L377, 11.11.2020, p. 3).

Se establece una excepción temporal a determinadas disposiciones del Reglamento de Ejecución (UE) 2019/2072 en lo que respecta a las medidas para evitar la introducción y propagación en la Unión de la plaga *Agrilus planipennis* Fairmaire procedente de Canadá y los Estados Unidos (DOUE L258, 7.08.2020, p. 6), se establecen medidas para evitar la introducción y propagación en la Unión del virus rugoso del tomate (ToBRFV) y por el que se deroga la Decisión de Ejecución (UE)

2019/1615 (DOUE L262, 12.08.2020, p. 6), se modifica el anexo VI del Reglamento de Ejecución (UE) 2019/2072 para prohibir temporalmente la introducción en la Unión de determinados frutos originarios de Argentina a fin de evitar la introducción y propagación en la Unión de *Phyllosticta citricarpa* (McAlpine) Van der Aa (DOUE L267, 14.08.2020, p. 3).

Se adopta un reglamento sobre medidas para evitar la introducción y la propagación dentro de la Unión de *Xylella fastidiosa* (Wells et al.) (DOUE L269, 17.08.2020, p. 2), se deroga la Decisión 2004/200/CE por la que se adoptan medidas contra la introducción y propagación en la Comunidad del virus del mosaico del pepino (DOUE L354, 26.10.2020, p. 7), se adopta otro reglamento relativo a medidas para impedir la entrada en la Unión de *Agrilus planipennis* Fairmaire desde Ucrania, y por el que se modifica el anexo XI del Reglamento de Ejecución (UE) 2019/2072 (DOUE L302, 16.09.2020, p. 20) y se modifica el Reglamento Delegado (UE) 2020/592 por el que se establecen medidas excepcionales de carácter temporal que autorizan excepciones a determinadas disposiciones del Reglamento (UE) n° 1308/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo para hacer frente a la perturbación del mercado causada por la pandemia de COVID-19 en el sector de las frutas y hortalizas y en el sector vitivinícola, así como medidas conexas (DOUE L300, 14.09.2020, p. 26).

En cuanto a la ganadería y aves de corral, como suele ser habitual, se modifica reiteradamente la normativa en lo que respecta a la fijación de los precios representativos en los sectores de la carne de aves de corral, de los huevos y de la ovoalbúmina (DOUE L312, 25.09.2020, p. 5; DOUE L360, 30.10.2020, p. 11; DOUE L398, 27.11.2020, p. 2).

Se modifica el Reglamento (CE) n° 429/2008 de la Comisión, sobre normas de desarrollo para la aplicación del Reglamento (CE) n° 1831/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo por lo que se refiere a la preparación y presentación de solicitudes y a la evaluación y autorización de aditivos para piensos (DOUE L398, 27.11.2020, p. 19), se modifica el anexo VI del Reglamento (CE) n° 152/2009 por el que se establecen los métodos de análisis para la determinación de componentes de origen animal con fines de control oficial de los piensos (DOUE L357, 27.10.2020, p. 17).

Se concede la autorización del: clorhidrato monohidrato de L-cisteína producido por fermentación con *Escherichia coli* KCCM 80180 y *Escherichia coli* KCCM 80181 como aditivo en piensos para todas las especies animales (DOUE L259, 10.08.2020, p. 6), del L-triptófano producido por *Escherichia coli* CGMCC 7.267, CGMCC 11 674 o KCCM 10 534 como aditivo en piensos para todas las especies animales (DOUE L319, 2.10.2020, p. 11), del quelato de zinc de lisina y ácido

glutámico como aditivo en piensos para todas las especies animales (DOUE L319, 2.10.2020, p. 15), del quelato de cobre de lisina y ácido glutámico como aditivo en piensos para todas las especies animales (DOUE L319, 2.10.2020, p. 32), de la L-cistina producida por *Pantoea ananatis* NITE BP-02525 como aditivo en piensos para todas las especies animales (DOUE L319, 2.10.2020, p. 36).

Se renueva la autorización de la L-isoleucina producida por *Escherichia coli* FERM ABP-10641 como aditivo nutricional, la extensión de su uso y la autorización de la L-isoleucina producida por *Corynebacterium glutamicum* KCCM 80 189 como aditivo para piensos destinados a todas las especies animales, y se deroga el Reglamento (UE) n° 348/2010 /DOUE L324, 6.10.2020, p. 19), se concede la autorización de la L-metionina producida por *Corynebacterium glutamicum* KCCM 80 184 y *Escherichia coli* KCCM 80 096 como aditivo en piensos para todas las especies animales (DOUE L342, 16.10.2020, p. 1), del clorhidrato monohidrato de L-cisteína producido por fermentación con *Escherichia coli* KCCM 80109 y KCCM 80197 como aditivo para piensos para todas las especies animales (DOUE L397, 26.11.2020, p. 10), del 5'-iosinato disódico producido por fermentación con *Corynebacterium stationis* KCCM 80161 como aditivo para piensos para todas las especies animales (DOUE L397, 26.11.2020, p. 21), del butilhidroxianisol como aditivo en piensos para todas las especies animales excepto gatos (DOUE L324, 6.10.2020, p. 29), de un preparado de *Bacillus amyloliquefaciens* DSM 25840 como aditivo en piensos para todas las especies porcinas (titular de la autorización: Chr. Hansen A/S) (DOUE L317, 1.10.2020, p. 10), de un preparado de citrato de lantánido como aditivo en piensos para lechones destetados (titular de la autorización: Treibacher Industrie AG) (DOUE L319, 2.10.2020, p. 5), de un preparado de *Bacillus subtilis* DSM 32324, *Bacillus subtilis* DSM 32325 y *Bacillus amyloliquefaciens* DSM 25840 como aditivo en piensos para todas las especies de aves de corral de engorde o criadas para puesta o reproducción (titular de la autorización: Chr. Hansen A/S) (DOUE L397, 26.11.2020, p. 14), de un preparado de *Bacillus coagulans* DSM 32016 como aditivo para piensos para suidos lechones lactantes y destetados, aves de engorde y aves ornamentales (titular de la autorización: Biochem Zusatzstoffe Handels- und Produktionsges. mbH) (DOUE L395, 25.11.2020, p. 5), de un preparado de endo-1,4-beta-xilanas y endo-1,4-beta-glucanasa como aditivo en piensos para cerdas lactantes (titular de la autorización: BASF SE) (DOUE L319, 2.10.2020, p. 8), del preparado de *Saccharomyces cerevisiae* CNCM I-1077 como aditivo en la alimentación de terneros, todas las especies rumiantes menores (de cría) excepto corderos y camélidos (de cría) (titular de la autorización: Danstar Ferment AG, representado por Lallemand SAS) (DOUE L319, 2.10.2020, p. 19), de un preparado de endo-1,4-beta-xilanas producida por *Bacillus subtilis* (LMG S-15136) como aditivo en piensos para lechones lactantes y todas las especies porcinas menores, excepto los animales reproduc-

tores (titular de la autorización: Beldem, una división de Puratos NV) (DOUE L319, 2.10.2020, p. 29).

Se autorizan: el preparado de *Bacillus subtilis* DSM 25841 como aditivo para piensos para todas las especies porcinas, incluidas las cerdas, excepto las cerdas lactantes en beneficio de lechones lactantes (titular de la autorización: Chr. Hansen A/S) (DOUE L397, 26.11.2020, p. 6), las sustancias alcohol cinámico, 3-fenilpropan-1-ol, 2-fenilpropanal, 3-(*p*-cumenil)-2-metilpropionaldehído, alfa-metilcinamaldehído, 3-fenilpropanal, ácido cinámico, acetato de cinamilo, butirato de cinamilo, isobutirato de 3-fenilpropilo, isovalerato de cinamilo, isobutirato de cinamilo, cinamato de etilo, cinamato de metilo y cinamato de isopentilo como aditivos en los piensos para todas las especies animales excepto los animales marinos (DOUE L344, 17.10.2020, p. 2), el preparado de ácido cítrico, ácido sórbico, timol y vainillina como aditivo en la alimentación de lechones lactantes, pavos de engorde y pavos criados para reproducción (titular de la autorización: Vetagro SpA) (DOUE L319, 2.10.2020, p. 22), un preparado de 6-fitasa producida por *Komagataella phaffii* (CG-MCC 12056) como aditivo en piensos para pavos de engorde, pavos criados para reproducción, lechones (lactantes y destetados) y especies porcinas menores (titular de la autorización: Andrés Pinaluba S. A.) (DOUE L319, 2.10.2020, p. 26), se renueva la autorización del *Bacillus amyloliquefaciens* CECT 5940 como aditivo en piensos para pollos de engorde y a su autorización para pollitas criadas para puesta, y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1292/2008 (titular de la autorización: Evonik Nutrition & Care GmbH) (DOUE L324, 6.10.2020, p. 3), se autorizan: el éster etílico del ácido β -apo-8'-carotenoico como aditivo en piensos para pollos de engorde, gallinas ponedoras y especies menores de aves de corral para puesta y para engorde (DOUE L324, 6.10.2020, p. 32), el extracto saponificado de pimentón (*Capsicum annum*) (capsantina) como aditivo en piensos para pollos de engorde, especies menores de aves de corral para engorde, gallinas ponedoras y especies menores de aves de corral para puesta (DOUE L326, 8.10.2020, p. 7), y se renueva la autorización de *Saccharomyces cerevisiae* CBS 493.94 como aditivo para la alimentación de caballos y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 886/2009 (titular de la autorización: All-Technology Ireland Ltd) (DOUE L324, 6.10.2020, p. 26).

Se modifican: el Reglamento (UE) n° 142/2011 en lo que concierne a las importaciones de alimentos para animales de compañía procedentes de Georgia (DOUE L386, 18.11.2020, p. 6), el anexo I del Reglamento de Ejecución (UE) 2018/659 por lo que respecta a las condiciones para la entrada en la Unión de équidos vivos y de esperma, óvulos y embriones de équidos procedentes de Malasia (DOUE L293, 8.09.2020, p. 5), el Reglamento de Ejecución (UE) 2018/659 de la Comisión, sobre las condiciones para la entrada en la Unión de équidos vivos y de esperma, óvulos y embriones de équidos (DOUE L399, 30.11.2020, p. 1), el anexo I del Reglamento

(CE) n° 798/2008 en lo que respecta a la entrada correspondiente a los Estados Unidos en la lista de terceros países, territorios, zonas o compartimentos desde los cuales están permitidos la importación en la Unión o el tránsito por esta de determinadas mercancías de aves de corral, en relación con la influenza aviar de alta patogenicidad (DOUE L258, 7.08.2020, p. 11), y en lo referente a la entrada sobre Australia en la lista de terceros países, territorios, zonas o compartimentos desde los cuales están permitidos la importación en la Unión o el tránsito por esta de determinadas mercancías de aves de corral, en relación con la influenza aviar de alta patogenicidad (DOUE L394, 24.11.2020, p. 5).

Se decide sobre la vigilancia y la notificación de la resistencia a los antimicrobianos de las bacterias zoonóticas y comensales y se deroga la Decisión de Ejecución 2013/652/UE de la Comisión (DOUE L387, 19.11.2020, p. 8). Se modifica el Reglamento Delegado (UE) 2019/2035 de la Comisión, por el que se completa el Reglamento (UE) 2016/429 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo referente a las normas sobre los establecimientos que tengan animales terrestres y las plantas de incubación, y a la trazabilidad de determinados animales terrestres en cautividad y de los huevos para incubar (DOUE L366, 4.11.2020, p. 1), se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2020/466 en lo que respecta al período de aplicación de las medidas temporales (DOUE L314, 29.09.2020, p. 2).

Se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/1375 en lo relativo al muestreo, el método de referencia para la detección y las condiciones de importación respecto al control de las triquinas (DOUE L338, 15.10.2020, p. 7), se modifica el anexo X del Reglamento (CE) n 999/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo por lo que se refiere al examen adicional de los casos positivos de encefalopatías espongiiformes transmisibles en animales ovinos y caprinos (DOUE L360, 30.10.2020, p. 13), y se adoptan dos decisiones. Una relativa a determinadas medidas de protección en relación con la gripe aviar altamente patógena del subtipo H5N8 en el Reino Unido (DOUE L392, 23.11.2020, p. 60) y otra relativa a las medidas para impedir la introducción en la Unión del virus de la fiebre aftosa procedente de Argelia, Egipto, Israel, Líbano, Libia, Marruecos, Palestina, Siria, Túnez y Turquía (DOUE L386, 18.11.2020, p. 28).

En lo que se refiere a la leche y productos de la ganadería, se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2019/626 en lo que respecta a las listas de terceros países y regiones de terceros países desde los que se autoriza la introducción en la Unión Europea de productos lácteos e insectos (DOUE L359, 29.10.2020, p. 5).

Y en cuanto a los Centros escolares y ayuda alimentaria, se modifican el Reglamento Delegado (UE) 2017/40 en lo que respecta a la evaluación de la puesta en práctica del programa escolar (DOUE L284, 1.09.2020, p. 1) y el Reglamento

de Ejecución (UE) 2017/39 en lo que respecta al seguimiento y la evaluación de la aplicación del programa escolar y a los controles sobre el terreno correspondientes (DOUE L284, 1.09.2020, p. 3).

IV. POLÍTICA PESQUERA

En el ámbito de la Política de Pesca, suele ser necesaria para la Unión Europea la celebración de Tratados internacionales de pesca, sobre distintos aspectos de la misma. A estos efectos, se decide la firma, en nombre de la Unión, y a la aplicación provisional del Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Unión Europea y la República Islámica de Mauritania relativo a la prórroga del Protocolo por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera previstas en el Acuerdo de Asociación en el sector pesquero entre la Comunidad Europea y la República Islámica de Mauritania, Protocolo que expira el 15 de noviembre de 2020 (DOUE L383, 16.11.2020, p. 1 y 3), la firma, en nombre de la Unión, y a la aplicación provisional del Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Unión Europea y el Gobierno de las Islas Cook relativo a la prórroga del Protocolo de aplicación del Acuerdo de Colaboración de pesca sostenible entre la Unión Europea y el Gobierno de las Islas Cook (DOUE L356, 26.10.2020, p. 7 y 9).

También se decide la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el marco del Convenio sobre la futura cooperación multilateral en los caladeros del Atlántico Nororiental, por lo que refiere a la solicitud de adhesión del Reino Unido a dicho Convenio, y por la que se deroga la Decisión (UE) 2019/510 (DOUE L311, 25.09.2020, p. 8), la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el Consejo de la Organización para la Conservación del Salmón del Atlántico Norte creado por el Convenio para la conservación del salmón en el Atlántico Norte por lo que respecta a la solicitud de adhesión del Reino Unido a dicho Convenio, y por la que se deroga la Decisión (UE) 2019/937 (DOUE L348, 20.10.2020, p. 16), la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en las reuniones de las Partes en el Acuerdo para impedir la pesca no reglamentada en alta mar en el Océano Ártico central (DOUE L362, 30.10.2020, p. 20), se modifica la Decisión (UE) 2020/721 para incluir la posición que debe adoptarse en nombre de la Unión Europea en el Comité de Protección del Medio Marino de la Organización Marítima Internacional en su 75.o período de sesiones y en el Comité de Seguridad Marítima de la Organización Marítima Internacional en su 102.o período de sesiones, en lo relativo a la aprobación de una circular MSC-MEPC.5 sobre el modelo de acuerdo para autorizar a organizaciones reconocidas que actúen en nombre de la administración (DOUE L362, 30.10.2020, p. 15) y se autoriza al Reino Unido a manifestar su consentimiento, en nombre propio, en obligarse por determinados

acuerdos internacionales que deban aplicarse durante el período transitorio en el ámbito de la política pesquera común de la Unión (DOUE L305, 21.09.2020, p. 27).

En lo que se refiere a la protección del medio marino y cuotas generales de pesca, se añaden a las cuotas de pesca de 2020 determinadas cantidades retenidas en el año 2019 de conformidad con el artículo 4, apartado 2, del Reglamento (CE) n° 847/96 del Consejo (DOUE L255, 5.08.2020, p. 3), se modifica el Reglamento (UE) 2020/123 en lo que respecta a determinadas posibilidades de pesca para 2020, en aguas de la Unión y en aguas no pertenecientes a la Unión (DOUE L311, 25.09.2020, p. 2), se fijan, para 2020, las posibilidades de pesca aplicables a determinadas poblaciones y grupos de poblaciones de peces en el mar Mediterráneo y en el mar Negro (DOUE L343, 16.10.2020, p. 3), se efectúan deducciones de las cuotas de pesca disponibles para determinadas poblaciones en 2020 debido a la sobrepesca practicada en años anteriores (DOUE L288, 3.09.2020, p. 21), se modifica la Decisión de Ejecución (UE) 2018/1986, por la que se establecen programas de control e inspección específicos de determinadas pesquerías (DOUE L309, 23.09.2020, p. 8), se establecen, para 2021, las posibilidades de pesca de determinadas poblaciones y grupos de poblaciones de peces en el mar Báltico y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2020/123 en lo que respecta a determinadas posibilidades de pesca en otras aguas (DOUE L362, 30.10.2020, p. 3), se modifica el Reglamento (UE) 2016/1139 en lo que respecta a la reducción de la capacidad de pesca en el mar Báltico, y el Reglamento (UE) n° 508/2014 en lo que respecta a la paralización definitiva de la actividad pesquera de las flotas que pescan bacalao del Báltico oriental, bacalao del Báltico occidental y arenque del Báltico occidental (DOUE L400, 30.11.2020, p. 1).

También se modifica el Reglamento Delegado (UE) 2019/2238 en lo que respecta a las exenciones por alta capacidad de supervivencia y las exenciones de mínimos aplicables a determinadas pesquerías demersales del mar del Norte (DOUE L397, 26.11.2020, p. 1), se corrige el Reglamento Delegado (UE) n° 1394/2014, por el que se establece un plan de descartes para determinadas pesquerías pelágicas en las aguas suroccidentales (DOUE L397, 26.11.2020, p. 4), se establece el cierre de las pesquerías de gallineta en la zona NAFO 3M para los buques que enarbolan pabellón de un Estado miembro de la Unión Europea (DOUE L262, 12.08.2020, p. 1) y se establece el cierre de las pesquerías de mendo en la zona NAFO 3NO para los buques que enarbolan pabellón de un Estado miembro de la Unión Europea (DOUE L326, 8.10.2020, p. 5).

En lo que se refiere a los buques que enarbolan pabellón de España, se establece el cierre de las pesquerías de bacalao en aguas de Noruega de las zonas 1 y 2 (DOUE L291, 7.09.2020, p. 1), el cierre de las pesquerías de raya mosaico en aguas

de la Unión de la zona 9 (DOUE L307, 22.09.2020, p. 4), se cierran las pesquerías de gallineta nórdica en aguas de la Unión y aguas internacionales de la zona 5, así como en aguas internacionales de las zonas 12 y 14 (DOUE L325, 7.10.2020, p. 4).

Se prorroga la excepción a lo dispuesto en el Reglamento (CE) n° 1967/2006 del Consejo en lo concerniente a la distancia mínima de la costa y la profundidad mínima permitidas en el caso de las redes de tiro desde embarcación para la pesca de chanquete (*Aphia minuta*) en las aguas territoriales españolas de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (DOUE L286, 2.09.2020, p. 1), se prorroga la excepción a lo dispuesto en el Reglamento (CE) n° 1967/2006 del Consejo en lo concerniente a la distancia mínima de la costa y la profundidad marina mínima en el caso de las redes de tiro desde embarcación para la pesca de chanquete y cabotí (*Aphia minuta* y *Pseudaphia ferreri*) y de caramel (*Spicara smaris*) en determinadas aguas territoriales de España (Illes Balears) (DOUE L286, 2.09.2020, p. 5), y se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n° 185/2013 en lo relativo a deducciones de las cuotas de pesca asignadas a España para 2020 y 2023 (DOUE L286, 2.09.2020, p. 9).

V. LIBRE CIRCULACION DE LOS TRABAJADORES, POLÍTICA SOCIAL Y DE EMPLEO

En lo que se refiere a la Libre Circulación de los Trabajadores, la Política Social y de Empleo, la Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social adopta las Decisiones n° H9 de 17 de junio de 2020 relativa a la prórroga de los plazos mencionados en los artículos 67 y 70 del Reglamento (CE) n° 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, así como en la Decisión n° S9, con motivo de la pandemia de COVID-19 (DOUE C259, 7.08.2020, p. 9). Se concede apoyo temporal al Reino de España, con arreglo al Reglamento (UE) 2020/672, para atenuar los riesgos de desempleo en la emergencia a raíz de la pandemia de COVID-19 (DOUE L314, 29.09.2020, p. 24).

Se modifica la Decisión de Ejecución 2014/190/UE en lo que se refiere al desglose anual por Estado miembro de los recursos de la asignación específica para la Iniciativa de Empleo Juvenil, junto con la lista de regiones que pueden optar a financiación (DOUE L300, 14.09.2020, p. 37), se decide sobre las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros (DOUE L344, 17.10.2020, p. 22), se modifica la Decisión n° 573/2014/UE sobre una mayor cooperación entre los servicios públicos de empleo (SPE) (DOUE L400, 30.11.2020, p. 7), y se produce una Recomendación del Consejo relativa a un puente hacia el empleo: refuerzo de la Garantía Juvenil que sustituye la Recomendación del Consejo, de 22 de abril de 2013, sobre el establecimiento de la Garantía Juvenil (DOUE C372, 4.11.2020, p. 1).

VI. DERECHO DE ESTABLECIMIENTO Y LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

En relación al Derecho de Establecimiento y Libre prestación de Servicios, se establece información técnica para el cálculo de las provisiones técnicas y los fondos propios básicos a efectos de la presentación de información con fecha de referencia comprendida entre el 30 de junio de 2020 y el 29 de septiembre de 2020 de conformidad con la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (DOUE L250, 3.08.2020, p. 1), se establece información técnica para el cálculo de las provisiones técnicas y los fondos propios básicos a efectos de la presentación de información con fecha de referencia comprendida entre el 30 de septiembre de 2020 y el 30 de diciembre de 2020 de conformidad con la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (DOUE L375, 10.11.2020, p. 1).

Se corrige el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/983, sobre el procedimiento de expedición de la tarjeta profesional europea y la aplicación del mecanismo de alerta con arreglo a lo dispuesto en la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L262, 12.08.2020, p. 4) y se modifica la Directiva 2014/65/UE relativa a los mercados de instrumentos financieros (DOUE L347, 20.10.2020, p. 50).

VII. POLÍTICA DE TRANSPORTES

En el ámbito de la Política de Transportes y en relación con sus aspectos internacionales, se decide la posición que debe adoptarse en nombre de la Unión Europea en relación con las enmiendas a los anexos del Acuerdo europeo sobre transporte internacional de mercancías peligrosas por carretera (ADR) y a los Reglamentos anexos del Acuerdo europeo relativo al transporte internacional de mercancías peligrosas por vías navegables interiores (ADN) (DOUE L329, 9.10.2020, p. 1), la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el seno del Comité europeo para la elaboración de normas de navegación interior (CESNI) y en el seno de la Comisión central para la navegación del Rin (CCNR) sobre la adopción de normas referentes a las prescripciones técnicas aplicables a las embarcaciones de navegación interior (DOUE L345, 19.10.2020, p. 6), la posición que debe adoptarse en nombre de la Unión Europea en el Consejo de la Organización de Aviación Civil Internacional con respecto a la adopción de la enmienda 46 del anexo 6, parte I y de la enmienda 39 del anexo 6, parte II) del Convenio sobre Aviación Civil Internacional en relación con el aplazamiento del futuro requisito de equipamiento con un registrador de voz de cabina de vuelo de veinticinco horas para evitar consecuencias no deseadas debido a la pandemia de COVID-19 (DOUE L362, 30.10.2020, p. 25),

la posición que debe adoptarse en nombre de la Unión Europea en el Consejo Bilateral de Supervisión en el marco del Acuerdo entre los Estados Unidos de América y la Comunidad Europea sobre cooperación en materia de reglamentación de la seguridad en la aviación civil, en lo que respecta a la Decisión nº 0010 por la que se adopte el anexo 3 del Acuerdo (DOUE L381, 13.11.2020, p. 18), la posición que debe adoptarse en nombre de la Unión Europea en el Consejo Bilateral de Supervisión en el marco del Acuerdo entre los Estados Unidos de América y la Comunidad Europea sobre cooperación en materia de reglamentación de la seguridad en la aviación civil, en lo que respecta a la Decisión nº 0011 por la que se adopte el anexo 4 del Acuerdo (DOUE L381, 13.11.2020, p. 20).

Se modifica la Directiva (UE) 2016/798 en lo que respecta a la aplicación de las normas de seguridad e interoperabilidad ferroviarias en la conexión fija a través del canal de la Mancha (DOUE L352, 22.10.2020, p. 1), y se decide la firma, en nombre de la Unión Europea, de un Protocolo del Convenio sobre el transporte discrecional internacional de viajeros en autocar y autobús (Convenio Interbus) en relación con el transporte internacional regular y regular especial de los viajeros en autocar y autobús (DOUE L385, 17.11.2020, p. 1). Se otorgan poderes a Francia para negociar, firmar y celebrar un acuerdo internacional por el que se complete el Tratado entre Francia y el Reino Unido relativo a la construcción y la explotación por concesionarios privados de una conexión fija a través del canal de la Mancha (DOUE L352, 22.10.2020, p. 4).

En relación a los transportes aéreos, se modifican: los Reglamentos (UE) nº 1321/2014 y (UE) 2015/640 en lo que respecta a la introducción de nuevos requisitos de aeronavegabilidad adicionales (DOUE L257, 6.08.2020, p. 14), el Reglamento de Ejecución (UE) 2019/1387 en lo que respecta al aplazamiento de las fechas de aplicación de determinadas medidas en el contexto de la pandemia de COVID-19 (DOUE L259, 10.08.2020, p. 10), el Reglamento de Ejecución (UE) 2020/469 en lo que respecta al aplazamiento de las fechas de aplicación de determinadas medidas en el contexto de la pandemia de COVID-19 (DOUE L259, 10.08.2020, p. 12), el Reglamento (CEE) nº 95/93 del Consejo en lo que respecta a la prórroga temporal de las medidas excepcionales para abordar las consecuencias derivadas de la pandemia de COVID-19 (DOUE L338, 15.10.2020, p. 4).

Se adoptan medidas excepcionales para el tercer período de referencia (2020-2024) del sistema de evaluación del rendimiento y de tarificación en el cielo único europeo debido a la pandemia de COVID-19 (DOUE L366, 4.11.2020, p. 7) y se modifica el Reglamento (UE) nº 139/2014 en lo que respecta a las condiciones y los procedimientos de declaración de las organizaciones responsables de la prestación de servicios de dirección de plataforma (DOUE L282, 31.08.2020, p. 1).

En el sector de los transportes por carretera, se decide respecto a la aplicación de la Directiva 2009/103/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a los controles del seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles que tengan su estacionamiento habitual en Bosnia y Herzegovina (DOUE L314, 29.09.2020, p. 66).

En cuanto al transporte marítimo y fluvial, buques, se adopta un reglamento relativo a los requisitos de diseño, construcción y rendimiento y a las normas de ensayo para los equipos marinos, y por el que se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) 2019/1397 (DOUE L264, 12.08.2020, p. 1).

En lo que se refiere al transporte ferroviario, se establecen medidas en favor de un mercado ferroviario sostenible habida cuenta del brote de COVID-19 (DOUE L333, 12.10.2020, p. 1).

Finalmente, en el ámbito del transporte de mercancías peligrosas, se autoriza a los Estados miembros a aprobar determinadas excepciones conforme a lo dispuesto en la Directiva 2008/68/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el transporte terrestre de mercancías peligrosas (DOUE L284, 1.09.2020, p. 9).

VIII. POLÍTICA DE LA COMPETENCIA

En los ámbitos generales de la Política de competencia, se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2019/1382, que modifica determinados Reglamentos por los que se imponen medidas antidumping o antisubvenciones sobre determinados productos siderúrgicos sujetos a medidas de salvaguardia (DOUE L384, 17.11.2020, p. 6).

En lo que se refiere a derechos compensatorios y antidumping, se establece un derecho antidumping provisional sobre las importaciones de extrusiones de aluminio originarias de la República Popular China (DOUE L336, 13.10.2020, p. 8), se decide sobre las exenciones del derecho antidumping ampliado aplicable a determinadas piezas de bicicleta originarias de la República Popular China con arreglo al Reglamento (CE) n° 88/97 (DOUE L325, 7.10.2020, p. 74), se modifican el Reglamento (UE) 2016/1036 relativo a la defensa contra las importaciones que sean objeto de dumping por parte de países no miembros de la Unión Europea y el Reglamento (UE) 2016/1037 sobre la defensa contra las importaciones subvencionadas originarias de países no miembros de la Unión Europea en lo que respecta a la duración del período de comunicación previa (DOUE L259, 10.08.2020, p. 1).

En relación con la República Popular China, se amplía el derecho antidumping definitivo establecido por el Reglamento de Ejecución (UE) 2018/186 de la Comi-

sión sobre las importaciones de determinados aceros resistentes a la corrosión y a las importaciones de determinados aceros resistentes a la corrosión ligeramente modificados (DOUE L255, 5.08.2020, p. 36), se establecen derechos antidumping definitivos sobre las importaciones de determinados alcoholes polivinílicos (DOUE L315, 29.09.2020, p. 1), se amplía el derecho antidumping definitivo establecido por el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/83 sobre las importaciones de glutamato monosódico y a las importaciones de glutamato monosódico mezclado o en solución (DOUE L336, 13.10.2020, p. 1), se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2020/353, por el que se establece un derecho antidumping definitivo y se percibe definitivamente el derecho provisional establecido sobre las importaciones de llantas de acero para uso en carretera (DOUE L258, 7.08.2020, p. 9), se restablece un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de accesorios de tubería roscados, moldeados, de fundición maleable y de fundición de grafito esférico, fabricados por Jinan Meide Castings Co., Ltd, a raíz de la sentencia del Tribunal General en el asunto T-650/17 (DOUE L274, 21.08.2020, p. 20), se establece un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de determinados cítricos preparados o conservados (mandarinas, etc, tras una reconsideración por expiración de conformidad con el artículo 11, apartado 2, del Reglamento (UE) 2016/1036 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L351, 22.10.2020, p. 2).

Se amplía el derecho antidumping definitivo establecido por el Reglamento de Ejecución (UE) 2019/1267 sobre las importaciones de electrodos de wolframio originarios de la República Popular China a las importaciones de electrodos de wolframio procedentes de Laos y Tailandia, hayan sido o no declarados originarios de Laos y Tailandia, y por el que se da por concluida la investigación respecto de las importaciones procedentes de la India, hayan sido o no declaradas originarias de la India (DOUE L290, 4.09.2020, p. 1), se establece un derecho antidumping definitivo y se percibe definitivamente el derecho provisional que se impuso a las importaciones de determinadas chapas y bobinas de acero inoxidable laminadas en caliente originarias de Indonesia, la República Popular China y Taiwán (DOUE L325, 7.10.2020, p. 26), se establece un derecho antidumping definitivo y se percibe definitivamente el derecho provisional establecido sobre las importaciones de determinado papel térmico pesado originario de la República de Corea (DOUE L346, 20.10.2020, p. 19).

En relación con las Ayudas de Estado, se produce una Comunicación de la Comisión relativa a los tipos de interés vigentes a efectos de recuperación de ayudas estatales y los tipos de referencia/de actualización aplicables a partir del 1 de octubre de 2020 [publicada de conformidad con el artículo 10 del Reglamento (CE) n° 794/2004 de la Comisión, de 21 de abril de 2004 (DO L 140 de 30.4.2004, p. 1)] (DOUE C312, 21.09.2020, p. 3), una Comunicación de la Comisión relativa a la prórroga y las modificaciones de las Directrices sobre las ayudas estatales de finalidad

regional para 2014-2020, las Directrices sobre las ayudas estatales para promover las inversiones de financiación de riesgo, las Directrices sobre ayudas estatales para la protección del medio ambiente y energía 2014-2020, las Directrices sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas no financieras en crisis, la Comunicación sobre los criterios para el análisis de la compatibilidad con el mercado interior de las ayudas estatales para promover la ejecución de proyectos importantes de interés común europeo, la Comunicación de la Comisión relativa al Marco sobre ayudas estatales de investigación y desarrollo e innovación y la Comunicación de la Comisión a los Estados miembros sobre la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea al seguro de crédito a la exportación a corto plazo (DOUE C224, 8.07.2020, p. 2) y una tercera Comunicación de la Comisión — Cuarta modificación del Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19 y modificación de la Comunicación de la Comisión a los Estados miembros sobre la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea al seguro de crédito a la exportación a corto plazo (DOUE C340I, 13.10.2020, p. 1) y se modifica el Reglamento (UE) n° 360/2012 en lo que respecta a la prórroga de su período de aplicación y a una excepción temporal para empresas en crisis para tener en cuenta los efectos de la pandemia de COVID-19 (DOUE L337, 14.10.2020, p. 1).

En cuanto a las Ayudas de Estado a España, se autorizan varias ayudas, (DOUE C260, 7.08.2020, p. 1; DOUE C269, 14.08.2020, p. 1), algunas motivadas por el COVID-19 (DOUE C277, 21.08.2020, p. 1; DOUE C376, 6.11.2020, p. 1).

IX. FISCALIDAD

En materia de Política Fiscal, se modifican: los Reglamentos de Ejecución (UE) 2020/21 y (UE) 2020/194 en lo que respecta a las fechas de aplicación en respuesta a la pandemia de COVID-19 (DOUE L309, 23.09.2020, p. 4), la Directiva 92/83/CEE relativa a la armonización de las estructuras de los impuestos especiales sobre el alcohol y las bebidas alcohólicas (DOUE L256, 5.08.2020, p. 1), y la Directiva 2006/112/CE, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido en lo que respecta a la identificación de los sujetos pasivos en Irlanda del Norte (DOUE L396, 25.11.2020, p. 1).

X. POLÍTICA ECONOMICA Y MONETARIA Y LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES

En la Política Económica y Monetaria y la Libre circulación de capitales, y en relación con el Banco Central Europeo, se modifica la Decisión (UE) 2019/1743 del Banco Central Europeo relativa a la remuneración de las tenencias de exceso de reservas y de determinados depósitos (BCE/2020/38) (DOUE L297, 11.09.2020, p. 5), se modifica la Decisión (UE) 2015/298 sobre la distribución provisional de los ingresos del Banco Central Europeo (BCE/2020/56) (DOUE L390, 20.11.2020, p. 63), se designan jefes de unidades de trabajo que adopten decisiones delegadas de idoneidad y se deroga la Decisión (UE) 2017/936 (BCE/2020/39) (DOUE L312, 25.09.2020, p. 34), se designan jefes de unidades de trabajo que adopten decisiones delegadas sobre la significatividad de las entidades supervisadas y se deroga la Decisión (UE) 2017/937 (BCE/2020/40) (DOUE L312, 25.09.2020, p. 36), se designan jefes de unidades de trabajo que adopten decisiones delegadas de fondos propios y se deroga la Decisión (UE) 2018/547 (BCE/2020/41) (DOUE L312, 25.09.2020, p. 38), se designan jefes de unidades de trabajo que adopten decisiones delegadas relativas a las competencias de supervisión conferidas por el derecho nacional y se deroga la Decisión (UE) 2019/323 (BCE/2020/42) (DOUE L312, 25.09.2020, p. 40), se designan jefes de unidades de trabajo que adopten decisiones delegadas relativas al régimen de pasaporte, la adquisición de participaciones cualificadas y la revocación de la autorización de entidades de crédito y por la que se deroga la Decisión (UE) 2019/1377 (BCE/2020/43) (DOUE L312, 25.09.2020, p. 42). Y se decide acerca de la evaluación y el seguimiento de la información sobre infracciones presentada mediante el mecanismo de denuncia de infracciones que afecte a un alto cargo del BCE (BCE/2020/54) (DOUE L359, 29.10.2020, p. 14).

Respecto a las medidas económicas, se modifica la Decisión (UE) 2020/187 sobre la ejecución del tercer programa de adquisiciones de bonos garantizados (BCE/2020/48) (DOUE L379, 13.11.2020, p. 58). La Autoridad Europea de Valores y Mercados decide la renovación de la exigencia a las personas físicas o jurídicas que mantengan posiciones cortas netas de reducir los umbrales de notificación de posiciones cortas netas en relación con el capital en acciones emitido de sociedades cuyas acciones están admitidas a negociación en un mercado regulado por encima de un determinado umbral, que notifiquen a las autoridades competentes de conformidad con el artículo 28, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) n° 236/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L379, 13.11.2020, p. 60).

Se produce una Recomendación del Consejo relativa al Programa Nacional de Reformas de 2020 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad para 2020 de España (DOUE C282, 26.08.2020, p. 54) y

una Recomendación de la Junta Europea de Riesgo Sistémico relativa a la identificación de las entidades jurídicas (JERS/2020/12) (DOUE C403, 26.11.2020, p. 1).

En lo que respecta al régimen del Euro, se modifica la Decisión (UE) 2016/2248 sobre la asignación de los ingresos monetarios de los bancos centrales nacionales de los Estados miembros cuya moneda es el euro (BCE/2020/55) (DOUE L390, 20.11.2020, p. 60), y se modifica la Orientación (UE) 2018/797 sobre la prestación por el Eurosistema de servicios de gestión de reservas en euros a bancos centrales y países no pertenecientes a la zona del euro y a organizaciones internacionales (BCE/2020/34) (DOUE L301, 15.09.2020, p. 39).

En Política monetaria, se modifica la Orientación (UE) 2015/510 sobre la aplicación del marco de la política monetaria del Eurosistema (BCE/2020/45) (DOUE L379, 13.11.2020, p. 77), se modifica la Orientación BCE/2014/31 sobre medidas temporales adicionales relativas a las operaciones de financiación del Eurosistema y la admisibilidad de los activos de garantía (BCE/2020/47) (DOUE L379, 13.11.2020, p. 92), se modifica la Orientación (UE) 2016/65 sobre los recortes de valoración que se utilizan en la aplicación del marco de la política monetaria del Eurosistema (BCE/2020/46) (DOUE L379, 13.11.2020, p. 94).

XI. RELACIONES EXTERIORES Y COOPERACIÓN AL DESARROLLO

En materia de Acuerdos de Asociación, se decide sobre: la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el Comité Mixto creado por el Acuerdo entre la Unión Europea y Japón relativo a una asociación económica, en relación con la modificación de los apéndices 2-C-1 y 2-C-2 del anexo 2-C sobre vehículos de motor y sus componentes (DOUE L393, 23.11.2020, p. 17), la posición que debe adoptarse en nombre de la Unión Europea en el Comité AAE creado por el Acuerdo de Asociación Económica preliminar entre Costa de Marfil, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, por lo que respecta a la adopción de los procedimientos de solución de diferencias y del código de conducta de los árbitros (DOUE L343, 16.10.2020, p. 12), la posición que debe adoptarse en nombre de la Unión Europea en el Comité AAE creado por el Acuerdo de Asociación Económica preliminar entre Costa de Marfil, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, en lo que respecta a la adopción de la lista de árbitros (DOUE L343, 16.10.2020, p. 13), la posición que debe adoptarse en nombre de la Unión Europea en el Comité de Asociación establecido por el Acuerdo de Asociación Global y Reforzado entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Armenia, por otra, en relación con la sustitución de la lista de personas que ejercerán de

árbitros en los procedimientos de solución de diferencias (DOUE L362, 30.10.2020, p. 23).

Se decide la firma, en nombre de la Unión Europea y de sus Estados miembros, y a la aplicación provisional de un Protocolo del Acuerdo euromediterráneo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Túnez, por otra, para tener en cuenta la adhesión de la República de Croacia a la Unión Europea (DOUE L330, 9.10.2020, p. 1 y 3).

El Comité del AAE creado por el acuerdo de asociación económica preliminar entre Ghana, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, decide la adopción del Protocolo nº 1 relativo a la definición del concepto de «productos originarios» y a los métodos de cooperación administrativa [2020/1526] (DOUE L350, 21.10.2020, p. 1). El Consejo conjunto UE-México modifica la Decisión nº 2/2000 [2020/1180] (DOUE L259, 10.08.2020, p. 40) y la Decisión nº 2/2001 [2020/1196] (DOUE L266, 13.08.2020, p. 1).

Y se decide la posición que debe adoptarse en nombre de la Unión Europea en el seno del Comité de Asociación en su configuración de comercio, creado por el Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y Georgia, por otra, en lo que respecta a la actualización del anexo XIII (Aproximación de la legislación aduanera) del Acuerdo (DOUE L362, 30.10.2020, p. 18).

Respecto al Espacio Económico Europeo (EEE), se decide la posición que se ha de adoptar, en nombre de la Unión Europea, en el Comité Mixto del EEE, en lo que respecta a la modificación del Protocolo 31 del Acuerdo EEE, sobre la cooperación en sectores específicos no incluidos en las cuatro libertades (DOUE L333, 12.10.2020, p. 6; DOUE L343, 16.10.2020, p. 5; DOUE L343, 16.10.2020, p. 7; DOUE L343, 16.10.2020, p. 9; DOUE L343, 16.10.2020, p. 10).

También en relación con el Espacio Económico Europeo (EEE), se modifican el anexo I (Cuestiones veterinarias y fitosanitarias) del Acuerdo EEE [2020/1437] (DOUE L340, 15.10.2020, p. 1; DOUE L340, 15.10.2020, p. 3; DOUE L340, 15.10.2020, p. 4; DOUE L340, 15.10.2020, p. 7; DOUE L340, 15.10.2020, p. 11; DOUE L368, 5.11.2020, p. 1; DOUE L368, 5.11.2020, p. 3; DOUE L368, 5.11.2020, p. 4), el anexo II (Reglamentaciones técnicas, normas, ensayos y certificación) del Acuerdo EEE [2020/1442] (DOUE L340, 15.10.2020, p. 12; DOUE L340, 15.10.2020, p. 13; DOUE L340, 15.10.2020, p. 14; DOUE L340, 15.10.2020, p. 15; DOUE L340, 15.10.2020, p. 17; DOUE L340, 15.10.2020, p. 18; DOUE L340, 15.10.2020, p. 19; DOUE L340, 15.10.2020, p. 20; DOUE L340, 15.10.2020, p. 23; DOUE L340, 15.10.2020, p. 24; DOUE L368, 5.11.2020, p. 6; DOUE L368, 5.11.2020, p. 7; DOUE L368, 5.11.2020, p. 8; DOUE L368, 5.11.2020, p. 10).

DOUE L368, 5.11.2020, p. 12), el anexo IX (Servicios financieros) del Acuerdo EEE [2020/1452] (DOUE L340, 15.10.2020, p. 25; DOUE L368, 5.11.2020, p. 13) el anexo XIII (Transportes) del Acuerdo EEE [2020/1453] (DOUE L340, 15.10.2020, p. 28; DOUE L340, 15.10.2020, p. 29; DOUE L340, 15.10.2020, p. 30; DOUE L340, 15.10.2020, p. 31; DOUE L340, 15.10.2020, p. 32; DOUE L368, 5.11.2020, p. 14; DOUE L368, 5.11.2020, p. 15; DOUE L368, 5.11.2020, p. 16; DOUE L368, 5.11.2020, p. 18; DOUE L368, 5.11.2020, p. 19), el anexo XX (Medio ambiente) del Acuerdo EEE [2020/1458] (DOUE L340, 15.10.2020, p. 33; DOUE L340, 15.10.2020, p. 34; DOUE L340, 15.10.2020, p. 37), el anexo XXII (Derecho de sociedades) del Acuerdo EEE [2020/1461] (DOUE L340, 15.10.2020, p. 38; DOUE L340, 15.10.2020, p. 39), el Protocolo 31 del Acuerdo EEE sobre la cooperación en sectores específicos no incluidos en las cuatro libertades [2020/1621] (DOUE L368, 5.11.2020, p. 20; DOUE L368, 5.11.2020, p. 21; DOUE L368, 5.11.2020, p. 22) y el Protocolo 47 (sobre la supresión de los obstáculos comerciales de carácter técnico en el sector del vino) del Acuerdo EEE [2020/1624] (DOUE L368, 5.11.2020, p. 23).

Finalmente el Órgano de Vigilancia de la AELC modifica, por centésimo séptima vez, las normas sustantivas y de procedimiento en materia de ayudas estatales, mediante la modificación y la prórroga de determinadas directrices sobre ayudas estatales [2020/1576] (DOUE L359, 29.10.2020, p. 16), y se autoriza a Noruega a ampliar determinados períodos especificados en el artículo 2 del Reglamento (UE) 2020/698 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen medidas específicas y temporales, como consecuencia del brote de COVID-19, relativas a la renovación o prórroga de determinados certificados, permisos, licencias y autorizaciones, y al aplazamiento de determinados controles periódicos y formación continua en ciertos ámbitos de la legislación en materia de transporte [2020/1635] (DOUE L367, 5.11.2020, p. 42).

XII. ENERGÍA

En la Política de Energía, se produce una Recomendación de la Comisión sobre la pobreza energética (DOUE L357, 27.10.2020, p. 35).

XIII. POLÍTICA INDUSTRIAL Y MERCADO INTERIOR

En la normativa internacional relativa al Mercado Interior se decide la posición que debe adoptarse en nombre de la Unión Europea en el Foro Mundial para la Armonización de la Reglamentación sobre Vehículos de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas por lo que respecta a las propuestas de modificaciones de los Reglamentos nº 0, 13, 16, 17, 44, 55, 83, 93, 94, 95, 100, 115, 137,

144, 151, 152 y 153 de las Naciones Unidas, a las propuestas de modificaciones de los Reglamentos Técnicos Mundiales nº 7, 15 y 18, a la propuesta de enmiendas a la Resolución Mutua R.M.3, a las propuestas de dos nuevos Reglamentos de las Naciones Unidas relativos al desplazamiento en marcha atrás y los sistemas de información al inicio de la marcha y a la propuesta de un nuevo Reglamento Técnico Mundial sobre la determinación de la potencia de los vehículos eléctricos (DOUE L369, 5.11.2020, p. 3).

También cabe destacar la adopción de reglamentos por las Naciones Unidas, relativos a: Disposiciones uniformes relativas a la homologación de apoyacabezas (reposacabezas), incorporados o no en asientos de vehículos [2020/1169] (DOUE L258, 7.08.2020, p. 30), Disposiciones uniformes relativas a la homologación de sistemas de retención de niños ocupantes de vehículos de motor («sistemas de retención infantil») [2020/1223] (DOUE L285, 1.09.2020, p. 1), Disposiciones uniformes relativas a la homologación de vehículos de motor en lo que respecta al sistema de aviso de ángulos muertos para la detección de bicicletas [2020/1596] (DOUE L360, 30.10.2020, p. 48), Prescripciones uniformes relativas a la homologación de vehículos de motor por lo que respecta al sistema avanzado de frenado de emergencia (AEBS) para los vehículos M1 y N1 [2020/1597] (DOUE L360, 30.10.2020, p. 66).

Y se modifica el Reglamento (CE) nº 1126/2008 por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) nº 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo a la Norma Internacional de Contabilidad 16 (DOUE L331, 12.10.2020, p. 20).

Los aspectos más generales del mercado interior también son objeto de regulación y así se establecen normas técnicas de ejecución en lo que respecta a los procedimientos y formularios para el intercambio de información y la cooperación entre las autoridades competentes, la AEVM, la Comisión y otras entidades en virtud del artículo 24, apartado 2, y del artículo 25 del Reglamento (UE) nº 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el abuso de mercado (DOUE L325, 7.10.2020, p. 7), se especifican los detalles y las funcionalidades del sistema de información y comunicación que debe utilizarse a efectos del Reglamento (UE) 2019/515 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al reconocimiento mutuo de mercancías comercializadas legalmente en otro Estado miembro (DOUE L377, 11.11.2020, p. 7), y se decide un proyecto piloto para la aplicación de determinadas disposiciones de cooperación administrativa establecidas en el Reglamento (UE) 2018/1807 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea, mediante el Sistema de Información del Mercado Interior (DOUE L377, 11.11.2020, p. 10).

La protección de la salud humana y animal suele siempre originar o modificar normativa existente, y en este cuatrimestre, se modifica el Reglamento (UE) n° 658/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo al ajuste a la tasa de inflación de los importes de las tasas pagaderas a la Agencia Europea de Medicamentos por la realización de actividades de farmacovigilancia con respecto a los medicamentos de uso humano (DOUE L331, 12.10.2020, p. 2), se conceden autorizaciones de la Unión para: la familia de biocidas «Iodine based products-CID LINES NV» (DOUE L268, 14.08.2020, p. 1), la familia de biocidas «PeridoxRTU Product Family» (DOUE L328, 9.10.2020, p. 8), para el biocida único «ClearKlens product based on IPA» (DOUE L252, 4.08.2020, p. 1).

Se establecen las disposiciones necesarias para la aplicación del procedimiento de renovación de la aprobación de las sustancias activas de conformidad con el Reglamento (CE) n° 1107/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, y por el que se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) n° 844/2012 de la Comisión (DOUE L392, 23.11.2020, p. 20).

Se aprueban: la sustancia activa hidrogenocarbonato de sodio como sustancia de bajo riesgo con arreglo al Reglamento (CE) n° 1107/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la comercialización de productos fitosanitarios, y se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n° 540/2011 de la Comisión (DOUE L297, 11.09.2020, p. 1), el uso del formaldehído como sustancia activa existente en biocidas de los tipos de producto 2 y 3 (DOUE L397, 26.11.2020, p. 17), la masa de reacción de ácido peracético (PAA) y ácido peroxioctanoico (POOA) como sustancia activa existente para su uso en biocidas de los tipos de producto 2, 3 y 4 (DOUE L398, 27.11.2020, p. 9).

Se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/408 para incluir las sustancias activas carbetamida, emamectina, flurocloridona, gamma-cihalotrina, halosulfurón metilo, ipconazol y tembotriona en la lista de sustancias candidatas a la sustitución (DOUE L303, 17.09.2020, p. 18).

El Reglamento de Ejecución (UE) n° 540/2011 se modifica: en lo que respecta a la prórroga de los períodos de aprobación de las sustancias activas sulfato de aluminio y amonio, silicato de aluminio, harina de sangre, carbonato de calcio, dióxido de carbono, extracto del árbol del té, residuos de la destilación de grasas, ácidos grasos C7 a C20, extracto de ajo, ácido giberélico, giberelina, proteínas hidrolizadas, sulfato de hierro, kieselgur (tierra de diatomeas), aceites vegetales/aceite de colza, hidrogenocarbonato de potasio, arena de cuarzo, aceite de pescado, repelentes (por el olor) de origen animal o vegetal/grasa de ovino, cadena lineal de feromonas de lepidópteros, tebuconazol y urea (DOUE L257, 6.08.2020, p. 29), por lo que respecta a la prórroga de los períodos de aprobación de las sustancias activas aceites

de parafina, amidosulfurón, azufre, bifenox, cipermetrina, clofentecina, clomazona, clorotolurón, daminozida, deltametrina, dicamba, difenoconazol, diflufenicán, fenoxaprop-P, fenpropidina, fludioxonil, flufenacet, fostiazato, indoxacarb, lenacilo, MCPA, MCPB, nicosulfurón, picloram, prosulfocarb, triflurosulfurón y tritosulfurón (DOUE L344, 17.10.2020, p. 18), en lo que respecta a los períodos de aprobación de las sustancias activas benzoato de denatonio, fosforo de calcio, haloxifop-P, imidacloprid, pencicurón y zeta-cipermetrina (DOUE L370, 6.11.2020, p. 18), en lo que respecta a las condiciones de aprobación de la sustancia activa azadiractina (DOUE L302, 16.09.2020, p. 24).

Con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento (CE) n° 1107/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la comercialización de productos fitosanitarios, y por el que se modifica el anexo del Reglamento de Ejecución (UE) n° 540/2011 de la Comisión, no se renuevan: la aprobación de la sustancia activa bromoxinil (DOUE L300, 14.09.2020, p. 32), la aprobación de la sustancia activa benalaxil (DOUE L301, 15.09.2020, p. 4), la aprobación de la sustancia activa fenamifos (DOUE L288, 3.09.2020, p. 18), la aprobación de la sustancia activa tiofanato-metil (DOUE L342, 16.10.2020, p. 5). Y no se aprueban; la sustancia activa etametsulfurón-metilo (DOUE L301, 15.09.2020, p. 7), y el clorofeno como sustancia activa existente para su uso en biocidas del tipo de producto 2 (DOUE L397, 26.11.2020, p. 24).

La protección de la salud alimentaria es uno de los objetivos en la realización del mercado interior, por lo que es frecuente la normativa en la materia. Así, se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2017/2469 por el que se establecen los requisitos administrativos y científicos que deben cumplir las solicitudes mencionadas en el artículo 10 del Reglamento (UE) 2015/2283 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los nuevos alimentos (DOUE L398, 27.11.2020, p. 13), se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2017/2470 por el que se establece la lista de la Unión de nuevos alimentos (DOUE L357, 27.10.2020, p. 7), se modifica el anexo II del Reglamento (CE) n° 1333/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo al uso de ácido ascórbico (E 300) y ácido cítrico (E 330) en hortalizas blancas destinadas a una transformación ulterior (DOUE L326, 8.10.2020, p. 11).

Se autoriza: la comercialización de harina de setas con vitamina D2 como nuevo alimento con arreglo al Reglamento (UE) 2015/2283 del Parlamento Europeo y del Consejo y se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2017/2470 de la Comisión (DOUE L258, 7.08.2020, p. 1), la comercialización de azúcares de pulpa de cacao (*Theobroma cacao* L.) como nuevo alimento con arreglo al Reglamento (UE) 2015/2283 del Parlamento Europeo y del Consejo y se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2017/2470 de la Comisión (DOUE L367, 5.11.2020, p. 39), la comercialización de productos que contengan, se compongan o se hayan producido a

partir de soja modificada genéticamente MON 87708 × MON 89788 × A5547-127, con arreglo al Reglamento (CE) n° 1829/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L316, 30.09.2020, p. 1).

Se modifica el Reglamento (CE) n° 1881/2006 en lo que respecta al contenido máximo de hidrocarburos aromáticos policíclicos (HAP) en la carne y los productos cárnicos ahumados del modo tradicional y en el pescado y los productos de la pesca ahumados del modo tradicional, y se establece un contenido máximo de HAP en los polvos de alimentos de origen vegetal utilizados para la preparación de bebidas (DOUE L293, 8.09.2020, p. 1) y en lo que respecta a los contenidos máximos de 3-monocloropropanodiol (3-MCPD), de ésteres de ácidos grasos del 3-MCPD y de ésteres glicidílicos de ácidos grasos en determinados alimentos (DOUE L310, 24.09.2020, p. 2). Se modifica el anexo I del Reglamento (CE) n° 1334/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a la retirada de determinadas sustancias aromatizantes de la lista de la Unión (DOUE L379, 13.11.2020, p. 27) y se modifica y corrige el Reglamento (UE) n° 10/2011, sobre materiales y objetos plásticos destinados a entrar en contacto con alimentos (DOUE L288, 3.09.2020, p. 1).

En lo que se refiere al etiquetado y la presentación de los productos, se modifica, a efectos de su adaptación al progreso científico y técnico, el Reglamento (CE) n° 1272/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas, la parte 3 del anexo VI (DOUE L261, 11.08.2020, p. 2), el artículo 25 del Reglamento (CE) n° 1272/2008 (DOUE L379, 13.11.2020, p. 1), el Reglamento (CE) n° 1272/2008 a fin de mejorar la viabilidad de los requisitos de información relacionados con la respuesta sanitaria en caso de urgencia (DOUE L379, 13.11.2020, p. 3).

En el sector de los obstáculos técnicos a los intercambios, se modifica la Decisión de Ejecución (UE) 2019/1956 en lo que se refiere a las normas armonizadas para determinados aparatos electrodomésticos; protectores térmicos; equipos de redes de distribución por cable para señales de televisión, señales de sonido y servicios interactivos; interruptores automáticos; dispositivos de extinción de arco y equipos de soldadura eléctrica por arco; conectores de instalación previstos para conexión permanente en instalaciones fijas; transformadores de potencia, fuentes de alimentación, bobinas de inductancia y productos análogos; sistema conductivo de carga para vehículos eléctricos; bridas para cables; conducción de cables; aparatos para circuitos de mando; elementos de conmutación; alumbrado de emergencia; circuitos electrónicos utilizados con las luminarias; y lámparas de descarga (DOUE L250, 3.08.2020, p. 121), se modifica la Decisión de Ejecución (UE) 2020/167 en lo que respecta a las normas armonizadas aplicables a determinados equipos radioeléctricos en relación con los sistemas avanzados de guía y control de movimientos en superfi-

cie, los radares de vigilancia primaria, los receptores de sonido emitido por radio, los equipos de telecomunicaciones móviles internacionales y los sistemas radioeléctricos fijos (DOUE L357, 27.10.2020, p. 29), se modifica la Decisión de Ejecución (UE) 2019/1956 en lo que respecta a las normas armonizadas aplicables a determinados aparatos electrodomésticos y análogos; a los sistemas de alimentación eléctrica por carril para luminarias; a las luminarias para alumbrado de emergencia; a los interruptores para instalaciones eléctricas fijas, domésticas y análogas; a los interruptores automáticos; a los detectores de proximidad; a las fuentes de energía de soldadura por arco, y al equipo eléctrico para medición, control y uso en laboratorio (DOUE L399, 30.11.2020, p. 6), se modifica la Decisión de Ejecución (UE) 2019/1326 por lo que respecta a la compatibilidad electromagnética de los equipos industriales, científicos y médicos, los aparatos electrodomésticos, herramientas eléctricas y aparatos análogos, los equipos de iluminación y similares, los equipos multimedia y la aparata (DOUE L366, 4.11.2020, p. 17), se modifica el Reglamento Delegado (UE) 2018/985 por lo que respecta a sus disposiciones transitorias, para hacer frente a las repercusiones de la crisis de la COVID-19 (DOUE L358, 28.10.2020, p. 1) y se modifica el Reglamento (UE) n° 168/2013 en lo que respecta a medidas específicas sobre vehículos de fin de serie de categoría L en respuesta a la pandemia de COVID-19 (DOUE L381, 13.11.2020, p. 4).

En lo que respecta a la seguridad de los productos, se modifica, por lo que respecta a los diisocianatos, el anexo XVII del Reglamento (CE) n° 1907/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al registro, la evaluación, la autorización y la restricción de las sustancias y mezclas químicas (REACH) (DOUE L252, 4.08.2020, p. 24) y se adopta un reglamento sobre la obligación impuesta a los solicitantes de registros de que actualicen estos con arreglo al Reglamento (CE) n° 1907/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al registro, la evaluación, la autorización y la restricción de las sustancias y mezclas químicas (REACH) (DOUE L331, 12.10.2020, p. 24).

El mercado interior, por su propia naturaleza, afecta a una gran cantidad de materias, algunas de las cuales son también objeto de regulación en este cuatrimestre. Así el del Reglamento (CE) n° 1223/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los productos cosméticos, es modificado en su anexo III (DOUE L379, 13.11.2020, p. 31), sus anexos II y III (DOUE L379, 13.11.2020, p. 34), y su anexo VI (DOUE L379, 13.11.2020, p. 42).

Se modifica el Reglamento Delegado (UE) 2018/1229, por el que se completa el Reglamento (UE) n° 909/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación relativas a la disciplina de liquidación (DOUE L275, 24.08.2020, p. 3), se declara, para un período de tiempo limitado, la

equivalencia del marco normativo aplicable a los depositarios centrales de valores del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, de conformidad con el Reglamento (UE) n° 909/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L397, 26.11.2020, p. 26), se completa el Reglamento (UE) n° 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo en relación con las tasas que deben pagar las entidades de contrapartida central establecidas en terceros países a la Autoridad Europea de Valores y Mercados (DOUE L305, 21.09.2020, p. 1), se completa el Reglamento (UE) 2017/2402 del Parlamento Europeo y del Consejo en relación con las tasas que deben abonar los registros de titulaciones a la Autoridad Europea de Valores y Mercados (DOUE L390, 20.11.2020, p. 1).

El Reglamento (UE) n° 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo se completa en relación con los criterios que la AEVM debe tener en cuenta para determinar si una entidad de contrapartida central establecida en un tercer país tiene o puede adquirir importancia sistémica para la estabilidad financiera de la Unión o de uno o varios de sus Estados miembros (DOUE L305, 21.09.2020, p. 7), y en lo referente a los elementos mínimos que debe valorar la AEVM al evaluar las solicitudes de equiparabilidad del cumplimiento de las ECC de terceros países, así como las modalidades y condiciones de dicha evaluación (DOUE L305, 21.09.2020, p. 13). Se declara, para un período de tiempo limitado, la equivalencia del marco normativo aplicable a las entidades de contrapartida central del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, de conformidad con el Reglamento (UE) n° 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L306, 21.09.2020, p. 1).

Se completa la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación relativas a los criterios de nombramiento de puntos de contacto centrales en el ámbito de los servicios de pago y a las funciones de estos puntos de contacto centrales (DOUE L328, 9.10.2020, p. 1), se modifica y corrige el Reglamento Delegado (UE) 2019/979 por el que se completa el Reglamento (UE) 2017/1129 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación sobre la información financiera fundamental en la nota de síntesis de un folleto, la publicación y clasificación de los folletos, la publicidad de los valores, los suplementos de un folleto y el portal de notificación (DOUE L300, 14.09.2020, p. 1), se modifica y corrige el Reglamento Delegado (UE) 2019/980 por el que se completa el Reglamento (UE) 2017/1129 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta al formato, el contenido, el examen y la aprobación del folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores en un mercado regulado (DOUE L300, 14.09.2020, p. 6) y se completa el Reglamento (UE) 2017/2402 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación que especifican la in-

formación y los detalles sobre las titulaciones que deben comunicar la originadora, la patrocinadora y el SSPE (DOUE L289, 3.09.2020, p. 1).

Se establecen normas técnicas de ejecución con respecto al formato y las plantillas normalizadas con las que la originadora, la patrocinadora y el SSPE deben comunicar la información y los detalles de las titulaciones (DOUE L289, 3.09.2020, p. 217), se completa el Reglamento (UE) 2017/2402 del Parlamento Europeo y del Consejo y se establecen normas técnicas de regulación que especifican la información que debe facilitarse con arreglo a los requisitos de notificación STS (DOUE L289, 3.09.2020, p. 285). Se establecen normas técnicas de ejecución en lo que respecta a las plantillas para facilitar información de conformidad con los requisitos de notificación STS (DOUE L289, 3.09.2020, p. 315), se establecen normas técnicas de ejecución en lo que respecta al formato de las solicitudes de inscripción como registro de titulaciones o de ampliación de inscripción de los registros de operaciones de conformidad con el Reglamento (UE) 2017/2402 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L289, 3.09.2020, p. 330).

El Reglamento (UE) 2017/2402 del Parlamento Europeo y del Consejo, se completa: en lo que respecta a las normas técnicas de regulación sobre las normas operativas de los registros de titulaciones para la recopilación, la agregación y la comparación de datos, el acceso a ellos y la comprobación de su integridad y coherencia (DOUE L289, 3.09.2020, p. 335), en lo que respecta a las normas técnicas de regulación que especifican los detalles de la solicitud de inscripción de los registros de titulaciones y los detalles de la solicitud simplificada de ampliación de inscripción de los registros de operaciones (DOUE L289, 3.09.2020, p. 345).

Se adopta un reglamento relativo a los proveedores europeos de servicios de financiación participativa para empresas, y por el que se modifican el Reglamento (UE) 2017/1129 y la Directiva (UE) 2019/1937 (DOUE L347, 20.10.2020, p. 1), se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (UE) 2017/745 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo referente a las especificaciones comunes para el reprocesamiento de productos de un solo uso (DOUE L273, 20.08.2020, p. 3), se modifica la Decisión de Ejecución (UE) 2019/450 en lo que se refiere a la publicación de las referencias de los documentos de evaluación europeos para kits de impermeabilización, SATE, juntas para puentes de carretera, kits para edificios de madera, productos retardantes del fuego y otros productos de construcción (DOUE L359, 29.10.2020, p. 10).

Se decide sobre el uso armonizado de espectro radioeléctrico en la banda de frecuencias 5 875 -5 935 MHz para aplicaciones relacionadas con la seguridad de los sistemas de transporte inteligentes (STI) y por la que se deroga la Decisión 2008/671/CE (DOUE L328, 9.10.2020, p. 19), se establecen las listas de prioridades

para la elaboración de directrices y códigos de red en lo que se refiere a la electricidad para el período 2020-2023 y al gas para 2020 (DOUE L338, 15.10.2020, p. 10), y se modifica el Reglamento (CE) n° 273/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n° 111/2005 del Consejo por lo que respecta a la inclusión de determinados precursores de drogas en la lista de sustancias catalogadas (DOUE L392, 23.11.2020, p. 1).

XIV. POLÍTICA REGIONAL, COORDINACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS ESTRUCTURALES Y REDES TRANSEUROPEAS

En relación con la Política Regional y la Coordinación de los Instrumentos Estructurales, se decide la asignación de fondos liberados de proyectos con cargo al 10º Fondo Europeo de Desarrollo con el fin de reaprovisionar el Fondo de Apoyo a la Paz para África (DOUE L329, 9.10.2020, p. 4), sobre las contribuciones financieras que deben ingresar los Estados miembros para financiar el Fondo Europeo de Desarrollo, incluido el tercer tramo del ejercicio 2020 (DOUE L362, 30.10.2020, p. 30), sobre las contribuciones financieras que deben ingresar los Estados miembros para financiar el Fondo Europeo de Desarrollo, incluidos el límite máximo en 2022, el importe anual de 2021, el primer tramo de 2021 y una previsión indicativa y no vinculante de los importes anuales de la contribución para los años 2023 y 2024 (DOUE L385, 17.11.2020, p. 13).

Recomendación de la Comisión de 18 de septiembre de 2020 relativa a un conjunto de instrumentos comunes de la Unión para reducir el coste del despliegue de redes de muy alta capacidad y garantizar un acceso al espectro radioeléctrico 5G oportuno y favorable a la inversión, a fin de fomentar la conectividad y ponerla al servicio de la recuperación económica en la Unión tras la crisis de la COVID-19 (DOUE L305, 21.09.2020, p. 33) y se modifica el Reglamento (UE) n° 1303/2013 por lo que respecta al ajuste de la prefinanciación anual para los ejercicios 2021 a 2023 (DOUE L356, 26.10.2020, p. 1).

XV. PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE, DEL CONSUMIDOR Y DE LA SALUD

La Política Medioambiental suele implicar la celebración de Tratados internacionales, y así se decide la posición que debe adoptarse en nombre de la Unión Europea en el Comité Mixto establecido por el Acuerdo entre la Unión Europea y la Confederación Suiza relativo a la vinculación de sus regímenes de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en relación con la adopción de procedimientos operativos comunes (DOUE L343, 16.10.2020, p. 14), y la posición

que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el Comité Mixto establecido por el Acuerdo entre la Unión Europea y la Confederación Suiza relativo a la vinculación de sus regímenes de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, por lo que respecta a la modificación de los anexos I y II del Acuerdo y la adopción de normas técnicas de enlace (DOUE L343, 16.10.2020, p. 16). El Comité Mixto Establecido por el Acuerdo entre la Unión Europea y la Confederación Suiza relativo a la vinculación de sus regímenes de Comercio de Derechos de Emisión de Gases de Efecto Invernadero, modifica los anexos I y II del Acuerdo entre la Unión Europea y la Confederación Suiza relativo a la vinculación de sus regímenes de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero [2020/1359] (DOUE L314, 29.09.2020, p. 68).

En los aspectos más generales de esta política, se adopta un reglamento relativo a la estructura, el formato, los procesos de presentación de información y la revisión de la información notificada por los Estados miembros con arreglo al Reglamento (UE) 2018/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo, y por el que se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) n° 749/2014 de la Comisión (DOUE L278, 26.08.2020, p. 1). El Reglamento (UE) 2019/1021 del Parlamento Europeo y del Consejo es modificado en su anexo I en lo que respecta a la entrada correspondiente al ácido perfluorooctano sulfónico (PFOS) y sus derivados (DOUE L270, 18.08.2020, p. 1) y en lo que respecta a la inclusión en la lista del dicofol (DOUE L270, 18.08.2020, p. 4).

La gestión de los residuos suele ser objeto de regulación, y así se modifica la Decisión de Ejecución (UE) 2016/2323, por la que se establece la lista europea de instalaciones de reciclado de buques con arreglo al Reglamento (UE) n° 1257/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L378, 12.11.2020, p. 5).

En cuanto a la emisión de gases y calidad del aire ambiente, se decide la cantidad de derechos de emisión que deben expedirse para el conjunto de la Unión en 2021 de conformidad con el régimen de comercio de derechos de emisión de la UE (DOUE L386, 18.11.2020, p. 26), se modifica el anexo I del Reglamento (UE) 2018/956 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a los datos sobre los vehículos pesados nuevos que deben ser objeto de seguimiento y comunicación por parte de los Estados miembros y los fabricantes (DOUE L360, 30.10.2020, p. 4), se modifica el anexo I del Reglamento (UE) 2019/631 del Parlamento Europeo y del Consejo a fin de tener en cuenta la evolución de la masa de los vehículos comerciales ligeros nuevos matriculados en 2016, 2017 y 2018 (DOUE L360, 30.10.2020, p. 8).

Se adoptan decisiones relativas a: la aprobación de la función de generador eficiente utilizada en motogeneradores de 12 voltios destinados a determinados turismos y vehículos comerciales ligeros, incluidos determinados vehículos eléctricos híbridos y vehículos capaces de utilizar combustibles alternativos, como tecnología

innovadora de conformidad con el Reglamento (UE) 2019/631 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L280, 28.08.2020, p. 18), la aprobación de una tecnología de iluminación eficiente para el exterior de vehículos que utiliza diodos emisores de luz como tecnología innovadora para la reducción de las emisiones de CO₂ de los vehículos comerciales ligeros propulsados por motor de combustión interna en lo que respecta a las condiciones del Nuevo Ciclo de Conducción Europeo con arreglo al Reglamento (UE) 2019/631 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L279, 27.08.2020, p. 5), la aprobación, con arreglo al Reglamento (UE) 2019/631 del Parlamento Europeo y del Consejo, de una tecnología de iluminación eficiente para el exterior de los vehículos que utiliza diodos emisores de luz como tecnología innovadora para reducir las emisiones de CO₂ de determinados vehículos comerciales ligeros en relación con el procedimiento de ensayo de vehículos ligeros armonizado a nivel mundial (DOUE L313, 28.09.2020, p. 4), la aprobación de la tecnología utilizada en un motogenerador eficiente de 48 voltios combinado con un convertidor CC/CC de 48 voltios/12 voltios para su uso en turismos con motores de combustión convencionales y determinados turismos y vehículos comerciales ligeros eléctricos híbridos como tecnología innovadora de conformidad con el Reglamento (UE) 2019/631 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L258, 7.08.2020, p. 15).

Se modifican: la Decisión de Ejecución (UE) 2016/587 en lo que respecta a la iluminación eficiente que utiliza diodos emisores de luz para el exterior de los turismos que pueden funcionar con ciertos combustibles alternativos (DOUE L258, 7.08.2020, p. 27), la Decisión de Ejecución (UE) 2019/1119, en lo concerniente a la metodología de ensayo para determinados turismos eléctricos híbridos sin carga exterior y a fin de tener en cuenta el uso de combustibles alternativos, y la Decisión de Ejecución (UE) 2020/1339, en lo concerniente a las luces de posición traseras (DOUE L384, 17.11.2020, p. 9).

Y se determinan, de conformidad con el Reglamento (UE) n° 517/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los gases fluorados de efecto invernadero, los valores de referencia para el período comprendido entre el 1 de enero de 2021 y el 31 de diciembre de 2023 de cada productor o importador que haya comercializado legalmente hidrofluorocarburos en el mercado de la Unión desde el 1 de enero de 2015, según lo notificado en virtud de dicho (DOUE L364, 3.11.2020, p. 1).

En cuanto a la protección de aguas, se establece una lista de observación de sustancias a efectos de seguimiento a nivel de la Unión en el ámbito de la política de aguas, de conformidad con la Directiva 2008/105/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L257, 6.08.2020, p. 32).

Finalmente en lo que se refiere a las energías renovables y eficiencia energética, se adopta un reglamento relativo al mecanismo de financiación de energías renovables de la Unión (DOUE L303, 17.09.2020, p. 1).

En cuanto a la Política de Salud, se producen unas orientaciones de la Comisión para los paneles de expertos en productos sanitarios respecto de la interpretación coherente de los criterios de decisión en el procedimiento de consulta de la evaluación clínica (DOUE C259, 7.08.2020, p. 2), y dos recomendaciones de la Comisión, una sobre las estrategias para las pruebas de diagnóstico de la COVID-19, incluido el uso de pruebas rápidas de antígeno (DOUE L360, 30.10.2020, p. 43), y otra relativa a la utilización de pruebas rápidas de antígenos para el diagnóstico de la infección por el SARS-CoV-2 (DOUE L392, 23.11.2020, p. 63).

XVI. INFORMACIÓN, EDUCACIÓN CULTURA Y DEPORTE, POLÍTICA DE LA JUVENTUD.

La Política de Información de la UE en los últimos años suele contener algún tipo de regulación sobre la elaboración de estadísticas en distintas materias. Así, se establecen las especificaciones metodológicas y técnicas de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/792 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a los índices de precios de consumo armonizados y al índice de precios de la vivienda (DOUE L252, 4.08.2020, p. 12), se establecen especificaciones técnicas y modalidades con arreglo al Reglamento (UE) 2019/2152 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las estadísticas empresariales europeas que deroga diez actos jurídicos en el ámbito de las estadísticas empresariales (DOUE L271, 18.08.2020, p. 1), se completa el Reglamento (UE) 2019/1700 del Parlamento Europeo y del Consejo especificando el número y los títulos de las variables de las estadísticas en el ámbito de la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación para el año de referencia 2021 (DOUE L331, 12.10.2020, p. 4).

Se adopta un reglamento relativo a la nomenclatura de países y territorios para las estadísticas europeas sobre el comercio internacional de bienes y al desglose geográfico para otras estadísticas empresariales (DOUE L334, 13.10.2020, p. 2), se completa el Reglamento (UE) 2019/1700 del Parlamento Europeo y del Consejo especificando el número y el título de las variables relativas al tema ad hoc de 2022 «capacidades profesionales» y de las variables que se deben recoger cada ocho años sobre «pensión y participación en el mercado laboral» en el ámbito de la población activa (DOUE L370, 6.11.2020, p. 1), se especifican los datos técnicos del conjunto de datos para el tema ad hoc de 2022 «capacidades profesionales» y para las variables sobre «pensión y participación en el mercado laboral» que se recogen cada ocho años en el ámbito de la población activa de conformidad con el Reglamento (UE)

2019/1700 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L370, 6.11.2020, p. 9). se determinan la estructura y las disposiciones pormenorizadas del inventario de las fuentes y los métodos utilizados para elaborar agregados de la renta nacional bruta y sus componentes de acuerdo con el Sistema Europeo de Cuentas (SEC 2010) (DOUE L354, 26.10.2020, p. 1).

Se modifica el anexo I del Reglamento (UE) n° 692/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la clasificación de los países de residencia de los clientes de los establecimientos de alojamiento turístico en el contexto de la retirada del Reino Unido de la Unión (DOUE L359, 29.10.2020, p. 1), el Banco Central Europeo decide la delegación de facultades de decisión en relación con la transmisión de información estadística confidencial de estadísticas económicas y financieras a la Oficina Estadística de la Unión Europea (Eurostat) (BCE/2020/53) (DOUE L366, 4.11.2020, p. 21), se adoptan dos reglamentos, uno relativo a las condiciones uniformes para la transmisión de las series temporales para el nuevo desglose regional en virtud del Reglamento (CE) n° 1059/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L382, 16.11.2020, p. 7) y otro por el que se especifican los datos técnicos de los conjuntos de datos relativos a la salud y la calidad de vida de la encuesta muestral en el ámbito de la renta y las condiciones de vida con arreglo al Reglamento (UE) 2019/1700 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L386, 18.11.2020, p. 9).

Y el Banco Central Europeo adopta tres orientaciones, una por la que se modifica la Orientación BCE/2013/23 sobre las estadísticas de las finanzas públicas (BCE/2020/50) (DOUE L354, 26.10.2020, p. 22), otra por la que se modifica la Orientación BCE/2013/24 sobre las exigencias de información estadística del Banco Central Europeo en materia de cuentas financieras trimestrales (BCE/2020/51) (DOUE L354, 26.10.2020, p. 24) y una tercera por la que se modifica la Orientación BCE/2011/23 por lo que respecta a la frecuencia de la presentación de información al Banco Central Europeo sobre la calidad de las estadísticas exteriores (BCE/2020/52) (DOUE L354, 26.10.2020, p. 26).

XVII. CIENCIA, INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO TECNOLÓGICO Y ESPACIO, PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL.

En el ámbito de la Propiedad Intelectual e Industrial, se inscribe un nombre en el Registro de Denominaciones de Origen Protegidas y de Indicaciones Geográficas Protegidas [«Aceite de Ibiza»/«Oli d'Eivissa» (IGP)] (DOUE L349, 21.10.2020, p. 1), se inscribe un nombre en el Registro de Denominaciones de Origen Protegidas y de Indicaciones Geográficas Protegidas [«Mollete de Antequera» (IGP)] (DOUE L384, 17.11.2020, p. 1), se inscribe un nombre en el Registro de Denominaciones de

Origen Protegidas y de Indicaciones Geográficas Protegidas [«Pebre bord de Mallorca»/«Pimentón de Mallorca» (DOP)] (DOUE L323, 5.10.2020, p. 1), se aprueba una modificación del pliego de condiciones de una indicación geográfica de bebida espirituosa registrada (Scotch Whisky) (DOUE L302, 16.09.2020, p. 4), se aprueba una modificación del pliego de condiciones de una indicación geográfica de bebida espirituosa registrada [Hierbas de Mallorca] (DOUE L302, 16.09.2020, p. 6), se aprueba una modificación que no es de menor importancia del pliego de condiciones de una denominación inscrita en el Registro de Denominaciones de Origen Protegidas y de Indicaciones Geográficas Protegidas [«Mojama de Isla Cristina» (IGP)] (DOUE L312, 25.09.2020, p. 1), se aprueba una modificación que no es de menor importancia del pliego de condiciones de una denominación inscrita en el Registro de Denominaciones de Origen Protegidas y de Indicaciones Geográficas Protegidas [«Pimientos del Piquillo de Lodosa» (DOP)] (DOUE L349, 21.10.2020, p. 2), se aprueba una modificación del pliego de condiciones de una denominación de origen protegida o de una indicación geográfica protegida [«Rioja» (PDO)] (DOUE L379, 13.11.2020, p. 24), se aprueba una modificación que no es de menor importancia del pliego de condiciones de un nombre inscrito en el Registro de Denominaciones de Origen Protegidas y de Indicaciones Geográficas Protegidas «Vinagre de Jerez» (DOP) (DOUE L386, 18.11.2020, p. 3), se aprueba una modificación del pliego de condiciones de una denominación de origen protegida o de una indicación geográfica protegida «Ribeiro» (DOP) (DOUE L395, 25.11.2020, p. 2).

XVIII. DERECHO DE EMPRESAS

XIX. CIUDADANÍA DE LA UNIÓN Y PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

En materia de Protección de Derechos fundamentales, y en relación con el principio de transparencia, el Comité Europeo de la Regiones decide sobre el acceso del público a los documentos del Comité de las Regiones (DOUE L391, 20.11.2020, p. 3) y la Autoridad para los partidos políticos europeos y las fundaciones políticas europeas decide sobre el acceso público a los documentos en poder de la Autoridad para los partidos políticos europeos y las fundaciones políticas europeas (DOUE C258, 6.08.2020, p. 2).

En lo que se refiere al tratamiento de datos personales, el Consejo de Administración de la Agencia Europea de Control de la Pesca establece las normas internas relativas a la limitación de determinados derechos de los interesados en relación con el tratamiento de datos personales en el marco de las actividades llevadas a cabo por la Agencia Europea de Control de la Pesca (DOUE L251, 3.08.2020, p. 1). El

Consejo de Administración de la Oficina Comunitaria de Variedades Vegetales decide sobre las normas internas sobre las limitaciones de determinados derechos de los interesados en relación con el tratamiento de datos personales en el marco del funcionamiento de la Oficina Comunitaria de Variedades Vegetales (DOUE L259, 10.08.2020, p. 32), el Consejo de Administración de Europol decide sobre normas internas relativas a las limitaciones de determinados derechos de los interesados en relación con el tratamiento de datos personales administrativos por Europol (DOUE L260, 10.08.2020, p. 15), el Consejo de administración de la Oficina Europea de Apoyo al Asilo adopta el reglamento interno relativo a las limitaciones de ciertos derechos de interesados en relación con el tratamiento de datos personales en el marco del funcionamiento de EASO (DOUE L279, 27.08.2020, p. 15).

El Consejo de Administración de la Agencia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo decide sobre las normas internas sobre limitación de determinados derechos de los interesados en relación con el tratamiento de datos personales en el marco del funcionamiento de la EU-OSHA (DOUE L282, 31.08.2020, p. 26), el Colegio de Comisarios decide sobre las normas internas sobre las limitaciones de determinados derechos de los titulares de datos en relación con el tratamiento de datos personales en el marco de las actividades llevadas a cabo por Eurojust (DOUE L287, 2.09.2020, p. 1), el Consejo de Administración de la Empresa Común para las Bioindustrias establece las normas internas relativas a la limitación de determinados derechos de los interesados en relación con el tratamiento de datos personales en el marco del funcionamiento de la Empresa Común para las Bioindustrias (DOUE L379, 13.11.2020, p. 96), el Consejo de Administración de la Empresa Común para la Iniciativa sobre Medicamentos Innovadores establece las normas internas relativas a las limitaciones de determinados derechos de los interesados en relación con el tratamiento de datos personales en el marco del funcionamiento de la Empresa Común para la Iniciativa sobre Medicamentos Innovadores 2 (DOUE L391, 20.11.2020, p. 12). Y la Comisión establece normas internas relativas a la comunicación de información a los interesados y a las limitaciones de algunos de sus derechos en el contexto del tratamiento de datos personales que lleva a cabo la Comisión en el mecanismo de cooperación establecido por el Reglamento (UE) 2019/452 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L342, 16.10.2020, p. 25).

Se decide sobre la solicitud de registro de la propuesta de iniciativa ciudadana europea titulada «Right to Cure» [notificada con el número C(2020) 5705] (El texto en lengua inglesa es el único auténtico) (DOUE L277, 26.08.2020, p. 18).

XX. POLÍTICA EXTERIOR Y DE SEGURIDAD COMÚN

La celebración de Tratados internacionales suele ser frecuente en el desarrollo de la Política Exterior y de Seguridad Común. Así se decide la firma y la celebración, en nombre de la Unión, del Acuerdo Marco entre la Unión Europea y las Naciones Unidas con vistas a la prestación de apoyo mutuo en el contexto de sus respectivas misiones y operaciones sobre el terreno (DOUE L389, 19.11.2020, p. 1 y 2). También se decide sobre una acción de la Unión Europea para apoyar el Mecanismo de Verificación e Inspección de las Naciones Unidas en Yemen (DOUE L335, 13.10.2020, p. 13).

En relación con el Servicio Europeo de Acción Exterior, se modifica la Decisión (PESC) 2020/489 por la que se nombra al Representante Especial de la Unión Europea para el Diálogo Belgrado Pristina y otros asuntos regionales de los Balcanes Occidentales (DOUE L308, 22.09.2020, p. 4).

En los aspectos más generales de esta política, se establecen las condiciones generales en las que se podrá invitar excepcionalmente a terceros Estados a participar en proyectos individuales de la Cooperación Estructurada Permanente (DOUE L371, 6.11.2020, p. 3), se modifica y actualiza la Decisión (PESC) 2018/340 por la que se establece la lista de proyectos que deben desarrollarse en el marco de la Cooperación Estructurada Permanente (CEP) (DOUE L393, 23.11.2020, p. 12), y se crea la Escuela Europea de Seguridad y Defensa y se deroga la Decisión (PESC) 2016/2382 (DOUE L348, 20.10.2020, p. 1).

La constante colaboración de la Unión Europea con la Organización de Naciones Unidas continúa y se concreta en la aplicación de distintas Resoluciones del Consejo de Seguridad, llevando a la adopción de determinadas medidas restrictivas, tanto contra Estados como respecto de diversas entidades, personas y grupos terroristas. En cuanto a Estados, se adoptan medidas restrictivas: adopción de medidas restrictivas habida cuenta de la situación en la República Centroafricana (DOUE L260, 10.08.2020, p. 1; DOUE L260, 10.08.2020, p. 8; DOUE L266I, 13.08.2020, p. 1; DOUE L266I, 13.08.2020, p. 4; DOUE L308, 22.09.2020, p. 1; DOUE L308, 22.09.2020, p. 3), medidas restrictivas respecto de acciones que menoscaban o amenazan la integridad territorial, la soberanía y la independencia de Ucrania (DOUE L298, 11.09.2020, p. 1; DOUE L298, 11.09.2020, p. 23; DOUE L318, 1.10.2020, p. 1; DOUE L318, 1.10.2020, p. 5), medidas restrictivas habida cuenta de la situación en Libia (DOUE L305I, 21.09.2020, p. 1; DOUE L305I, 21.09.2020, p. 5; DOUE L320, 2.10.2020, p. 1; DOUE L320, 2.10.2020, p. 9; DOUE L341, 15.10.2020, p. 7; DOUE L341, 15.10.2020, p. 16), medidas restrictivas con respecto a Belarús (DOUE L319I, 2.10.2020, p. 1; DOUE L319I, 2.10.2020, p. 13; DOUE L370I, 6.11.2020, p. 1; DOUE L370I, 6.11.2020, p. 9), medidas restrictivas habida cuenta de la situación

en Nicaragua (DOUE L335, 13.10.2020, p. 18), medidas restrictivas habida cuenta de la situación en Siria (DOUE L342I, 16.10.2020, p. 1; DOUE L342I, 16.10.2020, p. 6; DOUE L370I, 6.11.2020, p. 7; DOUE L370I, 6.11.2020, p. 15), medidas restrictivas contra la República Democrática del Congo (DOUE L345, 19.10.2020, p. 8), medidas restrictivas contra la República de Guinea (DOUE L355, 26.10.2020, p. 3), medidas restrictivas habida cuenta de la situación en Burundi (DOUE L362, 30.10.2020, p. 1; DOUE L362, 30.10.2020, p. 27), medidas restrictivas contra Irán (DOUE L381, 13.11.2020, p. 6; DOUE L381, 13.11.2020, p. 22), medidas restrictivas habida cuenta de la situación en Venezuela (DOUE L381, 13.11.2020, p. 8; DOUE L381, 13.11.2020, p. 24), medidas restrictivas habida cuenta de las actividades de perforación no autorizadas de Turquía en el Mediterráneo oriental (DOUE L372I, 9.11.2020, p. 1; DOUE L372I, 9.11.2020, p. 16), medidas restrictivas contra la proliferación y el uso de las armas químicas (DOUE L335, 13.10.2020, p. 1; DOUE L335, 13.10.2020, p. 16; DOUE L341, 15.10.2020, p. 1; DOUE L341, 15.10.2020, p. 9), medidas restrictivas contra los ciberataques que amenacen a la Unión o a sus Estados miembros (DOUE L351I, 22.10.2020, p. 1; DOUE L351I, 22.10.2020, p. 5; DOUE L393, 23.11.2020, p. 1; DOUE L393, 23.11.2020, p. 19).

La aplicación de las Resoluciones de Naciones Unidas, lleva también a establecer medidas restrictivas a otras entidades, grupos terroristas y personas implicadas en actividades contrarias a la protección de las libertades fundamentales y derechos humanos, y así se sigue modificando el Reglamento (CE) n° 881/2002 del Consejo por el que se imponen determinadas medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con las organizaciones EIL (Daesh) y Al-Qaida (DOUE L303I, 17.09.2020, p. 1; DOUE L334I, 13.10.2020, p. 1), se modifica la Decisión (PESC) 2016/1693 por la que se adoptan medidas restrictivas contra el EIL (Daesh) y Al-Qaida y personas, grupos, empresas y entidades asociadas con ellos (DOUE L348, 20.10.2020, p. 15), se aplica el artículo 9 del Reglamento (CE) n° 1183/2005 por el que se imponen medidas restrictivas específicas dirigidas contra personas que incurren en violación del embargo de armas en relación con la República Democrática del Congo (DOUE L345, 19.10.2020, p. 1) y se modifica la Decisión 2010/573/PESC relativa a la adopción de medidas restrictivas contra los dirigentes de la región del Trans-Dniéster de la República de Moldavia (DOUE L362, 30.10.2020, p. 29).

En relación con las Misiones de la UE, se modifica la Decisión 2012/392/PESC sobre la Misión PCSD de la Unión Europea en Níger (EUGAP Sahel Níger) (DOUE L294, 8.09.2020, p. 3), se nombra al comandante de la fuerza de la Misión de Formación Militar PCSD de la Unión Europea en la República Centroafricana (EUTM RCA) y por la que se deroga la Decisión (PESC) 2019/1113 (EUTM RCA/2/2020) (DOUE L290, 4.09.2020, p. 14), modifica la Decisión (PESC) 2018/726 por la que

se nombra al Jefe de la Misión PCSD de la Unión Europea en Níger (EUCAP Sahel Níger) (EUCAP Sahel Níger/1/2020) (DOUE L324, 6.10.2020, p. 63), se nombra al jefe de la Misión de Policía de la Unión Europea para los Territorios Palestinos (EUPOL COPPS) (EUPOL COPPS/1/2020) (DOUE L353, 23.10.2020, p. 8), se nombra al jefe de la Misión de asistencia fronteriza de la Unión Europea para el paso fronterizo de Rafah (EU BAM Rafah) (EU BAM Rafah/2/2020) (DOUE L354, 26.10.2020, p. 5), y se prorroga el mandato del jefe de misión de la Misión asesora PCSD de la Unión Europea en la República Centroafricana (EUAM RCA) (EUAM RCA/1/2020) (DOUE L398, 27.11.2020, p. 22).

En cuanto al Control y reducción de armamentos, se decide: sobre la promoción de controles eficaces de las exportaciones de armas (DOUE L335, 13.10.2020, p. 3), y sobre el apoyo de la Unión a las actividades del Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA) en los ámbitos de la seguridad nuclear y en el marco de la aplicación de la Estrategia de la UE contra la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva (DOUE L372I, 9.11.2020, p. 4).

XXI. ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

En el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, en lo que se refiere al convenio y al espacio de Schengen, se decide sobre la puesta en aplicación de las disposiciones del acervo de Schengen relativas a la protección de datos y sobre la puesta en aplicación provisional de determinadas disposiciones del acervo de Schengen en Irlanda (DOUE L393, 23.11.2020, p. 3), se produce una recomendación del Consejo sobre un enfoque coordinado de la restricción de la libre circulación en respuesta a la pandemia de COVID-19 en el espacio Schengen (DOUE L366, 4.11.2020, p. 25).

En materia de Libre circulación y Asilo, se modifica el Reglamento (UE) nº 514/2014 en lo que respecta al procedimiento de liberación (DOUE L356, 26.10.2020, p. 3), se confirma la participación de Irlanda en el Reglamento (UE) 2017/1954 del Parlamento Europeo y del Consejo, de modificación del Reglamento (CE) nº 1030/2002 del Consejo por el que se establece un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países (DOUE L387, 19.11.2020, p. 22), y se adoptan dos recomendaciones por el Consejo, una sobre un enfoque coordinado de la restricción de la libre circulación en respuesta a la pandemia de COVID-19 (DOUE L337, 14.10.2020, p. 19) y otra por la que se modifica la Recomendación (UE) 2020/912 sobre la restricción temporal de los viajes no esenciales a la UE y el posible levantamiento de dicha restricción (DOUE L354, 26.10.2020, p. 19).

En lo que se refiere a Fronteras y Flujos migratorios se decide el apoyo financiero para el desarrollo del cuerpo permanente de la Guardia Europea de Fronteras

y Costas, de conformidad con el artículo 61 del Reglamento (UE) 2019/1896 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L358, 28.10.2020, p. 59), se producen: una recomendación del Consejo, por la que se modifica la Recomendación (UE) 2020/912 sobre la restricción temporal de los viajes no esenciales a la UE y el posible levantamiento de dicha restricción (DOUE L261, 11.08.2020, p. 83), tres recomendaciones de la Comisión, una sobre las vías legales para obtener protección en la UE: promoción del reasentamiento, la admisión humanitaria y otras vías complementarias (DOUE L317, 1.10.2020, p. 13), otra sobre la cooperación entre Estados miembros en relación con las operaciones de búsqueda y salvamento realizadas por buques que sean propiedad de entidades privadas o estén explotados por entidades privadas (DOUE L317, 1.10.2020, p. 23), y la tercera sobre un mecanismo de la UE para la preparación y gestión de crisis migratorias (Plan rector de preparación y gestión de crisis migratorias) (DOUE L317, 1.10.2020, p. 26), y una Comunicación de la Comisión — Orientaciones de la Comisión sobre la aplicación de las normas de la UE destinadas a definir y prevenir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares (DOUE C323, 1.10.2020, p. 1).

En la lucha contra la delincuencia, se decide el establecimiento del intercambio automatizado de datos respecto a los datos dactiloscópicos en el Reino Unido (DOUE L265, 12.08.2020, p. 1), y se modifica el anexo de la Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo en lo que respecta a la inclusión de la nueva sustancia psicoactiva N,N-dietil-2-[[4-(1-metiletoxi)fenil]metil]-5-nitro-1H-benzimidazol-1-etanamina (isotonitaceno) en la definición de droga (DOUE L379, 13.11.2020, p. 55).

Crónica normativa de la Junta de Andalucía¹

Decreto-ley 21/2020, de 4 de agosto, por el que se establece el régimen sancionador por el incumplimiento de las medidas de prevención y contención aplicables en Andalucía ante el COVID-19 (BOJA extraordinario núm. 49, de 4 de agosto). Convalidado por Resolución de 25 de agosto de 2020 (BOJA núm. 177, de 11 de septiembre)

Este Decreto-ley considera una necesidad extraordinaria y urgente establecer medidas que permitan a la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía afrontar con celeridad y eficacia la tramitación y resolución de los procedimientos sancionadores que se incoen por incumplimientos de las disposiciones vigentes dictadas para paliar los efectos de la crisis ocasionada por la COVID-19, mediante el establecimiento de un régimen sancionador apropiado, en los términos legalmente previstos, frente a los incumplimientos de las previsiones autonómicas contenidas en las medidas de prevención, intervención y control autonómicas. Este Decreto-ley completa el cuadro de infracciones y sanciones en la materia, determina el procedimiento a seguir, y las competencias sancionadoras para exigir las responsabilidades que se deriven de los incumplimientos de las disposiciones y resoluciones que se dictan para continuar afrontando la pandemia y que corresponden a la Administración de la Comunidad Autónoma.

Orden de 13 de agosto de 2020, por la que se modifica la Orden de 19 de junio de 2020, para adoptar medidas preventivas en materia de salud pública en los centros sociosanitarios residenciales, en los centros de día y ocupacionales, en espectáculos taurinos, así como en actividades físico-deportivas, como consecuencia de la situación y evolución de la pandemia por coronavirus (COVID-19) (BOJA extraordinario núm. 50, de 13 de agosto)

Ante el aumento de número de brotes declarados y de personas afectadas por COVID-19 durante el verano, se establecen medidas de prevención encaminadas a la protección de la población más vulnerable de Andalucía, especialmente las personas mayores que viven en centros residenciales y las que acuden a los centros de día, pero también las personas con discapacidad o con problemas de salud mental y usuarios de otros centros sociales asimilados. También se estima oportuno garantizar una mayor protección a la población que participe en espectáculos y festejos tau-

¹ En esta sección, elaborada por Emilio GUICHOT REINA, se recogen y comentan las disposiciones generales más relevantes de la Junta de Andalucía publicadas en el BOJA en el período de agosto a noviembre de 2020.

rinos populares. Por último, se regulan las medidas de prevención en las actividades físico-deportivas en las que no pueda garantizarse la distancia mínima de seguridad.

Orden de 1 de septiembre de 2020, por la que se adoptan medidas preventivas de salud pública en la Comunidad Autónoma de Andalucía para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el coronavirus (COVID-19) en las explotaciones agrarias, forestales y agroforestales con contratación de personas trabajadoras temporales (BOJA extraordinario núm. 52, de 1 de septiembre)

Esta Orden establece medidas sanitarias en explotaciones que constituyen actividades esenciales, teniendo en cuenta que la evolución de la crisis sanitaria puso de manifiesto que el colectivo de trabajadores temporales asociados a explotaciones agrarias, forestales y agroforestales, constituyeron en verano el origen de brotes epidémicos relevantes, presentando dificultades en su detección temprana, rastreo posterior y aislamientos y cuarentenas consecuentes, asociados a las características de estos colectivos, como son el desplazamiento entre distintas zonas geográficas, nacionales y extranjeras y la propia actividad laboral, suponen una mayor cantidad de contactos interpersonales, lo que conlleva un mayor riesgo de transmisión, especialmente en aquellos casos de COVID-19 asintomáticos.

Orden de 1 de septiembre de 2020, por la que se modifica la Orden de 19 de junio de 2020, para la aplicación en la Comunidad Autónoma de Andalucía de medidas de prevención en materia de salud pública para responder ante la situación de especial riesgo derivada del incremento de casos positivos por COVID-19 (BOJA extraordinario núm. 52, de 1 de septiembre)

En Andalucía, la Orden de la Consejería de Salud y Familias de 19 de junio de 2020, adoptó medidas preventivas de salud pública en la Comunidad Autónoma de Andalucía para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el coronavirus (COVID-19), una vez superado el estado de alarma. Dicha orden, modificada por la Orden de 25 de junio, de 14 de julio, de 29 de julio, de 13 de agosto y de 16 de agosto de 2020, fue dictada como consecuencia del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. La mencionada orden establece que las medidas preventivas surtirán efectos desde el día 21 de junio de 2020, y que tendrán vigencia hasta que el Gobierno de la Nación declare la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, en los términos previstos en el artículo 2.3 del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, sin perjuicio de la eventual revisión según la evolución de la situación sanitaria y epidemiológica. La evolución de la situación sanitaria en Andalucía durante el verano puso

de relieve la necesidad de seguir avanzando en las medidas de prevención para evitar la transmisión del COVID-19. A estos efectos, los salones de celebraciones constituyen lugares de gran concentración de personas en los que la proliferación y transmisión del SARS-CoV-2 debe contrarrestarse con la limitación de su aforo, tanto en los espacios al aire libre como en los espacios cerrados. Asimismo, los congresos, encuentros, reuniones de negocio, conferencias, ferias comerciales y otros eventos similares, deben también limitar su aforo, para evitar brotes epidémicos que afecten a grupos numerosos de población con orígenes geográficos diversos, facilitando la aplicación temprana y eficaz de las medidas de control. También se considera oportuno establecer una limitación de horario en las playas, de tal forma que se evite en ellas la concentración de grupos, especialmente personas jóvenes, durante la noche. Por otra parte, en relación con los centros residenciales, centros de día y ocupacionales así como los centros no residenciales de carácter asimilado, resulta oportuno reforzar las medidas de control en materia de salud pública.

Decreto-ley 22/2020, de 1 de septiembre, por el que se establecen con carácter extraordinario y urgente diversas medidas ante la situación generada por el coronavirus (COVID-19) (BOJA extraordinario núm. 53, de 2 de septiembre)

La previsión de la probable concurrencia, a partir del mes de octubre, de dos patógenos víricos (gripe y coronavirus COVID-19) que pudieran saturar los recursos sanitarios del Sistema Sanitario Público de Andalucía, aconsejaron abordar una planificación urgente y adecuada que palíe graves consecuencias, como, entre otras, la escasez de profesionales, desequilibrios geográficos, sobre o infracualificación, alto índice de desgaste y respuestas tardías en la asistencia. Establece modificaciones de la regulación anterior en materia de vigilancia continua del estado de salud y sistema de alertas y crisis en salud pública, de la Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía, para garantizar la implicación de la totalidad del Sistema Sanitario en la vigilancia continua del estado de salud y de forma específica de la Atención Primaria, definiendo la organización del Sistema de Vigilancia en salud en todos sus niveles. Se definen también con mayor amplitud los objetivos del Sistema Integral de Alerta en Salud Pública, reforzando su objetivo fundamental de evaluar e identificar rápidamente el riesgo para la salud pública y se crea el Consejo de Alertas de Salud Pública de Alto Impacto. Además, se considera imprescindible, igualmente, proceder al desarrollo del modelo de gestión del Sistema Sanitario Público de Andalucía existente, integrando en dicho modelo las Unidades de Gestión de la Salud Pública. Se adoptan también medidas para la rápida contratación de personal sanitario de difícil cobertura, agilizando los procesos selectivos, para lo cual se podrá disponer del personal emérito del SAS, integrando los tribunales que juzguen las ofertas de

empleo público. Se adopta también un paquete de medidas relacionadas con el transporte público de viajeros, que sufrió una drástica reducción de la demanda unida a la imposición de gravosas medidas de seguridad, al objeto de dotar de financiación y de liquidez a las concesiones para garantizar el mantenimiento del servicio público de transporte regular de uso general, acordando el anticipo del crédito extraordinario contemplado en el Real Decreto-ley 22/2020, de 16 de junio.

Decreto del Presidente 3/2020, de 3 de septiembre, de la Vicepresidencia y sobre reestructuración de Consejerías (BOJA extraordinario núm. 54, de 3 de septiembre)

Este Decreto modifica el Decreto del Presidente 2/2019, de 21 de enero, de la Vicepresidencia y sobre reestructuración de Consejerías. Mantiene la Vicepresidencia y establece las siguientes Consejerías: Turismo, Regeneración, Justicia y Administración Local, Presidencia, Administración Pública e Interior, Empleo, Formación y Trabajo Autónomo, Hacienda y Financiación Europea, Educación y Deporte, Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible, Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades, Salud y Familias, Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación, Fomento, Infraestructuras y Ordenación del Territorio, Cultura y Patrimonio Histórico.

Los cambios más relevantes son la ampliación de competencias de la Consejería de Presidencia, el intercambio de competencias en materia de fondos europeos y de industria y minas entre las Consejerías de Hacienda y de Economía (que pasan a tener nuevas denominaciones) y la pérdida de competencias de la Consejería de Igualdad. En concreto, son los siguientes.

-La Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior asume las competencias sobre coordinación de políticas migratorias, antes atribuidas a la Consejería de Turismo, Regeneración, Justicia y Administración Local; las de estrategia digital y energía (esta última conforme a la delimitación que se realice en el Decreto de estructura orgánica) antes atribuidas a la Consejería de Hacienda, Industria y Energía; las de tecnologías de la información y telecomunicaciones en el ámbito de la Junta de Andalucía, otras administraciones y ciudadanía, antes atribuidas a la Consejería de Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad. Además, se le adscriben el Comisionado para el Cambio Climático y el Modelo Energético, de nueva creación, que asume competencias antes residenciadas en la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible, y la Agencia Andaluza de la Energía, antes adscrita a la Consejería de Hacienda, Industria y Energía, la Sociedad Andaluza para el Desarrollo de las Telecomunicaciones, S.A. (SANDETEL), y el Consorcio para el desarrollo de políticas en materia de sociedad de la información y conocimiento de Andalucía «Fernando de los Ríos» antes adscritos a la Conseje-

ría de Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad, y la Fundación Barenboim-Said, antes adscrita a la Consejería de Cultura y Patrimonio Histórico.

-La Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo asume las competencias en materia de juventud antes asignadas a la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación en materia de juventud, y se le adscriben consecuentemente el Instituto Andaluz de la Juventud y la Empresa Andaluza de Gestión de Instalaciones y Turismo Juvenil, S.A. (INTURJOVEN), hasta ahora adscritos a la mencionada Consejería.

-La Consejería de Hacienda y Financiación Europea (que sustituye a la de Hacienda, Industria y Energía) asume las competencias en materia de Fondos Estructurales, Fondo de Cohesión, y otros instrumentos financieros no estructurales establecidos por la Unión Europea y el Banco Europeo de Inversiones, hasta ahora asignadas a la Consejería de Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad.

-La Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades (que sustituye a la de Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad), asume las competencias sobre actividades industriales y mineras, hasta ahora asignadas a la Consejería de Hacienda, Industria y Energía. Se le adscribe, consecuentemente, la entidad Verificaciones Industriales de Andalucía, S.A., hasta ahora adscrita a la Consejería de Hacienda, Industria y Energía.

-La Consejería de Salud y Familias asume la competencia en materia de centros residenciales de personas mayores hasta ahora atribuida a la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación, hasta el momento en que el gobierno de la Nación declare la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid 19, en los términos previstos en el artículo 2.3 del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, quedando desde entonces atribuida de nuevo a la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación.

Decreto 113/2020, de 8 de septiembre, por el que se modifica el Decreto 98/2019, de 12 de febrero, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Turismo, Regeneración, Justicia y Administración Local (BOJA extraordinario núm. 55, de 10 de septiembre)

Este Decreto clarifica y dispone de forma expresa las competencias de la Consejería relativas a violencia de género, enmarcadas en su competencia sobre Justicia, y su atribución a los diferentes centros directivos de la Consejería enmarcados en la Secretaría General para la Justicia, en concreto, las siguientes materias: formación en el ámbito judicial, asistencia letrada, juzgados de violencia sobre la mujer, unida-

des de valoración integral de la violencia de género, punto de coordinación de las órdenes de protección, y protocolos de actuación en materia de violencia de género.

Decreto 114/2020, de 8 de septiembre, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior (BOJA extraordinario núm. 55, de 10 de septiembre)

Este Decreto acomoda la estructura de la Consejería al Decreto del Presidente 3/2020, de 3 de septiembre. Además, crea la Oficina de la Junta de Andalucía en Barcelona que se adscribe a la Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior, a través de la Viceconsejería, y que desarrollará funciones de difusión, promoción y representación institucional de la Comunidad Autónoma de Andalucía en Cataluña. Esta Oficina prestará sus servicios a la ciudadanía en general y, de manera particular, a todos los andaluces y andaluzas que de forma permanente o transitoria se encuentran fuera de nuestra Comunidad Autónoma, orientando su gestión a satisfacer sus necesidades y expectativas. En este sentido, los últimos datos oficiales disponibles indican que el número de personas nacidas en Andalucía residentes en Cataluña es de aproximadamente 556.188, lo que supone un 7,25% de la población total de esa Comunidad. Igualmente, la Oficina fomentará la cultura andaluza, la captación de inversiones de empresas catalanas y prestará apoyo a las emprendedoras y emprendedores andaluces que quieran invertir en Cataluña. También precisa algunas de las competencias de la Secretaría General para la Administración Pública sin perjuicio de las que correspondan a la Consejería competente en materia de regeneración, con el fin de evitar posibles duplicidades en la ejecución de las mismas y en aras del principio de coordinación. Finalmente, modifica la Comisión Interdepartamental de Acción Exterior, mediante la inclusión de la persona designada como Consejera Delegada de la Agencia Andaluza de Promoción Exterior, S.A..

Decreto 115/2020, de 8 de septiembre, por el que se modifica el Decreto 100/2019, de 12 de febrero, por el que se regula la estructura orgánica de la Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo (BOJA extraordinario núm. 55, de 10 de septiembre)

Este Decreto adecúa la estructura de la Consejería para acomodarla a la asunción de competencias en materia de juventud y a la correspondiente adscripción del Instituto Andaluz de la Juventud y la Empresa Andaluza de Gestión de Instalaciones y Turismo Juvenil, S.A. (INTURJOVEN), hasta ahora adscritos a la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación.

Decreto 116/2020, de 8 de septiembre, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Hacienda y Financiación Europea (BOJA extraordinario núm. 55, de 10 de septiembre)

Este Decreto procede a las modificaciones derivadas de las pérdidas de competencias sobre energía, industria y minas y la asunción de competencias sobre fondos europeos. Además, se da nueva redacción a la composición y las funciones de la Comisión de Impacto de Género en los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Decreto 117/2020, de 8 de septiembre, por el que se regula la estructura orgánica de la Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades (BOJA extraordinario núm. 55, de 10 de septiembre)

Este Decreto adecúa la estructura de la Consejería a los importantes cambios en sus competencias operados por el Decreto del Presidente 3/2020, de 3 de septiembre, en el sentido antes señalado, y aprovecha para precisar las funciones y atribuciones que ya venían ejerciendo los centros directivos de la extinta Consejería de Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad y que continúan siendo ejercidas por la nueva Consejería, y que la experiencia práctica en la gestión de las mismas lleva a adoptar.

Decreto 118/2020, de 8 de septiembre, por el que se modifica el Decreto 105/2019, de 12 de febrero, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Salud y Familias y del Servicio Andaluz de Salud (BOJA extraordinario núm. 55, de 10 de septiembre)

Este Decreto se adapta la coyuntural asunción por la Consejería de Salud y Familias de las competencias sobre centros residenciales de personas mayores

Decreto 119/2020, de 8 de septiembre, por el que se modifica el Decreto 106/2019, de 12 de febrero, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación (BOJA extraordinario núm. 55, de 10 de septiembre)

La Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación ha sido la que más mengua en sus competencias ha recibido. Este Decreto acomoda su estructura a las modificaciones antes relacionadas.

Orden de 11 de septiembre, por la que se modifican la Orden de 17 de junio de 2020, por la que se aprueban medidas para el restablecimiento de la actividad docente en el sistema sanitario público de Andalucía, como consecuencia de la situación y evolución de la pandemia por coronavirus

(COVID-19), y la Orden de 19 de junio de 2020, por la que se adoptan medidas preventivas de salud pública en la Comunidad Autónoma de Andalucía, para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el coronavirus (COVID-19), una vez superado el estado de alarma, en lo relativo al ámbito del deporte (BOJA extraordinario núm. 56, de 11 de septiembre)

Esta Orden deja sin efecto la medida de suspensión de la realización de prácticas por profesionales o estudiantes extranjeros en el Sistema Sanitario Público de Andalucía y adecúa las restricciones relacionadas con la práctica deportiva a la situación sanitaria existente en septiembre en Andalucía.

Decreto-ley 23/2020, de 15 de septiembre, por el que, con carácter extraordinario y urgente, se establecen medidas en materia educativa y de apoyo al sector de la acuicultura de Andalucía, ante la situación generada por el coronavirus (COVID-19) (BOJA extraordinario núm. 57, de 16 de septiembre), convalidado por Resolución de 24 de septiembre de 2020 del Parlamento de Andalucía (BOJA núm. 190, de 30 de septiembre)

Este Decreto-ley prevé ayudas a las escuelas y centros de educación infantil, a los centros docentes concertados para afrontar los gastos adicionales derivados de las medidas de prevención, protección, vigilancia y promoción de salud en centros educativos, al sector de la pesca y la acuicultura y al de los campamentos turísticos.

Decreto-ley 24/2020, de 22 de septiembre, por el que, con carácter extraordinario y urgente, se adoptan medidas en materia de empleo y servicios sociales, como consecuencia de la situación generada por el coronavirus (COVID-19) (BOJA extraordinario núm. 58, de 22 de septiembre), con corrección de errores en BOJA núm. 190, de 30 de septiembre

Esta norma adopta, de una parte, medidas de apoyo al sector del trabajo autónomo, fuertemente golpeado por la crisis derivada de la pandemia. Para ello, distingue dos líneas de subvenciones, una línea destinada al sostenimiento de la actividad económica de las personas trabajadoras autónomas, con carácter general, que cumplan los requisitos previstos en el mismo, destinando un ayuda por importe de 900 euros y, otra línea, destinada al sostenimiento de la actividad económica vinculada al ocio nocturno y establecimientos recreativos infantiles, encuadradas en los códigos de Clasificación Nacional de Actividades Económicas (en adelante CNAE) que se contemplan por importe de 1.200 euros. De otra, en materia de servicios sociales, se adoptan medidas para agilizar los procedimientos de reconocimiento del derecho a prestaciones por dependencia. La norma también establece una prórroga para la adaptación de los convenios a lo previsto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Orden de 22 de septiembre de 2020, por la que se adoptan medidas preventivas de salud pública en centros sociosanitarios de la Comunidad Autónoma de Andalucía para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el coronavirus (COVID-19) (BOJA extraordinario núm. 58, de 22 de septiembre)

La situación epidemiológica de los rebrotes que se produjo por esas fechas en centros sociosanitarios hizo necesario la adopción de nuevas medidas preventivas en esta orden, que completa lo dispuesto en la Orden de 19 de junio de 2020.

Decreto 152/2020, de 15 de septiembre, por el que se regula el acceso a la función directiva y la formación, evaluación y reconocimiento de los directores, las directoras y los equipos directivos de los centros docentes públicos no universitarios, de los que es titular la Junta de Andalucía (BOJA núm. 186, de 24 de septiembre)

Esta norma deroga el Decreto 153/2017, de 26 de septiembre, por el que se regula el procedimiento para la selección, nombramiento, evaluación, formación y reconocimiento de los directores y las directoras de los centros docentes públicos no universitarios de los que es titular la Junta de Andalucía. Considera que en el mencionado decreto quedaban sin regular o requerían modificación y ampliación una serie de aspectos clave en el ejercicio y evaluación de la función directiva, tales como: diferenciar en la evaluación del ejercicio de la dirección dos fases: una continua, incluida entre las competencias y funciones de la Inspección Educativa y otra final; la simplificación del Proyecto de Dirección y la introducción de módulos específicos por parte de la Consejería competente en materia de educación en cuanto a la formación de los directores y las directoras; la baremación de los candidatos y candidatas por parte de las comisiones provinciales, la simplificación de los nombramientos de los directores y las directoras en casos extraordinarios, la posibilidad de conceder comisiones de servicio para ejercer el cargo en centros de especial consideración y la agilización del nombramiento de los equipos directivos por parte de la dirección de los centros, entre los aspectos más destacados de la selección. El aspecto más novedoso es el de la evaluación y el reconocimiento de los equipos directivos y la difusión de acciones de calidad para aquellos equipos directivos que hayan alcanzado un ejercicio de excelencia. La rendición de cuentas de la dirección al finalizar el mandato se hace necesariamente extensiva al equipo directivo bajo su responsabilidad, de ahí que en el decreto se introduzca como novedad la evaluación y el reconocimiento a la dedicación de vicedirección, secretaría y jefatura de estudios de los equipos directivos de los centros educativos.

Decreto-ley 25/2020, de 29 de septiembre, por el que, con carácter extraordinario y urgente, se crea y regula el Bono Turístico de Andalucía, como consecuencia de la situación ocasionada por el coronavirus (COVID-19) (BOJA extraordinario núm. 59, de 29 de septiembre), convalidado por resolución de 7 de octubre de 2020, BOJA núm. 202, de 19 de octubre

Este Decreto-ley crea el llamado bono turístico, una iniciativa que también ha seguido alguna otra Comunidad Autónoma, como forma de incentivar una actividad y un sector cruelmente castigado por la pandemia y con una importancia crucial en la economía y el empleo andaluzes. Se trata de incentivar los viajes que realizan los andaluzes por la Comunidad Autónoma de Andalucía por medio de la creación de un Bono Turístico que ayude a sufragar los gastos derivados de las pernoctaciones que se realicen en estos viajes. Esta medida se articula a través de subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva e va destinada a todas las personas con vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de Andalucía y residencia legal en España, así como a las personas titulares de la Tarjeta de Andaluz o Andaluza en el Exterior, que pernocten fuera de su municipio de residencia un mínimo de tres noches consecutivas en un alojamiento que tenga la consideración de servicio turístico conforme a lo establecido en el artículo 28 de la Ley 13/2011, de 23 de diciembre, del Turismo de Andalucía. Para poder optar a esta subvención, la estancia se ha de realizar dentro del periodo comprendido entre el 1 de octubre de 2020 y el 31 de mayo de 2021 en un alojamiento turístico ubicado en la Comunidad Autónoma de Andalucía y la contratación del servicio de alojamiento se habrá tenido que efectuar a través de una agencia de viajes con establecimiento operativo en Andalucía. Tanto el alojamiento turístico como la agencia de viajes han de estar inscritos en el Registro de Turismo de Andalucía y contar con el distintivo «Andalucía Segura» en vigor a la fecha de contratación del servicio de alojamiento. El importe de la subvención es del 25% de la factura presentada referida al servicio de alojamiento hasta un máximo de 300 euros. Cada persona podrá presentar hasta tres solicitudes distintas para otros tantos periodos de estancias.

Orden de 29 de septiembre de 2020, por la que se adoptan medidas específicas temporales y excepcionales por razón de salud pública para la contención de la COVID-19, en localidades o parte de las mismas donde se haya acordado restricción a la movilidad de la población de una localidad o parte de la misma (BOJA extraordinario núm. 59, de 29 de septiembre)

En virtud de esta norma, en aquellos ámbitos territoriales que se vayan determinando, resulta necesario reducir temporalmente los aforos permitidos para la realización de determinadas actividades y servicios como en el caso de la asistencia a velatorios y entierros, los establecimientos que prestan servicios de hostelería y res-

tauración y, con carácter general, a cualquier local o establecimiento comercial. Por último, procede suspender temporalmente la actividad en determinados espacios. Se pretende con ello reducir el número de nuevos contagios y aliviar la presión asistencial del sistema sanitario con el objetivo primordial de proteger la salud de la población en su conjunto en los ámbitos territoriales afectados que se vayan determinando.

Orden de 14 de octubre de 2020, por la que se adoptan medidas específicas temporales y excepcionales por razón de salud pública para la contención de la COVID-19, en localidades o parte de las mismas donde es necesario adoptar medidas que no conlleven restricción a la movilidad, y por la que se delega en las personas titulares de las Delegaciones Provinciales o Territoriales competentes en materia de salud la adopción de dichas medidas (BOJA extraordinario núm. 65, de 14 de octubre)

Esta Orden constata que los últimos informes epidemiológicos sobre los municipios en los que se han aplicado las medidas contenidas en la Orden de 29 de septiembre de 2020, antes reseñada, junto con la restricción de movilidad, se concluye que hay una tendencia descendente y que los resultados de las medidas adoptadas son buenos. No obstante, las medidas encaminadas a la reducción de la movilidad de las personas se han mostrado altamente efectivas para controlar la transmisión de la COVID-19 cuando el virus alcanza un elevado nivel de difusión. Sin embargo, hay que tener en cuenta que este tipo de medidas suponen un elevado coste social y económico, por lo que conviene implementarlas estudiando la situación caso por caso, así como agotando todas las intervenciones previas posibles y de forma escalonada. Por ello, existen localidades o parte de las mismas donde es necesario adoptar medidas para evitar la propagación del virus que sean más estrictas que las establecidas en la Orden de 19 de junio de 2020, pero que no supongan restricción a la movilidad de la población. Estas medidas básicamente suponen restricciones especiales a las reuniones grupales tanto en el ámbito público como el privado. Igualmente resulta necesario reducir temporalmente los aforos permitidos para la realización de determinadas actividades y servicios como en el caso de la asistencia a velatorios y entierros, los establecimientos que prestan servicios de hostelería y restauración y, con carácter general, a cualquier local o establecimiento comercial.

Decreto 171/2020, de 13 de octubre, por el que se establece la Política de Seguridad Interior en la Administración de la Junta de Andalucía (BOJA núm. 201, de 16 de octubre)

Esta norma aborda la definición de un sistema de seguridad interior de la Administración de la Junta de Andalucía para la prevención y reacción ante daños en las personas, el patrimonio y el funcionamiento, intencionadamente provocados por

agentes externos, personal propio o personas usuarias. En el Capítulo I se determinan el objeto de la norma y su ámbito de aplicación. El Capítulo II está referido a la organización del sistema, que tendrá para cada uno de los niveles: corporativo, de Consejería y de provincia; un órgano colegiado identificado como comité con funciones de carácter deliberativo y decisorio, y sendas unidades que darán soporte al sistema y tendrán carácter ejecutivo y, cerrando el modelo, una persona o equipo, responsables de la seguridad interior para los activos de cada Consejería en cada provincia, serán el verdadero nodo de integración del funcionamiento del sistema. El Capítulo III establece la necesidad de que el Comité Corporativo de Seguridad Interior defina un modelo de seguridad interior que se alinee con los estándares de calidad reconocidos en el sector. También que lo mantenga en continua revisión. El Capítulo IV diseña una estructura de planes.

Decreto 172/2020, de 13 de octubre, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la condición de familia numerosa y su categoría, la expedición, renovación, modificación o revocación del título y del carné de familia numerosa, en la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA núm. 205, de 22 de octubre)

La Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, regula el concepto de familia numerosa y señala las condiciones que deben reunir las personas integrantes de la unidad familiar y las categorías en que se clasifica. El artículo 5.2 de dicha ley establece que la Comunidad Autónoma de residencia de la persona solicitante asumirá la competencia para el reconocimiento de la condición de familia numerosa, así como para la expedición y renovación del título que acredite dicha condición y categoría. El Reglamento de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, aprobado por el Real Decreto 1621/2005, de 30 de diciembre, recoge el contenido mínimo e indispensable del título de familia numerosa y remite a las Comunidades Autónomas el establecimiento del procedimiento administrativo para la solicitud y expedición del título, incluyendo la determinación de los documentos que se deben acompañar para acreditar los requisitos que dan derecho al reconocimiento de tal condición. En nuestra Comunidad Autónoma no existía hasta la fecha ninguna disposición específica reguladora de los procedimientos para la expedición, renovación, modificación y pérdida del título de familia numerosa. Este Decreto regula el procedimiento para el reconocimiento de la condición de familia numerosa, así como la expedición, renovación, modificación o revocación del título de familia numerosa y de los carnés individuales de familia numerosa en Andalucía, y recoge, asimismo, la documentación que en cada caso debe presentarse junto a la solicitud.

Decreto-ley 27/2020, de 22 de octubre, por el que, con carácter extraordinario y urgente, se adoptan diversas medidas como consecuencia de

la situación generada por el coronavirus (COVID-19) (BOJA extraordinario núm. 67, de 22 de octubre)

Este Decreto-ley establece la obligación de relacionarse exclusivamente con la Administración General de la Junta de Andalucía en los procedimientos selectivos de acceso, provisión de puestos y bolsas de trabajo, a través del uso de medios electrónicos. También se aborda una modificación puntual de la regulación del Bono Turístico, con la finalidad de incluir a las agencias de viajes andaluzas que prestan sus servicios a través de la sociedad de la información. Por otro lado, se lleva a cabo una modificación respecto al distintivo turístico «Andalucía Segura», ampliando su vigencia seis meses sobre el plazo originario, inicialmente fijado hasta el 9 de junio de 2021, extendiéndose por tanto la vigencia del citado distintivo hasta el 9 de diciembre de 2021. Además, respecto de las medidas de apoyo a los autónomos previstas en el Decreto-ley 24/2020, de 22 de septiembre, antes reseñado, incrementa el importe de las dos líneas de subvenciones inicialmente previsto, pasando de 900 euros a 1.200 euros, para la línea 1, y de 1.200 euros a 4.000 euros, para la línea 2, ampliando, en consecuencia, el crédito dispuesto en la partida presupuestaria destinada inicialmente a la financiación de ambas líneas de subvenciones, pasando de 7 millones de euros a 9 millones de euros para la línea 1, y de 2 millones de euros a 5 millones de euros, para la línea 2.

Orden de 22 de octubre de 2020, por la que se modifica la Orden de 14 de julio de 2020, sobre uso de la mascarilla y otras medidas de prevención en materia de salud pública para hacer frente al coronavirus (COVID-19) y por la que se modifica la Orden de 19 de junio de 2020 (BOJA extraordinario núm. 67, de 22 de octubre)

La Orden de 14 de julio de 2020, sobre el uso de la mascarilla y otras medidas de prevención en materia de salud pública para hacer frente al coronavirus (COVID-19) y por la que se modifica la Orden de 19 de junio de 2020, estableció, en su apartado primero, que las personas de seis años en adelante están obligadas al uso de la mascarilla en la vía pública, en los espacios al aire libre y en cualquier espacio cerrado de uso público o que se encuentre abierto al público, aunque pueda garantizarse la distancia interpersonal de seguridad de 1,5 metros. La evolución epidemiológica del Coronavirus SARS Cov 2 y la situación actual de los datos de la enfermedad COVID-19 en Andalucía llevan a adoptar nuevas medidas de salud pública en relación con el uso obligatorio de la mascarilla. Por ello, mediante la presente orden se dispone la modificación de la referida Orden de 14 de julio de 2020, para establecer, además, el uso de mascarilla obligatorio para todas las personas en los establecimientos de hostelería y restauración en los que se sirvan a clientes productos para su consumo en el mismo, salvo en el momento de la ingestión, y, en el caso de la

práctica físico-deportiva no federada, el uso de mascarilla obligatorio si no se puede garantizar en todo momento la distancia de seguridad interpersonal.

Orden de 23 de octubre de 2020, por la que se modifica la Orden de 29 de septiembre de 2020, por la que se adoptan medidas específicas temporales y excepcionales por razón de salud pública para la contención de la covid-19, en localidades o parte de las mismas donde se haya acordado restricción a la movilidad de la población de una localidad o parte de la misma, y la Orden de 14 de octubre de 2020, por la que se adoptan medidas específicas temporales y excepcionales por razón de salud pública para la contención de la Covid-19, en localidades o parte de las mismas donde es necesario adoptar medidas que no conlleven restricción a la movilidad, y por la que se delega en las personas titulares de las Delegaciones Provinciales o Territoriales competentes en materia de salud la adopción de dichas medidas (BOJA extraordinario núm. 68, de 23 de octubre)

La Consejería de Salud y Familias dictó la Orden de 29 de septiembre de 2020, por la que se adoptan medidas específicas temporales y excepcionales por razón de salud pública para la contención de la COVID-19, en localidades o parte de las mismas donde se haya acordado restricción a la movilidad de la población de una localidad o parte de la misma, y la Orden de 14 de octubre de 2020, por la que se adoptan medidas específicas temporales y excepcionales por razón de salud pública para la contención de la COVID-19, en localidades o parte de las mismas donde es necesario adoptar medidas que no conlleven restricción a la movilidad, y por la que se delega en las personas titulares de las Delegaciones Provinciales o Territoriales competentes en materia de salud la adopción de dichas medidas, ambas antes reseñadas. Tanto la Orden de 29 de septiembre de 2020, en la letra f) de su apartado tercero, como la Orden de 14 de octubre de 2020, en la letra f) de su apartado cuarto, establecieron que, para el caso de celebraciones nupciales y de otras ceremonias civiles y religiosas, el número máximo de participantes quedaba limitado a un número máximo de 30 personas. Sin embargo, atendiendo a la finalidad que se pretende y resultando menos lesivo, esta nueva Orden una limitación proporcional que atienda a las concretas dimensiones del lugar en el que se celebren, motivo por el cual se modifica la redacción para vincular la limitación a un máximo del 50 por ciento del aforo. Asimismo, en materia de práctica deportiva, se modifican la letra h) del apartado tercero de la Orden de 29 de septiembre de 2020, y la letra h) del apartado cuarto de la Orden de 14 de octubre de 2020, en el sentido de aclarar, por seguridad jurídica, que la aplicación de la limitación de la práctica deportiva en grupos de hasta seis personas está referida al deporte no federado, en especialidades deportivas de contacto, garantizándose así

la continuidad de las competiciones deportivas oficiales federadas. También establece un límite a la agrupación de personas en actividades familiares o sociales, tanto en la vía pública como en espacios públicos y privados.

Decreto del Presidente 8/2020, de 29 de octubre, por el que se establecen medidas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía en aplicación del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-COV-2 (BOJA extraordinario núm. 72, de 29 de octubre)

Tras la aprobación por el Gobierno de la Nación del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, en cada comunidad autónoma y ciudad con Estatuto de autonomía, la autoridad competente delegada será quien ostente la presidencia de la comunidad autónoma o ciudad con Estatuto de autonomía, en los términos establecidos en dicho real decreto. Por su parte el apartado 3 del referido artículo establece que las autoridades competentes delegadas quedan habilitadas para dictar, por delegación del Gobierno de la Nación, las órdenes, resoluciones y disposiciones para la aplicación de lo previsto en los artículos 5 a 11. En aplicación de esta norma, este Decreto adopta medidas limitación de los desplazamientos personales que pueden favorecer la propagación del virus.

Orden de 29 de octubre de 2020, por la que se establecen los niveles de alerta sanitaria y se adoptan medidas temporales y excepcionales por razón de salud pública en Andalucía, para la contención de la COVID-19 (BOJA extraordinario núm. 73, de 30 de octubre)

El Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-Cov-2, determinó la limitación de la libertad de circulación de las personas en horario nocturno, con carácter general, y la posibilidad de que la autoridad competente delegada, esto es, la presidencia de cada comunidad autónoma o ciudad con Estatuto de Autonomía, pueda establecer la restricción de la entrada y salida de personas del territorio de cada comunidad autónoma o de ámbitos territoriales de carácter geográficamente inferior a la comunidad autónoma (artículo 6), así como la limitación de la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados (artículo 7) o en lugares de culto religiosos (artículo 8). Ante la declaración de un nuevo estado de alarma, así como la situación epidemiológica actual derivada de la pandemia ocasionada por el coronavirus COVID-19, se hace necesario dictar nuevas medidas de salud pública para todo el territorio de la Comunidad Autónoma con carácter temporal y excepcio-

nal, y dejar sin efecto las medidas adoptadas por las mencionadas Órdenes de 19 de junio, 29 de septiembre y de 14 de octubre de 2020. Estas medidas complementan a las que determine la autoridad competente delegada, la Presidencia de la Comunidad Autónoma, que, conforme al artículo 9 del referido Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, podrá adoptar las previstas en los artículos 6, 7 y 8 del mismo. Se establecen cuatro niveles de alerta sanitaria en los que puede situarse un territorio tras la evaluación de riesgo, correspondiendo el primer nivel a una situación de absoluta normalidad. La implementación de las medidas asociadas a uno de los tres niveles de alerta sanitaria restantes, esto es nivel 2, nivel 3 y nivel 4, así como el desarrollo de capacidades asistenciales y de salud pública se han demostrado eficaces para controlar la epidemia, aunque ninguna de ellas consiga reducir el riesgo por completo.

Orden de 27 de octubre de 2020, por la que se modifica la Orden de 6 de mayo de 2002, por la que se regula el acceso y funcionamiento de los Programas de Estancia Diurna y Respiro Familiar (BOJA extraordinario núm. 73, de 30 de octubre)

La Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía, en el artículo 1, promueve y garantiza, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, el derecho universal de todas las personas a las prestaciones y servicios del Sistema Público de Servicios Sociales, en condiciones de igualdad, con el fin de alcanzar su pleno desarrollo individual y social. Asimismo, en su artículo 12.1.e), establece la obligación de las personas usuarias de los servicios sociales de contribuir a la financiación del coste de los servicios recibidos, cuando así lo establezca la normativa aplicable, en función de su capacidad económica y, en su caso, de la unidad de convivencia. En el caso del Servicio de Centro de Día y de Noche, la aportación de las personas usuarias, que se determina aplicando el porcentaje fijado a estos efectos en la normativa vigente y no podrá sobrepasar el 90% del coste del servicio, estaba inicialmente regulada en el artículo 7.2 de la Orden de 6 de mayo de 2002, por la que se regula el acceso y funcionamiento de los Programas de Estancia Diurna y Respiro Familiar. Desde su entrada en vigor, esta regulación ha evolucionado de distinta manera en función de si se trata de personas con discapacidad o persona mayores. En el primer caso, se han ido modificando los porcentajes, estando fijados actualmente en el 25% y el 15%, según los casos, conforme establece la Orden de 5 de mayo de 2009, por la que se establecen las tarifas y se regula la aportación de las personas usuarias que regirán en los Centros residenciales y de día de atención a personas con discapacidad concertados y conveniados con la Consejería. Por el contrario, en el caso del Servicio de Centro de Día y de Noche a personas mayores, desde mayo de 2002 no se ha producido ninguna modificación en los porcentajes de la aportación de las personas usuarias, manteniéndose el 40% en el caso de las personas que utilizan el

servicio de transporte y el 30% para aquellas que no hacen uso del mismo. Ante esta situación, la presente orden pretende llevar a cabo la modificación de los porcentajes de participación de las personas mayores usuarias en el coste del Servicio de Centro de Día y de Noche, a fin equipararlos a los de las personas con discapacidad, sin merma de los niveles de calidad de los servicios.

Decreto-Ley 28/2020, de 4 de noviembre, por el que se establecen, con carácter extraordinario y urgente, diversas medidas en materia de servicios sociales (BOJA extraordinario núm. 76, de 4 de noviembre)

Este Decreto-ley amplía la vigencia de las acreditaciones administrativas de los centros de servicios sociales hasta el 31 de diciembre de 2021 y la vigencia de los contratos y conciertos actualmente en vigor hasta que las adjudicaciones sean efectivas y no haya periodos sin cobertura contractual.

Decreto 181/2020, de 10 de noviembre, por el que se modifica el Decreto 97/2015, de 3 de marzo, por el que se establece la ordenación y el currículo de la Educación Primaria en la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA núm. 221, de 16 de noviembre)

Esta norma modifica algunos aspectos de la regulación de la autonomía de los centros, la organización de las enseñanzas y las medidas de atención a la diversidad. Además, incluye cuestiones relativas al tránsito entre las etapas de Educación Infantil y Educación Primaria y las de Educación Primaria y Educación Secundaria Obligatoria. Debido a su complejidad y con el objetivo de unificar y otorgar cohesión a algunos de dichos aspectos, la determinación de las asignaturas de libre configuración autonómica así como las líneas básicas de intervención para la atención a la diversidad serán desarrolladas mediante orden de la Consejería competente en materia de educación.

Decreto 182/2020, de 10 de noviembre, por el que se modifica el Decreto 111/2016, de 14 de junio, por el que se establece la ordenación y el currículo de la Educación Secundaria Obligatoria en la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA núm. 221, de 16 de noviembre)

Esta norma modifica algunos aspectos relativos al repertorio de materias específicas que deberá cursar el alumnado en los diferentes cursos de la etapa, la oferta de materias de libre configuración autonómica, las pautas para la elaboración del horario y el proceso de tránsito de Educación Primaria a Secundaria. Debido a su complejidad y con el objetivo de unificar y otorgar cohesión a algunos de dichos aspectos, la determinación de las asignaturas de libre configuración autonómica,

así como las líneas básicas de intervención para la atención a la diversidad serán desarrolladas mediante Orden de la Consejería competente en materia de educación.

Decreto 183/2020, de 10 de noviembre, por el que se modifica el Decreto 110/2016, de 14 de junio, por el que se establece la ordenación y el currículo del Bachillerato en la Comunidad Autónoma de Andalucía, y el Decreto 301/2009, de 14 de julio, por el que se regula el calendario y la jornada escolar en los centros docentes, a excepción de los universitarios (BOJA núm. 221, de 16 de noviembre)

Esta norma modifica algunos aspectos referentes a la evaluación, la promoción y la titulación. Debido a su complejidad y con el objetivo de unificar y otorgar cohesión a algunos de dichos aspectos, la determinación de las asignaturas de libre configuración autonómica, así como las líneas básicas de intervención para la atención a la diversidad serán desarrolladas mediante orden de la Consejería competente en materia de educación. Hace especial incidencia en el aprendizaje de lenguas extranjeras y en la adecuación del calendario escolar para posibilitar una oferta que permita conseguir la flexibilidad en las enseñanzas deportivas, y se adapte a las características de grupos especiales y a las condiciones personales de los técnicos (edad, situación laboral, etc.).

Ley 2/2020, de 12 de noviembre, de reforma parcial de la Ley 21/2007, de 18 de diciembre, de régimen jurídico y económico de los puertos de Andalucía, en materia de plazos concesionales (BOJA extraordinario núm. 80, de 19 de noviembre)

Con esta modificación legislativa se pretende regular las concesiones portuarias de competencia autonómica. Considera que la situación existente requiere una necesaria modificación de la Ley 21/2007, de 18 de diciembre, de Régimen Jurídico y Económico de los Puertos de Andalucía, al objeto de establecer un marco que otorgue seguridad jurídica a todas las partes implicadas, que incluye entre otros a concesionarios, cesionarios de elementos concesionales, relaciones comerciales y laborales. Modifica el plazo en las concesiones demaniales, al estimar que las nuevas necesidades de inversión o la competitividad de las ya otorgadas requieren periodos de amortización más largos, que sobrepasan los plazos concesionales de 30 años máximos que la legislación vigente autoriza, elevando al límite máximo de 30 o 50 años, y permitiendo prórrogas extraordinarias a las concesiones de puertos deportivos y de instalaciones en zonas portuarias de uso náutico-deportivo destinadas a la prestación del servicio a las embarcaciones deportivas y de ocio, que sean de interés estratégico o relevante para el sistema portuario andaluz o para el desarrollo económico del mismo, cuando la concesionaria se comprometa a llevar a cabo determinadas actua-

ciones de inversión o aportación económica y concurran razones de interés público de orden económico, social, turístico o estratégico que así lo aconsejen.

Decreto 187/2020, de 17 de noviembre, por el que se modifica el Decreto 8/2015, de 20 de enero, regulador de guías de turismo de Andalucía (BOJA núm. 225, de 20 de noviembre)

Esta norma modifica el Decreto 8/2015, de 20 de enero, regulador de guías de turismo de Andalucía. Su principal o objetivo es garantizar un nivel adecuado de comunicación en los idiomas extranjeros habilitados, lo que en la práctica supone que ninguna titulación por sí misma acredite los requisitos de cualificación profesional y de competencias lingüísticas, elevando los niveles de idiomas exigidos en función del estándar europeo, dentro del Marco Común Europeo de Referencia para las lenguas (MCERL). Ello implica la eliminación de la equivalencia directa de títulos que por su contenido académico resultan insuficientes para acreditar dichas competencias lingüísticas. Además, se elimina expresamente la exigencia de poseer la cualificación profesional de Guía de Turista y Visitantes (HOT335_3), ya que no se requiere completa, solo dos de sus unidades de competencia que son las que se mantienen en el modificado artículo 6.1. En este mismo sentido, se elimina la referencia al certificado de profesionalidad que acredite la clasificación profesional de Guía de Turismo y Visitantes. Por otro lado, se ha considerado conveniente flexibilizar los requisitos de acceso cuando se trate de personas que acrediten oficialmente una discapacidad que les imposibilite comunicarse oralmente, en cuyo caso podrán solicitar la habilitación de guías de turismo exclusivamente en lengua de signos, siempre que reúnan los requisitos previstos en la norma. Se contempla una remisión explícita a la equiparación de titulaciones que han venido a sustituir a otras de planes anteriores o sean sustituidas por otras nuevas, con el mismo contenido y efectos profesionales y académicos, para que tengan un mismo tratamiento a efectos de acceso a la profesión regulada de guía de turismo, y se realiza una revisión del Anexo II que relaciona determinadas titulaciones con la posesión de competencias profesionales o lingüísticas. Respecto a la oferta de estudios de máster y doctorado, habrá de acreditarse que su contenido incluye áreas del conocimiento directamente relacionadas con las unidades de competencia exigidas. Por último, a la ya existente exclusión del requisito de habilitación previa en las funciones de divulgación y difusión desarrolladas por el personal al servicio de museos y conjuntos o instituciones del patrimonio, se añade ahora la labor educativa desempeñada por el profesorado siempre que sea en visitas concertadas exclusivamente para el alumnado de su centro educativo.

Decreto del Presidente 10/2020, de 23 de noviembre, por el que se establecen medidas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía en aplicación del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se

declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-COV-2 (BOJA extraordinario núm. 81, de 23 de noviembre)

Estando próximo a expirar el plazo de vigencia del Decreto del Presidente 9/2020, de 8 de noviembre, por el que se establecen medidas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía en aplicación del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, con efectos desde las 00:00 horas del día 10 de noviembre de 2020 hasta las 00:00 horas del día 24 de noviembre de 2020, y teniendo en cuenta que los datos epidemiológicos siguen confirmando una tendencia ascendente en el número de contagios y casos confirmados de coronavirus (COVID-19) así como un aumento de la presión asistencial, se considera preciso continuar adoptando medidas de la misma índole en el marco establecido por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, para hacer frente a la tasa de contagios entre la ciudadanía andaluza.

Decreto-ley 30/2020, de 24 de noviembre, de medidas para agilizar la tramitación de la declaración de situación de sequía en el ámbito de las demarcaciones hidrográficas intracomunitarias de Andalucía. (BOJA extraordinario núm. 82, de 24 de noviembre)

A finales de 2018 se inició un periodo seco en Andalucía que se ha venido prolongando hasta la actualidad de forma que la falta de precipitaciones, especialmente grave en áreas de las provincias de Huelva y Cádiz, ha terminado afectando a las aportaciones a los embalses. Por ello, resulta imperativo tomar medidas para atender la situación de escasez con las reservas existentes mediante la aprobación de este Decreto que permite establecer de inmediato las medidas excepcionales, las obras hidráulicas de interés de la Comunidad Autónoma de Andalucía y las actuaciones de emergencia que permitan mejorar las garantías del abastecimiento a las poblaciones en estos ámbitos. Lo curioso de este Decreto-ley es que se justifica en la necesidad de creación de órganos que no ser objeto de un desarrollo reglamentario mediante el procedimiento de elaboración ordinario ni de urgencia, lo que viene a constituir una situación de extraordinaria y urgente necesidad y representa, a su vez, las razones de interés público que sirven de presupuesto y justificación a la modificación del Decreto 477/2015, de 17 de noviembre, mediante decreto-ley.

OTRAS DISPOSICIONES DE INTERÉS PARA LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA¹

PRESIDENCIA

Decreto del Presidente 9/2020, de 8 de noviembre, por el que se establecen medidas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía en aplicación del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-COV-2 (BOJA extraordinario 77, de 8 de noviembre).

CONSEJERÍA DE TURISMO, REGENERACIÓN, JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN LOCAL

Orden de 6 de noviembre de 2020, por la que se regulan los Premios Andalucía del Turismo (BOJA 219, de 12 de noviembre).

Orden de 12 de noviembre de 2020, por la que se prorroga la vigencia del Plan General de Turismo Sostenible de Andalucía Horizonte 2020 y de la Estrategia Integral de Fomento del Turismo de Interior Sostenible de Andalucía Horizonte 2020 (BOJA 228, de 25 de noviembre).

Orden de 20 de noviembre de 2020, por la que se aprueba el Plan Turístico de Grandes Ciudades de Andalucía de la ciudad de Jerez de la Frontera (BOJA 230, de 27 de noviembre).

CONSEJERÍA DE LA PRESIDENCIA, ADMINISTRACIÓN PÚBLICA E INTERIOR

Resolución de 7 de octubre de 2020, de la Dirección General de Estrategia Digital y Gobierno Abierto, por la que se asignan las funciones de la Unidad de Seguridad TIC Corporativa (BOJA 200, de 15 de octubre).

Decreto-ley 26/2020, de 13 de octubre, por el que se establece una medida extraordinaria y urgente en el ámbito económico para facilitar ayudas a las pymes industriales afectadas por las consecuencias económicas de la pandemia SARS-CoV-2 (BOJA extraordinario 64, de 13 de octubre; corrección de errores en BOJA 204, de 21 de octubre).

¹ Subsección preparada por MARÍA DEL CARMEN NÚÑEZ LOZANO, Catedrática de Derecho Administrativo, Centro de Investigación en Patrimonio Histórico, Cultural y Natural, Universidad de Huelva. Comprende disposiciones publicadas en los boletines de agosto de 2020 a noviembre de 2020.

Resolución de 22 de octubre de 2020, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se aprueba el Código de Conducta en el uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación para profesionales públicos de la Administración de la Junta de Andalucía (BOJA 208, de 27 de octubre).

Orden de 30 de octubre de 2020, por la que se determina el calendario de días inhábiles a efectos de cómputos de plazos administrativos en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2021 (BOJA 216, de 9 de noviembre).

Decreto-ley 29/2020, de 17 de noviembre, por el que se establecen medidas urgentes para el mantenimiento de la actividad de determinados sectores económicos y de apoyo tributario al sector del juego como consecuencia de la situación ocasionada por el coronavirus (Covid-19), y se implanta la plataforma de gestión de datos de Centros de Servicios Sociales (BOJA extraordinario 79, de 17 de noviembre; corrección de errores en BOJA extraordinario 81, de 23 de noviembre).

CONSEJERÍA DE EMPLEO, FORMACIÓN Y TRABAJO AUTÓNOMO

Resolución de 27 de julio de 2020, de la Dirección General de Trabajo y Bienestar Laboral, por la que se modifica el Anexo de la Resolución de 13 de diciembre de 2019, por la que se publica la relación de fiestas locales de los municipios de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 2020 respecto de las inicialmente previstas, y se complementa la Resolución de 23 de abril, 21 de mayo 2020 y 25 de junio (BOJA 148, de 3 de agosto).

Acuerdo de 28 de julio de 2020, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación del Plan de Impulso y Modernización de la Economía Social Andaluza 2021-2025 (BOJA 149, de 4 de agosto).

Orden de 6 de agosto de 2020, por la que se modifica la Orden de 29 de julio de 2016, por la que se regula el procedimiento de autorización, seguimiento, evaluación y control de acciones formativas conducentes a la obtención de certificados de profesionalidad en la modalidad presencial, no financiados con Fondos de Formación Profesional para el Empleo (BOJA 158, de 17 de agosto).

Resolución de 27 de agosto de 2020, de la Dirección General de Trabajo y Bienestar Laboral, por la que se modifica el Anexo de la Resolución de 13 de diciembre de 2019, por la que se publica la relación de fiestas locales de los municipios de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 2020 respecto de las inicialmente previstas y se complementa la Resolución de 23 de abril, 21 de mayo, 25 de junio y 27 de julio (BOJA 171, de 3 de septiembre).

Orden de 31 de agosto de 2020, por la que se establece la política de seguridad de las tecnologías de la información y comunicaciones y de la protección de datos personales de la Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo (BOJA 173, de 7 de septiembre).

Orden de 16 de noviembre de 2020, por la que se aprueba el Plan Estratégico de Subvenciones de la Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo para el período 2020-2022 (BOJA 225, de 20 de noviembre).

Resolución de 18 de noviembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo y Bienestar Laboral, por la que se modifica el anexo de la Resolución de 13 de diciembre de 2019 por la que se publica la relación de fiestas locales de los municipios de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 2020 respecto de las inicialmente previstas y se complementa la Resolución de 23 de abril, 21 de mayo, 25 de junio, 27 de julio, 27 de agosto y 13 de octubre de 2020 (BOJA 228, de 25 de noviembre).

CONSEJERÍA DE HACIENDA, INDUSTRIA Y ENERGÍA

Orden de 4 de agosto de 2020, por la que se modifica el contrato de gestión de la Agencia Tributaria de Andalucía para el período 2018-2021 (BOJA 153, de 10 de agosto).

Resolución de 1 de septiembre de 2020, de la Dirección General de Industria, Energía y Minas, por la que se aprueba el modelo de declaración responsable para el acceso a la actividad de centro de formación de operadores de grúas torre y grúas móviles autopropulsadas y se establecen criterios al respecto (BOJA 198, de 13 de octubre).

CONSEJERÍA DE HACIENDA Y FINANCIACIÓN EUROPEA

Orden de 7 de septiembre de 2020, por la que se modifica la Orden de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, de 19 de febrero de 2015, por la que se regula la contabilidad pública de la Junta de Andalucía y la Orden de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, de 30 de marzo de 2015, por la que se aprueba el Plan General de Contabilidad Financiera de la Junta de Andalucía y de sus Agencias Administrativas y de Régimen Especial (BOJA 180, de 16 de septiembre).

Orden de 20 de octubre de 2020, por la que se modifica la Orden de 19 de enero de 2010, por la que se atribuyen funciones y competencias en materia tributaria y demás ingresos de derecho público de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y se determina el ámbito territorial de competencias de los órganos y unidades administrativos de la Agencia Tributaria de Andalucía (BOJA 206, de 23 de octubre).

Orden de 22 de octubre de 2020, sobre cierre del ejercicio presupuestario de 2020 y apertura del ejercicio presupuestario de 2021 (BOJA 209, de 28 de octubre).

CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN Y DEPORTE

Resolución de 27 de julio de 2020, de la Viceconsejería, por la que se aprueban las Instrucciones para el desarrollo, la dirección y la coordinación del Plan General de Actuación de la Inspección Educativa y el Plan de Formación para el Perfeccionamiento y Actualización Profesional, para el curso escolar 2020-2021 (BOJA 153, de 10 de agosto).

Resolución de 15 de septiembre de 2020, de la Dirección General de Promoción del Deporte, Hábitos Saludables y Tejido Deportivo, por la que se dispone la publicación de los estatutos de la Federación Andaluza de Bádminton (BOJA 190, de 30 de septiembre).

Resolución de 15 de septiembre de 2020, de la Dirección General de Promoción del Deporte, Hábitos Saludables y Tejido Deportivo, por la que se dispone la publicación de los estatutos de la Federación Andaluza de Ciclismo (BOJA 190, de 30 de septiembre).

Resolución de 24 de septiembre de 2020, de la Dirección General de Promoción del Deporte, Hábitos Saludables y Tejido Deportivo, por la que se dispone la publicación del Estatuto de la Federación Andaluza de Taekwondo (BOJA 192, de 2 de octubre).

Orden de 19 de octubre de 2020, por la que se establece la ordenación de la evaluación del proceso de aprendizaje del alumnado de las enseñanzas artísticas superiores y se regula el sistema de reconocimiento y transferencia de créditos de estas enseñanzas (BOJA 212, de 3 de noviembre).

Orden de 9 de noviembre de 2020, por la que se desarrolla el procedimiento de acceso a la función directiva y la evaluación, formación y reconocimiento de los directores, las directoras y los equipos directivos de los centros docentes públicos no universitarios de los que es titular la Junta de Andalucía (BOJA 224, de 19 de noviembre).

Orden de 11 de noviembre de 2020, por la que se establece la ordenación de la evaluación del proceso de aprendizaje del alumnado y de las pruebas de certificación en las enseñanzas de idiomas de régimen especial en Andalucía (BOJA 227, de 24 de noviembre).

CONSEJERÍA DE AGRICULTURA, GANADERÍA, PESCA Y DESARROLLO SOSTENIBLE

Decreto 105/2020, de 28 de julio, por el que se declaran determinadas zonas especiales de conservación con funciones de conectividad ecológica e infraestructura verde, se aprueban sus planes de gestión y se modifica la disposición adicional segunda del Decreto 24/2007, de 30 de enero, por el que se declara el espacio natural de Sierra Nevada y se regulan los órganos de gestión y participación de los espacios naturales de Doñana y Sierra Nevada (BOJA extraordinario 47, de 1 de agosto).

Orden de 28 de julio de 2020, por la que crea el formulario de solicitud del certificado sanitario para intercambio intracomunitario de animales vivos, productos de origen animal y piensos (TRACES) para Andalucía (BOJA 149, de 4 de agosto).

Orden de 28 de julio de 2020, por la que se modifica la Orden de 5 de julio de 2018, por la que se fijan las vedas y periodos hábiles de caza en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA 149, de 4 de agosto).

Orden de 30 de julio de 2020, por la que se modifica el formulario-Anexo IV del Decreto 96/2016, de 3 de mayo, por el que se regula la prevención y lucha contra plagas, el uso sostenible de productos fitosanitarios, la inspección de equipos para su aplicación y se crea el censo de equipos de aplicación de productos fitosanitarios (BOJA 151, de 6 de agosto; corrección de errores en BOJA 174, de 8 de septiembre).

Orden de 30 de julio de 2020, de por la que se modifica el formulario X de la Orden de 17 de febrero de 2014, por la que se establecen los modelos y sistemas normalizados de las solicitudes y comunicaciones prevista en el Decreto 65/2012, de 13 de marzo, por el que se regulan las condiciones de sanidad y zootécnicas de los animales (BOJA 151, de 6 de agosto).

Resolución de 13 de agosto de 2020, de la Dirección General de la Producción Agrícola y Ganadera, por la que se actualizan las restricciones de algunas sustancias activas fitosanitarias incluidas en el control integrado del Reglamento Específico de Producción Integrada de Olivar de Andalucía (BOJA 166, de 27 de agosto).

Resolución de 25 de agosto de 2020, de la Dirección General de Industrias, Innovación y Cadena Agroalimentaria, por la que se establece el procedimiento de reconocimiento de las lonjas de productos agropecuarios como «Lonja de Referencia», y de sus asociaciones, de acuerdo con lo dispuesto en el Real Decreto 427/2020, de 3 de marzo, por el que se establecen los requisitos y el procedimiento para el reconocimiento de las lonjas de productos agropecuarios como «Lonjas de Referencia», y de sus asociaciones, y se crea el Registro Nacional de Lonjas de Referencia y sus Asociaciones (BOJA 171, de 3 de septiembre).

Orden de 8 de septiembre de 2020, por la que se regula la ejecución del programa sanitario de prevención, control y erradicación de la Rinotraqueitis Infecciosa Bovina en las explotaciones de vacuno en Andalucía (BOJA 179, de 15 de septiembre).

Orden de 8 de septiembre de 2020, por la que se crea el Laboratorio de Control Oficial Agroalimentario y Agroganadero de Huelva (BOJA 179, de 15 de septiembre).

Orden de 8 de septiembre de 2020, por la que se modifica el formulario, para la solicitud de autorización como centro de limpieza y desinfección de vehículos dedicados al transporte por carretera en el sector ganadero (BOJA 179, de 15 de septiembre).

Resolución de 8 de septiembre de 2020, de la Dirección General de Pesca y Acuicultura, por la que se modifica el formulario de la Orden de 17 de marzo de 1999, de la Consejería de Agricultura y Pesca, por la que se regula el establecimiento y los cambios de puerto base de los buques de pesca en la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA 178, de 14 de septiembre).

Acuerdo de 22 de septiembre de 2020, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la Estrategia Andaluza de Calidad del Aire (BOJA 188, de 28 de septiembre).

Orden de 22 de septiembre de 2020, por la que se establecen los procedimientos y criterios de elección de las personas miembros de los Consejos del Agua de las Demarcaciones Hidrográficas de Andalucía (BOJA 191, de 1 de octubre).

Orden de 23 de octubre de 2020, por la que se modifica la Orden de 1 de junio de 2015, por la que se aprueba el programa de actuación aplicable en las zonas vulnerables a la contaminación por nitratos procedentes de fuentes agrarias designadas en Andalucía (BOJA 214, de 5 de noviembre).

Corrección de errores de la Orden de 20 de marzo de 2019, por la que se establecen los requisitos y condiciones para el acceso a las indemnizaciones derivadas de la aplicación de las medidas fitosanitarias obligatorias adoptadas para el control y erradicación de los organismos nocivos presentes en la Comunidad Autónoma de Andalucía, y el método para el cálculo de las mismas (BOJA núm. 59, de 27.3.2019) (BOJA 205, de 22 de octubre).

CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, CONOCIMIENTO, EMPRESAS Y UNIVERSIDAD

Decreto 106/2020, de 28 de julio, por el que se determinan los precios públicos, de las universidades públicas de Andalucía, por la prestación de servicios académicos y administrativos y se da publicidad a los precios de los centros universitarios adscri-

tos a las universidades públicas andaluzas (BOJA 148, de 3 de agosto; corrección de errores en BOJA 198, de 13 de octubre).

CONSEJERÍA DE TRANSFORMACIÓN ECONÓMICA, INDUSTRIA, CONOCIMIENTO Y UNIVERSIDADES

Decreto 173/2020, de 22 de octubre, por el que se declara la supresión del Centro Andaluz de Prospectiva de la Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades (BOJA 208, de 27 de octubre).

Resolución de 24 de noviembre de 2020, de la Dirección General de Universidades, por la que se hace público el Acuerdo de 30 de octubre de 2020, de la Comisión Coordinadora Interuniversitaria de Andalucía por el que se establece el procedimiento y los programas para la realización de la prueba de acceso a la universidad para mayores de veinticinco años y se disponen los plazos y el calendario que registrará en el curso 2020-2021 (BOJA 231, de 30 de noviembre).

CONSEJERÍA DE SALUD Y FAMILIAS

Orden de 16 de agosto de 2020, por la que se modifica la Orden de 19 de junio de 2020, para implementar en la Comunidad Autónoma de Andalucía actuaciones coordinadas en salud pública para responder ante la situación de especial riesgo derivada del incremento de casos positivos por COVID-19 (BOJA extraordinario 51, de 16 de agosto).

Orden de 3 de septiembre de 2020, por la que se crea la categoría profesional estatutaria de Medicina de Recursos Avanzados de Cuidados Paliativos en los centros sanitarios del Servicio Andaluz de Salud (BOJA 177, de 11 de septiembre).

Orden de 22 de octubre de 2020, por la que se modifica la Orden de 14 de julio de 2020, sobre uso de la mascarilla y otras medidas de prevención en materia de salud pública para hacer frente al coronavirus (COVID-19) y por la que se modifica la Orden de 19 de junio de 2020 (BOJA extraordinario 67, de 22 de octubre).

Orden de 23 de octubre de 2020, por la que se adoptan medidas preventivas de salud pública en la Comunidad Autónoma de Andalucía, para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el coronavirus (COVID-19), sobre la limitación de la movilidad de las personas en determinadas horas del día y por la que se delega en las personas titulares de las Delegaciones Territoriales competentes en materia de salud la adopción de las mismas (BOJA extraordinario 68, de 23 de octubre).

Decreto 175/2020, de 27 de octubre, por el que se regula el derecho de información de las personas consumidoras y usuarias prestatarias y garantes en los

casos de emisión de participaciones hipotecarias o certificados de transmisión de hipoteca, así como en los de transmisión, cesión u otros actos o negocios jurídicos que puedan producir la alteración de la titularidad del contrato de préstamo hipotecario sobre la vivienda, o del derecho de crédito derivado del mismo (BOJA 211, de 30 de octubre).

Orden de 27 de octubre de 2020, por la que se aprueba el Plan Estratégico de Subvenciones de la Consejería de Salud y Familias para el período 2020-2022 (BOJA 214, de 5 de noviembre).

Orden de 6 de noviembre de 2020, por la que se modifica la Orden de 17 de junio de 2020, por la que se aprueban medidas para el restablecimiento de la actividad docente en el sistema sanitario público de Andalucía, como consecuencia de la situación y evolución de la pandemia por coronavirus (COVID-19) (BOJA extraordinario 77, de 8 de noviembre).

Orden de 8 de noviembre de 2020, por la que se modifica la Orden de 29 de octubre de 2020, por la que se establecen los niveles de alerta sanitaria y se adoptan medidas temporales y excepcionales por razón de salud pública en Andalucía, para la contención de la COVID-19 (BOJA extraordinario 77, de 8 de noviembre).

Orden de 8 de noviembre de 2020, por la que se establecen medidas en materia de recursos humanos y medios para la gestión de la situación de crisis sanitaria en el ámbito del Servicio Andaluz de Salud, en el marco de lo establecido en el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-COV-2 (BOJA extraordinario 77, de 8 de noviembre).

Orden de 8 de noviembre de 2020, por la que se modulan los niveles de alerta 3 y 4 como consecuencia de la situación crítica epidemiológica derivada del COVID-19 en la Comunidad Autónoma de Andalucía 2 (BOJA extraordinario 77, de 8 de noviembre; corrección de errores en BOJA extraordinario 78, de 9 de noviembre; corrección de errores en BOJA 219, de 12 de noviembre).

Orden de 23 de noviembre de 2020, por la que modifica la Orden de 8 de noviembre de 2020, por la que se modulan los niveles de alerta 3 y 4 como consecuencia de la situación crítica epidemiológica derivada del COVID-19 en la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA extraordinario 81, de 23 de noviembre).

Orden de 23 de noviembre de 2020, por la que se establecen medidas en materia de recursos humanos y medios para la gestión de la situación de crisis sanitaria en el ámbito del Servicio Andaluz de Salud, en el marco de lo establecido en el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para

contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-COV-2 (BOJA extraordinario 81, de 23 de noviembre).

Corrección de errores del Decreto 625/2019, de 27 de diciembre, por el que se regulan los derechos a la información y a la protección de los intereses económicos de las personas usuarias de centros privados que impartan enseñanzas no oficiales (BOJA núm. 2, de 3.1.2020) (BOJA 188, de 28 de septiembre).

CONSEJERÍA DE IGUALDAD, POLÍTICAS SOCIALES Y CONCILIACIÓN

Acuerdo de 29 de septiembre de 2020, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación de la estrategia Andaluza para la Lucha Contra la Trata de Mujeres y Niñas con fines de explotación sexual 2021-2024 (BOJA 192, de 2 de octubre).

Acuerdo de 13 de octubre de 2020, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación del Plan integral de sensibilización y prevención contra la violencia de género en Andalucía 2021-2025 (BOJA 202, de 19 de octubre).

Acuerdo de 4 de noviembre de 2020, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el I Plan Estratégico Integral para Personas Mayores en Andalucía 2020-2023 (BOJA 221, de 16 de noviembre).

CONSEJERÍA DE FOMENTO, INFRAESTRUCTURAS Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

Orden de 10 julio de 2020, por la que se aprueba el Plan Estratégico de Subvenciones de la Consejería de Fomento, Infraestructuras y Ordenación del Territorio para el período 2020-2024 (BOJA 154, de 11 de agosto).

Orden de 20 de agosto de 2020, por la que se revisa el mínimo de percepción de los servicios de transporte público regular de viajeros de uso general por carretera (BOJA 171, de 3 de septiembre).

Orden de 23 de noviembre de 2020, por la que se regulan las áreas de regeneración y renovación urbana en la Comunidad Autónoma de Andalucía y se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en las mismas (BOJA 230, de 27 de noviembre).

Corrección de errores del Decreto 501/2019, de 26 de junio, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia Pública de Puertos de Andalucía (BOJA núm. 125, de 2.7.2019) (BOJA 228, de 25 de noviembre).

CONSEJERÍA DE CULTURA Y PATRIMONIO HISTÓRICO

Acuerdo de 29 de septiembre de 2020, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Plan Anual de Memoria Democrática para 2020 (BOJA 193, de 5 de mayo).

NOTICIAS DE LA
ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

INFORME¹

LA REFORMA DE LOS PLAZOS CONCESIONALES EN LOS PUERTOS DE ANDALUCÍA

I. INTRODUCCIÓN

Es objeto de este comentario la Ley 2/2020, de 12 de noviembre, de reforma parcial de la Ley 21/2007, de 18 de diciembre, de régimen jurídico y económico de los puertos de Andalucía, en materia de plazos concesionales, publicada en el BOJA extraordinario número 80, de 19 de noviembre. El nuevo texto legal consta de un solo artículo, por el que se modifica el artículo 24 de la Ley 21/2007 (apartado primero) y se introducen en la referida Ley tres disposiciones transitorias (apartado segundo).

A continuación, daremos cuenta de los antecedentes que justifican la reforma, expondremos las modificaciones que se llevan a cabo y ofreceremos una valoración sintética, no sin antes advertir que la Ley merece un análisis más detenido del que en el marco de esta colaboración es factible, pues son muchas y complejas las cuestiones que plantea la referida Ley 2/2020.

II. ANTECEDENTES DE LA REFORMA

Como es sabido, el artículo 49 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas (LC en lo sucesivo), dispuso que el plazo de las concesiones en bienes adscritos no podía superar los treinta años. A partir de su entrada en vigor, por tanto, no fue posible otorgar concesión alguna sobre el dominio público portuario adscrito cuyo plazo excediera de los referidos treinta años. Respecto de las concesiones preexistentes, la disposición transitoria 14.3 del Reglamento general para desarrollo y ejecución de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, aprobado por Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre (RC89), acotó el plazo o lo redujo a treinta años².

¹ Esta sección ha sido elaborada por MARÍA DEL CARMEN NÚÑEZ LOZANO, Catedrática de Derecho Administrativo, Centro de Investigación en Patrimonio Histórico, Cultural y Natural, Universidad de Huelva.

² “Se considerará en todo caso incompatible con los criterios de ocupación del dominio público establecidos en la Ley de Costas el mantenimiento de concesiones a perpetuidad, por tiempo indefinido, sin plazo limitado o por plazo superior a treinta años, a contar desde la entrada en vigor de la Ley, siempre que no hayan superado o superen el plazo máximo de noventa y nueve años. En todos estos casos, las concesiones vigentes se entenderán otorgadas por el plazo máximo de treinta años, a contar desde la entrada en vigor de la Ley de Costas, sin perjuicio de la posibilidad de revisión de otras cláusulas conforme a lo previsto en el apartado anterior”.

Tras la aprobación de la LC tuvo lugar la de la Ley 8/1988, de 2 de noviembre, de Puertos Deportivos de la Comunidad Autónoma de Andalucía (LPDA), cuyo artículo 16.d) contempló, como no podía ser de otra manera, un plazo de 30 años para las concesiones que se otorgaran. La LPDA no reguló las posibles prórrogas de los plazos de las concesiones que se otorgasen ni, tampoco, el régimen transitorio de las concesiones que se hubieren otorgado con anterioridad a perpetuidad, por tiempo indefinido, sin plazo limitado o por plazo superior a treinta años. Como ya se ha indicado, poco después el RC89 reguló esta específica materia.

La Ley 21/2007, de 18 de diciembre, de Régimen Jurídico y Económico de los Puertos de Andalucía (LRJEPA en lo sucesivo) derogó la LPDA, articulando un régimen general para los todos los puertos de Andalucía, no sólo los deportivos³. Tanto en la versión original como en la actualidad, son dos los artículos de la LRJEPA que de modo principal regulan los plazos de las concesiones y sus prórrogas. Por una parte, artículo 24, que en aquél momento dispuso, escuetamente, que “[e]l título de otorgamiento determinará el plazo de la concesión y sus posibles prórrogas, sin que en ningún caso el plazo total pueda exceder de 30 años”. Por otra parte, el artículo 36, que se remitía (y se remite en la actualidad) a la legislación de contratos en lo referido a las concesiones de obras públicas portuarias⁴. Cualquiera que fuera la intención de esta remisión, consideramos que estas concesiones y sus prórrogas se encontraban igualmente limitadas por el plazo máximo de 30 años dispuesto en el artículo 49.1 LC. Lógicamente, la LRJEPA no contempló régimen transitorio alguno para las concesiones ya otorgadas, puesto que no introdujo ningún cambio sustancial en esta materia respecto de lo regulado en la LPDA y, al cabo, el RC89 ya había operado el ajuste de las concesiones preexistentes a la LC.

En 2013 tuvo lugar la polémica reforma de la LC mediante la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley

³ A tenor del artículo 1.2 LRJEPA, “[s]on puertos competencia de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que conforman el Sistema Portuario de Andalucía: a) Los puertos pesqueros. b) Los puertos deportivos. c) Los puertos de refugio. d) Los puertos comerciales u otros puertos que no tengan la calificación legal de interés general del Estado” Añade el apartado 3 del artículo 1 que “[t]endrán la consideración de puertos de la Comunidad Autónoma de Andalucía los espacios pesqueros y los destinados a usos náuticos deportivos que, estando adscritos a puertos de interés general, deban ser segregados de la zona de servicio por poseer infraestructuras portuarias independientes, espacios terrestres y marítimos diferenciados, y no dividir ni interrumpir la zona de servicio del puerto de modo que pueda afectar a la explotación de este”.

⁴ “1. Las concesiones de construcción y explotación de obras públicas portuarias se otorgarán por el plazo que se acuerde en el pliego de cláusulas administrativas particulares, que no podrá exceder del plazo máximo fijado en la legislación básica estatal para el contrato de concesión de obra pública, con las especialidades que resulten en materia de dominio público marítimo-terrestre portuario. 2. Los plazos fijados en los pliegos de condiciones podrán ser prorrogados potestativamente, superando los establecidos en el apartado anterior, para los supuestos y dentro de los límites temporales regulados en la normativa básica en materia de contratos de concesión de obra pública”.

22/1988, de 28 de julio, de Costas (LPUSL en lo sucesivo) que, en la materia que aquí nos ocupa, dio una nueva redacción al artículo 49.1 LC, de manera que ahora establece que “el plazo de las concesiones que se otorguen en los bienes adscritos, incluidas las prórrogas, no podrá ser superior al plazo máximo de vigencia establecido en la legislación estatal para las concesiones sobre dominio público portuario en los puertos de interés general”. El artículo 104.1 del Reglamento General de Costas, aprobado por Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre (RC14 en lo sucesivo), reitera lo dispuesto en el artículo 49.1 LC.

Por lo que respecta a las concesiones ya otorgadas, la disposición transitoria quinta LPUSL señala que

“Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 2 de esta Ley, las concesiones que amparan ocupaciones en puertos que no son de interés general, o habilitan directamente la ocupación del dominio público marítimo-terrestre en el que se construye la obra portuaria, como consecuencia de un contrato de concesión de obra pública, podrán prorrogarse en los mismos términos y condiciones que los previstos en la legislación estatal de puertos de interés general. En estos casos, la duración de la prórroga no podrá ser superior a la mitad del plazo máximo de vigencia establecido en la legislación estatal para las concesiones sobre dominio público portuario en los puertos de interés general”.

El artículo 172.1 RC14, sin embargo, introduce una importante matización, al prescribir que el régimen de las prórrogas de las “concesiones reguladas en la disposición transitoria segunda, apartado segundo, de la Ley 22/1988, de 28 de julio, que fueron otorgadas fuera de los puertos pero que, con posterioridad a la entrada en vigor de la misma, han sido incorporadas a la zona de servicio de alguno de ellos manteniendo el régimen de plazos regulado en la citada Ley 22/1988, de 28 de julio, en su redacción original”, es el previsto en el RC14.

Interesa destacar que la LPUSL no previó ninguna suerte de extensión de plazo de las concesiones otorgadas con anterioridad a la LC. La disposición transitoria decimosexta RC14, en su apartado primero, interpretó este silencio de la Ley como una confirmación del mantenimiento de la reducción de plazo que la nueva legislación de costas de 1988 había operado sobre las concesiones anteriores:

“Se considerará en todo caso incompatible con los criterios de ocupación del dominio público establecidos en la Ley 22/1988, de 28 de julio, el mantenimiento de concesiones a perpetuidad, por tiempo indefinido o sin plazo limitado. En todo caso, se entenderá que las concesiones vigentes antes del 29 de julio de 1988 fueron otorgadas por un plazo máximo de 30 años

a contar desde esa fecha, sin perjuicio de que puedan ser prorrogadas de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 2/2013, de 29 de mayo”.

Así las cosas, el legislador andaluz pudo, desde la entrada en vigor de la reforma de la LC, acomodar el Derecho propio de Andalucía a las nuevas posibilidades abiertas y, en consecuencia, modificar la LRJEPA para prever un plazo mayor para las concesiones sobre el dominio público adscrito. Sin embargo, ello no sucedió. Es ahora la Ley 2/2020 la que opera la modificación, en los términos que seguidamente veremos.

III. LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 24: PLAZO Y PRÓRROGA DE LA CONCESIÓN

En su redacción inicial, el tenor literal del artículo 24 de la Ley, sobre ámbito y plazo de las concesiones, era el siguiente:

“La ocupación del dominio público portuario con obras o instalaciones fijas, así como cualquier tipo de ocupación por plazo superior a tres años, estará sujeta a concesión.

El título de otorgamiento determinará el plazo de la concesión y sus posibles prórrogas, sin que en ningún caso el plazo total pueda exceder de 30 años”.

Tras la reforma, se mantiene el párrafo primero, se modifica el segundo para elevar el plazo máximo a cincuenta años y se añaden nuevas previsiones sobre el plazo y sus prórrogas.

Así, en primer lugar, se detallan los criterios para la fijación del plazo (apartado primero): “a) Vinculación del objeto de la concesión a la actividad portuaria. b) Disponibilidad de espacio de dominio público portuario. c) Volumen de inversión y estudio económico-financiero. d) Plazo de ejecución de las obras contenidas en el proyecto. e) Adecuación a la planificación y gestión portuarias. f) Incremento de actividad que genere el puerto⁵ y creación de empleo consecuencia de dicho incremento. g) Vida útil de la inversión a realizar por el concesionario. h) Compromisos de mejora medioambiental en el puerto y su entorno durante la concesión”.

Los criterios coinciden con los establecidos en el artículo 82.1 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante por el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre⁶ (TRLPMM en lo sucesivo), con la salvedad de que la ley andaluza incluye además los de creación de empleo como consecuencia

⁵ Entendemos que quiere decir “en el puerto”.

⁶ Cuyo precedente se encuentra en el artículo 107.1 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general.

del incremento de la actividad que genere en el puerto y compromisos de mejora medioambiental en el puerto y su entorno durante la concesión.

El apartado segundo proclama que el plazo de la concesión es improrrogable y, a continuación, señala los supuestos en los que sí es prorrogable: a) cuando esté previsto en el título concesional; b) cuando no estando previsto, concurra el supuesto del artículo 27.2.d); c) cuando no estando previsto, la concesionaria se comprometa a realizar determinadas actuaciones, en los casos que se detallan.

En los dos primeros supuestos, el plazo puede prorrogarse a juicio de la Administración portuaria, “sin que la suma de los plazos de las prórrogas pueda superar la mitad del plazo inicialmente otorgado, y en ningún caso este plazo inicial, unido al de las prórrogas, podrá superar el plazo máximo de 50 años”.

Dispone la Ley que en el caso del artículo 27.2.b) “tanto la inversión a realizar por el solicitante como el procedimiento a seguir se realizarán conforme a lo previsto en el apartado siguiente”. El referido “apartado siguiente” es el tercero, que regula la solicitud que se ha de presentar, la competencia para resolver de la Consejería competente en materia de puertos y la necesidad de previo informe de la Agencia de Puertos de Andalucía. Parece, pues, que se excluye a priori la competencia de proyectos⁷. Por lo que respecta a la inversión, entendemos que es de aplicación el último párrafo del artículo 27.2.d), que prescribe la correspondencia entre la inversión y la prórroga solicitada.

El tercer supuesto se refiere a “concesiones de puertos deportivos y de instalaciones en zonas portuarias de uso náutico-deportivo destinadas a la prestación del servicio a las embarcaciones deportivas y de ocio, que sean de interés estratégico o relevante para el sistema portuario andaluz o para el desarrollo económico del mismo”. La prórroga de estas concesiones puede ser autorizada, aun cuando no se haya previsto en el título concesional, cuando la concesionaria se comprometa a llevar a cabo alguna de las actuaciones que se prevén y concurran razones de interés público de orden económico, social, turístico o estratégico que así lo aconsejen.

Las referidas actuaciones son: a) llevar a cabo una nueva inversión relevante, no prevista en el título original, que sea superior al 20% del valor actualizado de las instalaciones objeto de concesión, entendido como el correspondiente al inicialmente previsto en la concesión, así como a las inversiones de desarrollo de dicho proyecto inicial aprobadas durante la vida de concesión (presupuesto de ejecución material); b) llevar a cabo una aportación económica, que no tendrá naturaleza tributaria, a

⁷ Téngase en cuenta que a tenor del artículo 27.2.d), las prórrogas no previstas en el título concesional son modificaciones sustanciales, que deben ser autorizadas por la Agencia Pública de Puertos de Andalucía y tramitadas como una solicitud de concesión, pudiendo la Agencia prescindir motivadamente del trámite de competencia de proyectos.

la financiación de infraestructuras portuarias para la mejora de la posición competitiva de los puertos de Andalucía, cuyo importe, en todo caso, sea superior al 20% del valor actualizado de las instalaciones objeto de concesión; c) una combinación de ambos supuestos, siempre que la suma de los importes comprometidos no sea inferior al 20% del valor actualizado de las instalaciones objeto de concesión.

La inversión relevante a la que se refiere la ley ha de suponer “una mejora cualitativa y cuantitativa del empleo, de la eficacia global y de la competitividad de la actividad desarrollada, tanto en la concesión como, en su caso, en la concesión modificada por ampliación de su superficie, siempre que formen una unidad de explotación y que, a juicio de la referida Administración, sea de interés para mejorar la productividad, la eficiencia energética o la calidad ambiental de las operaciones portuarias y la prevención de daños medioambientales en el entorno portuario, la mejora de la sostenibilidad ambiental y la sensibilización para la preservación y mejora del medioambiente o suponga la introducción de nuevas tecnologías, como la digitalización de infraestructuras o procesos que incrementen su competitividad”.

Se establece como condición resolutoria de la prórroga que los correspondientes compromisos estén “íntegramente ejecutados en el plazo de los cuatro primeros años, a contar desde la resolución de prórroga”, salvo que “la entidad concesionaria sea un club náutico u otra entidad deportiva sin fines lucrativos”, en cuyo caso “dichos compromisos deberán ejecutarse en el plazo de los seis primeros años, a contar desde la resolución de prórroga”.

Añade la Ley que la prórroga de este tercer supuesto “se regulará conforme al procedimiento previsto en los apartados 5 y 6 del artículo 25 de la presente ley, con las especialidades establecidas en los apartados 3, 4 y 5 del presente artículo”.

El apartado quinto del artículo 25 se refiere a la confrontación del proyecto sobre el terreno y espacio de agua, la determinación por parte de la Administración de su adecuación y viabilidad, la información pública y la fijación de las condiciones que regularán la concesión, que deben ser objeto de aceptación expresa. Se excluye, en consecuencia, la competencia de proyectos.

Por su parte, el apartado sexto del mismo artículo 25 prevé el plazo máximo para dictar y notificar la resolución de adjudicación (ocho meses), el silencio negativo y la publicación del otorgamiento en el BOJA.

A su vez, el apartado tercero del artículo 24 regula la solicitud de la prórroga⁸ y la documentación⁹ que se ha de acompañar. La solicitud debe “presentarse, en todo caso, con anterioridad al inicio del penúltimo año del plazo de concesión, siendo requisito indispensable para su tramitación que el interesado se encuentre al corriente del cumplimiento de las obligaciones concesionales establecidas en la presente ley y las que resulten del título otorgado”. Como ya hemos indicado, la solicitud “será resuelta por la Consejería competente en materia de Puertos, previo informe de la Agencia Pública de Puertos de Andalucía”.

Los parámetros que se han de considerar en la emisión del informe se contemplan en el apartado cuarto: “a) Si las concesiones son de interés estratégico o relevante para el sistema portuario andaluz o para el desarrollo económico del mismo y concurren razones de interés público de orden económico, social, turístico o estratégico que aconsejen su prórroga. b) Si, durante la vida de la concesión, el titular de la misma ha cumplido las prescripciones previstas en el título de otorgamiento, no habiendo sido sancionado por infracción grave. c) Si la inversión propuesta o aportación económica tiene las características detalladas en el apartado B) del presente artículo. d) El volumen de inversión y/o aportación económica comprometida y el plazo en el que se comprometen a realizarlos. e) La vida útil de la inversión. f) La memoria económico-financiera de la concesión en el momento de su otorgamiento y en el momento de la solicitud de prórroga de plazo”.

Por último, el apartado quinto establece una serie de prescripciones adicionales.

⁸ En ella indicará la concesionaria “la concesión respecto de la que solicita la prórroga, el plazo por el que la solicita y la inversión o aportación económica que se propone”.

⁹ “a) Documento técnico que describa las características de las obras o debida referencia al mismo, en caso de que este obrase en la Agencia, así como la documentación o estudios necesarios para la obtención del instrumento de prevención y control ambiental a que se encuentre sometido. b) Estudio económico-financiero de viabilidad de la concesión, que justifique la necesidad de la prórroga y los nuevos compromisos que se pretenden cumplir, entre los que figurarán la previsión de la creación de empleo y la metodología utilizada para dicha estimación. c) Documentación acreditativa de las inversiones tanto inicialmente previstas en la concesión como de desarrollo del proyecto inicial, ejecutadas y aprobadas por la Administración competente. d) Cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil o registro oficial en que el empresario deba estar inscrito y auditadas por firma auditora externa, de los tres últimos ejercicios. e) Dictamen emitido por una auditoría técnica externa e independiente, que verifique el cumplimiento de sus obligaciones de mantenimiento de las obras e instalaciones de la infraestructura necesaria para la prestación de los servicios portuarios que constituyen el soporte material de la concesión. Para estos cometidos, la Agencia designará a la entidad encargada de realizar el dictamen de entre las cinco propuestas por la concesionaria, a su costa, en base a los parámetros fijados por la Agencia. f) Propuesta de Reglamento de Explotación y Tarifas Máximas, actualizado de conformidad con las prescripciones establecidas por la Agencia Pública de Puertos de Andalucía, vigentes al tiempo de presentarse la solicitud. g) Certificados de encontrarse al corriente de las obligaciones tributarias con el Estado y la Comunidad Autónoma de Andalucía y de las obligaciones con la Seguridad Social. h) Declaración responsable de no estar incurso en incapacidad o prohibición para contratar”.

Así, “la prórroga de la concesión determinará la modificación de las condiciones de la misma, que deberán ser aceptadas por la concesionaria con anterioridad a la resolución de otorgamiento” (primer párrafo).

Por otra parte, “la prórroga no podrá ser superior al plazo inicialmente previsto en su título de otorgamiento y, en ningún caso, el plazo total del otorgamiento unido al de la prórroga podrá superar el plazo máximo de 50 años, y excepcionalmente para las estratégicas o relevantes podrá llegar hasta los 75 años”, requiriéndose que haya transcurrido al menos una tercera parte del plazo de la concesión inicial (segundo párrafo).

Además, la prórroga “determinará la aprobación del Reglamento de Explotación y Tarifas Máximas, actualizado de conformidad con las prescripciones establecidas por la Agencia Pública de Puertos de Andalucía, vigentes al tiempo de presentarse la solicitud” (párrafo cuarto).

En otro orden de cuestiones, el párrafo quinto dispone que “si una vez realiza la prórroga la concesionaria impugna las cláusulas que fueron aceptadas por ella, la Agencia Pública de Puertos de Andalucía estará facultada para declarar extinguido el título, salvo cuando aquellas hubiesen sido declaradas ilegales”.

Finalmente, “la prórroga del plazo de la concesión no será tenida en cuenta a efectos de la valoración del rescate, de la revisión de la concesión o de la indemnización por cualquier causa a la concesionaria” (párrafo sexto).

En particular, respecto de las concesiones prorrogadas por el plazo máximo de 75 años, “el correspondiente instrumento de prevención y control ambiental deberá contener una evaluación bianual del cumplimiento de las indicaciones y medidas protectoras y correctoras en él contenidas. De dicha evaluación deberá trasladarse copia a la Agencia Pública de Puertos de Andalucía y al ayuntamiento en cuyo término municipal se asiente la instalación portuaria” (párrafo tercero).

IV. LAS NUEVAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS

La Ley 2/2020 introduce tres nuevas disposiciones en el texto de la Ley 21/2007, que se titulan de la siguiente manera: a) “Plazo máximo de las concesiones vigentes a la entrada en vigor de esta ley que fueron otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante” (disposición transitoria séptima); b) “Ampliación, hasta su período inicial del plazo de las concesiones vigentes que fueron otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, y cuyo plazo máximo se ha reducido por aplicación de lo previsto

en la disposición transitoria séptima” (disposición transitoria octava); c) “Régimen de prórrogas de las concesiones que fueron otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente disposición” (disposición transitoria novena).

La disposición transitoria séptima contiene dos prescripciones diferentes. En virtud de la primera,

“[s]e considera en todo caso incompatible con los criterios de ocupación del dominio público portuario establecidos en esta ley el mantenimiento de concesiones otorgadas por plazo superior al máximo plazo inicial de las concesiones portuarias del Estado previsto en el artículo 24.1 de la presente norma, a contar desde la entrada en vigor de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante”.

Se añade a continuación que

“[e]n todos estos casos, las concesiones vigentes a la entrada en vigor de la presente disposición se entenderán otorgadas por el plazo previsto en su título, sin que en ningún caso pueda exceder del plazo inicial de las concesiones portuarias del Estado previsto en el artículo 24.1 de la presente norma, que se contará desde la entrada en vigor de la referida Ley 27/1992, sin que quepa ampliación de la concesión, salvo en los casos contemplados en la disposición transitoria octava de la presente ley”.

Por su parte, la disposición transitoria octava regula la ampliación del plazo de las concesiones vigentes otorgadas antes de la entrada en vigor de la Ley 27/1992 y cuyo plazo máximo supuestamente ha reducido la disposición transitoria séptima.

En concreto, se refiere a “las concesiones vigentes que sean de interés estratégico o relevante para el sistema portuario andaluz o para el desarrollo económico del mismo, que fueron otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, y a las que la aplicación de lo previsto en la disposición transitoria anterior suponga una extinción anticipada del título concesional”. El plazo inicial de estas concesiones, “excepcionalmente y cuando concurren razones de interés público de orden económico, social, turístico o estratégico que así lo aconsejen”, puede “ser ampliado hasta 50 años más (*sic*) como máximo, siempre que la concesionaria se comprometa a la realización de inversiones relevantes, para el puerto o sistema portuario andaluz, que supongan una mejora de la eficacia global y de la competitividad de la actividad desarrollada, tanto en la concesión como, en su caso, en la concesión modificada por ampliación de su superficie, siempre que formen una unidad de explotación” (primer párrafo del apartado 1).

Los requisitos para que las inversiones sean consideradas relevantes son los siguientes: “a) No estar previstas en el título constitutivo original. b) No haber sido computadas a efectos de prórrogas previamente adoptadas. c) Mejorar alguno de los siguientes aspectos: la productividad; la eficiencia energética; la calidad ambiental, la mejora de la sostenibilidad ambiental y la sensibilización para la preservación y mejora del medio ambiente; las operaciones portuarias; la introducción de nuevas tecnologías, como la digitalización de las infraestructuras; los nuevos procesos que incrementen la competitividad, y la responsabilidad social corporativa y mejora social y de la población” (apartado 2). Estos aspectos son los ya previstos en el artículo 24 para las prórrogas del tercer tipo, a los que se añaden otros, entre los que no podían faltar la mejora social y de la población.

La inversión ha de ser como mínimo “del 0,50% del valor actualizado de las instalaciones objeto de concesión, se entiende éste como el correspondiente al inicialmente previsto en la concesión, así como a las inversiones de desarrollo de dicho proyecto inicial aprobadas durante la vida de la concesión (presupuesto de ejecución material) en el momento de efectuar la solicitud, por cada año de ampliación solicitado, con una inversión mínima que se sitúe en el 20% para las estratégicas y máximo del 5% para el resto del referido valor de las instalaciones, según las características de la empresa concesionaria, debiendo estar ejecutada como máximo en un plazo equivalente a la mitad de la ampliación”¹⁰ (apartado 2).

En el apartado 3 se regula la solicitud que ha de presentar el titular de la concesión, en el plazo de dos años a contar desde la entrada en vigor de la disposición, así como los documentos que debe acompañar¹¹. Tramitado el procedimiento¹², debe informar la Agencia Pública de Puertos de Andalucía, correspondiendo a la Consejería la resolución con arreglo a los criterios que fija el apartado 4¹³. Dicho apartado,

¹⁰ Esta última condición puede resultar mucho más benevolente, como fácilmente se aprecia, que la establecida en el artículo 24.2 LRJPA que recordemos que dispone que los compromisos de inversión y de aportación económica “deberán estar íntegramente ejecutados en el plazo de los cuatro primeros años, a contar desde la resolución de prórroga”, salvo que “la entidad concesionaria sea un club náutico u otra entidad deportiva sin fines lucrativos”, en cuyo caso dichos compromisos deberán ejecutarse en el plazo de los seis primeros años, a contar desde la resolución de prórroga”.

¹¹ Llama la atención que sea la Agencia Pública de Puertos de Andalucía la que elija la entidad encargada de realizar el dictamen a que se refiere la letra f) del apartado, “de entre las cinco propuestas presentadas por la concesionaria”. *Vid.* también el artículo 24.3.e).

¹² En lo no previsto por la disposición transitoria en cuanto a procedimiento, se aplica lo dispuesto en el artículo 24 (apartado 3 de la disposición).

¹³ Estos criterios enmarcan el ámbito de discrecionalidad de la que dispone la Administración, pero no la eliminan; por esta razón, no tiene mucho sentido que en el apartado 2 de la disposición se afirme que “[e] otorgamiento de la ampliación tendrá carácter reglado, siempre que la entidad concesionaria se encuentre al corriente del cumplimiento de las obligaciones concesionales establecidas en la presente ley y las que resulten del título otorgado”.

en fin, completa la regulación de la materia con otras prescripciones, de las que destacamos la de que “[l]a ampliación se podrá otorgar por un plazo que no podrá superar las dos quintas partes del plazo previsto en el título original”.

Finalmente, la disposición transitoria novena se ocupa del régimen de prórrogas de las concesiones otorgadas antes de la entrada en vigor de la disposición, esto es, antes del 20 de noviembre de 2020.

A estas concesiones les es de aplicación el régimen de prórrogas previstas en el artículo 24 LRJEP, siempre que cumplan los requisitos que en él se establecen, con la importante excepción de que el plazo objeto de prórroga puede llegar al plazo inicialmente previsto en el título de otorgamiento (primer párrafo del apartado 1).

Esta prórroga, señala el párrafo segundo del apartado 1, es compatible con la ampliación prevista en la disposición transitoria octava.

Concreta el apartado segundo que el régimen de prórrogas del artículo 24.2B es aplicable

“a aquellas concesiones de puertos deportivos y de instalaciones en zonas portuarias de uso náutico-deportivo destinadas a la prestación del servicio a las embarcaciones deportivas y de ocio que se encuentren en la situación prevista en los artículos 63.6 y 64.6 de la presente ley con título vigente el 1 de enero de 2018, que sean de interés estratégico o relevante para el sistema portuario andaluz o para el desarrollo económico del mismo, cuando las concesionarias sean administraciones o entidades sin ánimo de lucro y concurren razones de interés público de orden económico, social, turístico o estratégico que así lo aconsejen”.

De este modo, se reconoce de manera palmaria la posibilidad de prorrogar concesiones ya caducadas.

Finalmente, se establece que “serán computadas como nuevas inversiones relevantes, a efectos de lo previsto en el artículo 24.2.B1), aquellas que sean realizadas por la entidad concesionaria tras la entrada en vigor de la presente disposición, siempre que sean aprobadas por la Administración portuaria a tales efectos y se ajusten a los parámetros establecidos en el referido apartado B1)”. Se añade que “[s]u cómputo se llevará a cabo mediante la actualización de los importes de la inversión en el momento de otorgarse la prórroga”.

V. VALORACIÓN

Por lo que respecta a la reforma operada sobre el artículo 24 LRJEP, consideramos que es respetuosa con lo establecido en el artículo 49 LC, puesto que la regulación se atiene a los plazos máximos de vigencia establecidos en la legislación estatal de puertos de interés general. Cuestión distinta es la valoración que quepa efectuar desde la perspectiva de la libre competencia y concurrencia.

Por lo que concierne a las nuevas disposiciones transitorias, parece que el legislador andaluz ha querido ofrecer una vía de continuidad a las concesiones otorgadas en los puertos andaluces, en particular en puertos deportivos e instalaciones en zonas portuarias de uso náutico-deportivo. Desde luego, no está claro que esta pretensión sea compatible con los principios de libre competencia y concurrencia. Pero, además, muchas de estas concesiones se encuentran en la actualidad incursas en caducidad, pues llegado el año 2018 y sin la imprescindible modificación de la legislación andaluza, no ha sido posible su prórroga. Prueba de ello es la misma Ley 2/2020.

Para articular la referida vía de continuidad se ha recurrido a la extensión *ope legis* del plazo de las concesiones, a semejanza de la producida por el apartado segundo de la disposición transitoria cuarta de la Ley 27/1992, en la redacción dada por la Ley 48/2003. Una operación ésta, la de la ampliación de plazos, que no está prevista en la legislación de costas, pues para las concesiones otorgadas antes de la entrada en vigor de la LPUSL sólo se contempla la prórroga, que es muy diferente de la extensión del plazo *ope legis*. Por otra parte, y aun cuando se llegara a admitir la competencia de la Comunidad Autónoma al efecto, es dudoso que opere el plazo de 50 años y no el de 35 años que señala la disposición transitoria segunda del TRLPMM. En todo caso, si la disposición transitoria séptima se aplica sólo a concesiones otorgadas con anterioridad a la Ley 27/1992, las únicas idóneas a este efecto son las de fecha posterior a 20 de noviembre de 1990 y anteriores al 15 de diciembre de 1992, siempre que no hayan caducado, caducidad que sí se debe haber producido en las anteriores a 20 de noviembre de 1990; tales concesiones, otorgadas entre 1990 y 1992, no pudieron serlo por plazo superior al que prevé el artículo 24.1, pues con arreglo a la LC, como sabemos, el plazo máximo era de treinta años. Cuestión distinta es que el legislador andaluz haya considerado que el plazo máximo de treinta años no era de aplicación a las concesiones de obras y sean éstas a las que se refiere la disposición.

A partir de la supuesta reducción de plazos efectuada por la disposición transitoria séptima, se procede a disciplinar en la disposición transitoria octava un régimen de ampliación de plazos para determinadas concesiones - las de interés estratégico o relevante para el sistema portuario andaluz o para el desarrollo económico del mismo, otorgadas antes de la entrada en vigor de la Ley 27/1992 y que la Ley no concreta, ni en esta sede ni en el artículo 24- con el que parece que se quiere orillar de nuevo

la caducidad producida en 2018. Como ya hemos señalado, la disposición transitoria quinta LPUSL permite prorrogar las concesiones otorgadas antes de su entrada en vigor, pero no ampliar los plazos iniciales. En todo caso, la ampliación regulada no se ajusta el criterio temporal contenido en la referida disposición transitoria quinta LPUSL, a tenor de la cual, “la duración de la prórroga no podrá ser superior a la mitad del plazo máximo de vigencia establecido en la legislación estatal para las concesiones sobre dominio público portuario en los puertos de interés general”.

Por último, la disposición transitoria novena regula la prórroga de las concesiones otorgadas antes de la entrada en vigor de la Ley 2/2020, estableciendo un régimen de difícil interpretación en cuanto a su ámbito de aplicación y encaje con las demás modificaciones que se llevan a cabo, que ya no oculta la decidida pretensión de revivir concesiones caducadas.

En definitiva, la Ley 2/2020 no resulta satisfactoria y, desde luego, es dudoso que, llegado el caso, pudiera superar el control de constitucionalidad. Nada de ello empece a que de la situación en la que se ha visto el legislador andaluz se extraigan ciertas conclusiones y enseñanzas valiosas. En todo caso, propicia una reflexión más amplia acerca del potencial narrativo del legislador, capaz de volver a reescribir una y otra vez guiones sobre historias que parecían ya concluidas.

NOTICIAS DE REVISTAS
AUTONÓMICAS



Noticia de Revistas Autonómicas^{1*}

(1) § Unión Europea, Comunidades Autónomas, Derecho autonómico, Régimen Local

DE LOS COBOS HERNÁNDEZ, Elisa Pérez: «Desafío del independentismo catalán al estado autonómico», Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. 55, 2020, pp. 278-361.

La autora ofrece en este extenso trabajo un análisis de los principales hitos jurídicos que (hasta la fecha) han marcado el proceso independentista vivido en Cataluña. Para ello, se analiza casi un centenar de actuaciones jurídicas: entre resoluciones y acuerdos del Parlamento de Cataluña (principalmente, Leyes 19/2017, de 6 de septiembre, del referéndum de autodeterminación y 20/2017, de 8 de septiembre, de transitoriedad jurídica y fundacional de la república), recursos de amparo constitucional, impugnaciones de disposiciones autonómicas e incidentes de ejecución de sentencia, la aplicación del artículo 155 CE, así como una sucesión agotadora de providencias motivadas, autos y sentencias del Tribunal Constitucional (principalmente, SSTC 114/17, de 17 de octubre y 224/2017, de 8 de noviembre, relativas a la declaración de independencia, y STC 89/2019, de 2 de julio, sobre la aplicación del art. 155 CE).

Tras esta pormenorizada exposición de las bases esenciales del desafío independentista al modelo autonómico y de los pilares fundamentales de la defensa articulada por el Tribunal Constitucional, la autora incorpora una breve valoración acerca de si, a través una hipotética reforma constitucional orientada al federalismo, podría facilitarse una solución de consenso, si bien la autora entiende que la inercia de los Estados federales es la opuesta a la pretendida con estos planteamientos hipotéticos.

(2) § Derechos fundamentales y derechos de ciudadanía

(3) § Fuentes, potestad reglamentaria, organización administrativa

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Elsa Marina: «Técnica legislativa y disfunciones de las técnicas normativas en España. Retos actuales», Revista Vasca de Administración Pública, núm. 117. Mayo-Agosto 2020. Págs. 17-73.

La profa. Álvarez González ofrece un trabajo de gran amplitud, pues aborda nada menos que los problemas actuales del sistema normativo español como consecuencia de la crisis del principio de legalidad y la alteración del principio de jerar-

¹ * Sección a cargo de Severiano FERNÁNDEZ RAMOS.

quía normativa. La autora diferencia, acertadamente, por un lado, los problemas que genera la elección de la norma (en sentido formal) en determinados supuestos y, por otro, los problemas que genera la elección de la técnica a aplicar en el proceso de elaboración de la misma, si bien la autora declara que son las dos caras de una «teoría de la legislación» pendiente aún de desarrollar en España. En tal sentido, se tratan cuestiones tales como el uso y abuso del Decreto Ley como mecanismo ordinario para legislar, esto es la utilización de un instrumento normativo con fuerza de ley previsto para situaciones de extraordinaria y urgente necesidad como técnica ordinaria y con la única finalidad de eludir los trámites parlamentarios de elaboración de las leyes (y ello agravado por la interpretación muy laxa del concepto «extraordinaria y urgente necesidad» que hace el TC); el abuso de las leyes singulares por las Comunidades Autónomas, perdiendo así el carácter de generalidad y abstracción que caracteriza a la norma jurídica y, lo que es peor aún, vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva de los sujetos afectados por la norma singular (se critica alguna sentencia del TC que parece confundir la exigencia de generalidad con la abstracción de la norma).

Pero también se tratan algunos problemas de la potestad reglamentaria, como alteraciones subjetivas (Universidades públicas y colegios profesionales); alteraciones objetivas (como la nueva jurisprudencia que niega la naturaleza reglamentaria a las relaciones de puestos de trabajo de las Administraciones públicas) como reglamento administrativo para pasar; o el abuso por parte de las Comunidades Autónomas al regular determinadas materias que afectan directamente a derechos subjetivos a través de meras instrucciones y circulares, que están concebidas para organizar internamente las instituciones públicas; o, en fin, los problemas que en la actualidad está generando la naturaleza reglamentaria de los instrumentos de planificación sobre todo en materias como el urbanismo y la ordenación del territorio. Todo lo anterior, explica la autora, deriva inexorablemente en la falta de calidad y racionalidad que impera en nuestras normas, frente a lo cual la autora propone algunas iniciativas para la mejora de nuestra técnica legislativa.

CARLÓN RUIZ, Matilde: «Funcionamiento electrónico de los órganos colegiados», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 55, 2020, pp. 119-150.

La profesora Carlón Ruiz ofrece un estudio sobre el marco legal que la Ley 40/2015 ofrece al funcionamiento electrónico de los órganos administrativos colegiados, y que la pandemia ha puesto de inusitada actualidad. Tras exponer los antecedentes, referentes, sentido y alcance de la posibilidad —que no deber— de funcionamiento «a distancia» de los órganos colegiados, la autora centra el estudio en la convocatoria electrónica como regla y las excepciones a la rigidez del orden del día, con las sesiones espontáneas como —relativa— novedad. Igualmente, trata la

celebración de sesiones —total o parcialmente— electrónicas, desde su constitución, a las reglas para el debate y adopción de acuerdos, finalizando con la utilización de medios electrónicos en la formalización de lo actuado: actas y certificados.

Todo ello tratado bajo la premisa de que el uso de medios electrónicos no debe reducir las garantías que para cada miembro en particular y para la colegialidad misma caracterizan a estos peculiares órganos. Finalmente, la autora se pregunta si estamos ante una práctica circunstancial, de tal modo que el deseable retorno a la vieja normalidad suponga un regreso a la presencialidad, o si, por el contrario, prevalecerán consideraciones de eficiencia que determinen que estemos ante una práctica sin retorno.

(4) § Acto, procedimiento administrativo, expropiación, responsabilidad y control Jurisdiccional de las Administraciones Públicas

RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel: «Algunas cuestiones sobre el incidente de nulidad tras la reforma del recurso de casación contencioso-administrativo: el incidente contra la penúltima resolución judicial», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 117. Mayo-Agosto 2020. Págs. 421-441.

En este artículo se analizan las sentencias del Tribunal Constitucional núm. 112/2019, de 3 de octubre, y 121/2019, de 28 de octubre, en relación con el requisito de agotar la vía judicial previa para la interposición del recurso de amparo, en concreto, respecto al requisito de interponer el incidente de nulidad contra la penúltima resolución judicial que sea lesiva de derechos fundamentales. Como señala el autor, rectificando su criterio anterior, en estas sentencias el Tribunal Constitucional ha considerado que el incidente de nulidad contra resoluciones que lesionen derechos fundamentales no tiene carácter preceptivo cuando contra dichas resoluciones se interpuso recurso de casación y éste fue inadmitido por razones que no sean imputables al recurrente.

(5) § Empleo público, bienes y contratación pública

DE LA IGLESIA AZA, Lidia: «La carrera profesional de los profesionales sanitarios: antecedentes normativos y tendencias de desarrollo», *Revista Galega de Administración Pública*, Núm. 59 (enero-junio 2020), pp. 339-380.

Se trata en este estudio el sistema de carrera profesional del personal estatutario de los servicios de salud pública en el Estado español, con mención especial al ámbito de la Comunidad Autónoma gallega, en la cual a partir de 2008 todo el sistema de carrera profesional se paralizó durante 10 años, debido a las dificultades presupuestarias generadas por la crisis económica. El sistema de carrera profesional

del personal estatutario gallego se retoma con la Orden de 20 de julio de 2018, por la que se publica el Acuerdo sobre las bases de la carrera profesional en el ámbito del Servicio Gallego de Salud y entidades adscritas. Sin embargo, como pone de manifiesto la autora, esta plasmación de la carrera profesional se hizo sin tener en cuenta la jurisprudencia, tanto comunitaria como española, relativa a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, sobre el trabajo de duración determinada, lo que motivó la anulación parcial de la Orden de 20 de julio de 2018 por la Sentencia del Tribunal Superior de Galicia de 27 de noviembre de 2019, en lo que se refiere a la limitación para acceder al sistema de carrera al personal fijo de la categoría y el personal estatutario interino en plaza vacante o fijo de otra categoría que esté desempeñando una plaza vacante por promoción interna temporal, dejando fuera del mismo al personal eventual, con independencia de los servicios que tenga acreditados.

Además, la autora señala que este sistema de carrera profesional establecido para el personal estatutario no sigue el sistema establecido en el EBEP, dado que se configura como una singular antigüedad, en la que se reitera el modelo clásico que la propia exposición de motivos del EBEP considera "... injusto y contrario a la eficiencia". Así, se dispensa el mismo trato a la totalidad de la plantilla, con independencia del rendimiento real o implicación con el servicio.

CABRERA RODRÍGUEZ, José: «Función pública temporal y precario administrativo», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 55, 2020, pp. 392-415.

Bajo este título se trata en este trabajo la Directiva 1999/70/CE sobre trabajo temporal y su aplicación a la función pública. El autor considera fraude de ley en la temporalidad el recurso a normas que habilitan excepcionalmente la constitución de relaciones temporales de empleo sin concurrir el supuesto de hecho habilitante previsto en la norma. O si, pese a concurrir al momento inicial de su constitución, el supuesto de hecho habilitante decae sobrevinidamente sin conllevar la solución de continuidad de la relación de empleo. A la vista de esta definición, el autor defiende que la relación de empleo del funcionario interino puede acusar fraude en la temporalidad sin necesidad de que su acto de nombramiento incurra en una situación de precario. Tal será el caso, por ejemplo, cuando las razones justificadas de «necesidad» y «urgencia», que constituyen su presupuesto habilitante, no concuerdan al momento de dictarse el acto de nombramiento. Aquí no existirá un título jurídico válido susceptible de caducar o decaer en su vigencia. El acto es ilegal desde su inicio. Y el funcionario temporal lo será en fraude de ley ya desde su mismo nombramiento. A la inversa, sin embargo, precariedad administrativa y fraude en la temporalidad serán situaciones coextensas cuando el acto administrativo de nombramiento, inicialmente válido, decae en su vigencia por la desaparición de su presupuesto habi-

litante. Incurso así en precario el acto de nombramiento, el funcionario interino lo devendrá de hecho.

Según el autor, este planteamiento permite conceptualizar jurídicamente la situación en la que se encuentran los funcionarios temporales en fraude de ley. En efecto, bajo la figura del «funcionario de hecho», estos empleados públicos pueden reivindicar un estatus jurídico diferenciado del funcionario interino. Desde el punto de vista de la Directiva, sería un sucedáneo del indefinido no fijo para las relaciones de Derecho administrativo. Una categoría a la que vincular los derechos profesionales adicionales que les ha venido reconociendo la jurisprudencia por la anormalidad en la duración de su relación de empleo con la Administración.

MATEOS MARTÍNEZ, José: «El derecho a la no discriminación de los funcionarios interinos: estado de la cuestión tras la más reciente jurisprudencia comunitaria», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 117. Mayo-Agosto 2020. Págs. 387-419.

Como el anterior, se trata de un trabajo más acerca de la jurisprudencia recaída en los últimos años sobre la Directiva 1999/70/CE sobre trabajo temporal y su aplicación a la función pública. Este trabajo se centra en las últimas sentencias del TJUE (en particular, la sentencia de 19 de marzo de 2020 relativa a cuestiones prejudiciales planteadas por la justicia española) sobre su discriminación retributiva respecto de los funcionarios de carrera y su posible acceso a la fijeza por la excesiva concatenación de nombramientos. Con todo, el autor no considera que la solución adecuada para los interinos de larga duración sea la fijeza ni la adquisición privilegiada de la condición de funcionario, con menoscabo de los principios de capacidad y mérito.

Como muy bien señala el autor, «El derecho de los españoles a concurrir en pie de igualdad a cualquier convocatoria pública, o a gozar de los servicios de los funcionarios más capacitados, no pueden sacrificarse para corregir una situación injusta como es la interinidad de larga duración. La discriminación de unos no puede lavarse con nuevas discriminaciones hacia otros, ni con la postergación de la excelencia como criterio para la asignación del empleo público fijo». En tal sentido, el autor considera adecuada la figura jurisprudencial del indefinido no fijo, que por un lado garantiza la permanencia en el puesto hasta que se saque a convocatoria pública para su cobertura y, en caso de que el interino de larga duración no logre la mejor puntuación, será cesado para que la ocupe el candidato seleccionado.

TALÉNS VISCONTI, Eduardo Enrique: «Los servicios esenciales para la comunidad en la huelga del personal laboral de las Administraciones Públicas», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 117. Mayo-Agosto 2020. Págs. 247-291

Como señala el autor del estudio, el hecho de que no exista un desarrollo legal sobre el derecho de huelga hace que la solución a los problemas que se suscitan en esa materia sea eminentemente jurisprudencial, constituyendo una parcela jurídica muy viva y casuística. Este trabajo analiza el régimen jurídico de los servicios esenciales para la comunidad, como límite legal al ejercicio del derecho de huelga, en el contexto del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas: los servicios mínimos como instrumento para preservar el mantenimiento de los servicios considerados esenciales; la Autoridad gubernativa competente para determinar la esencialidad de un servicio y fijar las prestaciones mínimas; la necesaria motivación del Decreto que declara la esencialidad de un servicio y determina las prestaciones laborales mínimas; la competencia jurisdiccional para conocer frente a las reclamaciones en materia de fijación de servicios mínimos; las consecuencias jurídicas ante la negativa del trabajador a la hora de prestar servicios mínimos; o, en fin, el escaso margen atribuido a la solución alternativa de conflictos. Se trata, por tanto, de una materia que se sitúa a mitad camino entre el Derecho el Trabajo y el Derecho Administrativo, pues ambas disciplinas se impregnan mutuamente con su normativa y sus principios.

HERNÁEZ SALGUERO, Elena: «Reflexiones sobre la evaluación de la normativa de compra pública. ¿Una realidad factible o un desiderátum inalcanzable?», *Revista Galega de Administración Pública*, Núm. 59 (enero-junio 2020), pp. 383-398.

La autora plantea la aplicación a la normativa sobre contratación pública de la técnica de evaluación normativa. Para la autora, la LCSP contiene la regulación pertinente para un primer estadio en la evaluación de su impacto, la evaluación normativa; sin embargo, en algunas de las primeras experiencias aplicativas de esta normativa subyacen las dificultades materiales para su implementación. Por su parte, no hay previsiones de evaluación estratégica de la aplicación de la norma, que en parte han asumido operadores ajenos al sector público, cuyas conclusiones, sin embargo, contribuyen al análisis de su eficiencia, siendo un valor añadido que se establezcan mecanismos de cooperación para aprovechar las sinergias entre sector público y privado.

CASARES MARCOS, Anabelén: «El contrato menor como cuestión mayor en la contratación del sector público?», *Revista Galega de Administración Pública*, Núm. 59 (enero-junio 2020), pp. 267-311.

Como señala la autora, la ordenación original de la LCSP 2017 de los contratos menores, trató de dar respuesta al uso abusivo durante años de la figura del contrato menor mediante un planteamiento restrictivo y exigente, con el que se pretendió relegar esta práctica (más que figura) contractual a un procedimiento casi excepcional, para atender necesidades esporádicas y urgentes. Sin embargo, la

confusión suscitada por la inadecuada redacción de la Ley en este punto (que motivó la aprobación de la primera Instrucción de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación) propició la resistencia de administraciones y entidades públicas a abandonar la práctica ordinaria y generalizada de la contratación menor, tendencia acogida primero de forma especial por el Real decreto-ley 3/2019, de 8 de febrero, de medidas urgentes en el ámbito de la ciencia, la tecnología, la innovación y la universidad, y después, de modo general, por el Real decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero.

Con todo, la autora no se inscribe en las filas de los enemigos acérrimos de la contratación menor (salvo en lo que se refiere a la opacidad en la que han quedado relegados los contratos menores cuyo valor estimado fuera inferior a 5.000 euros, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar). De hecho, la autora subraya las ventajas del contrato menor, como abrir la contratación pública a todos aquellos pequeños proveedores, como autónomos y micropymes locales (que no están preparados para afrontar los retos que plantea y exige la nueva tramitación electrónica impuesta por la LCSP), así como sirve al adecuado funcionamiento de la Administración y a la satisfacción de intereses públicos que exige una respuesta inmediata en el quehacer diario de la Administración. La respuesta se sitúa, como señala la autora, en una adecuada planificación de las necesidades, pues sólo así se podrán reducir al mínimo de forma racional y eficiente el número de contratos menores que celebren.

VILLANUEVA TURNES, Alejandro: «Las claves del Tribunal Administrativo de Contratación Pública gallego», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 55, 2020, pp. 416-456.

En este trabajo se analiza el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Galicia, creado a partir de la Ley 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración (Disposición Final Segunda), si bien no entró en funcionamiento hasta abril de 2018. En el caso gallego, este órgano administrativo está constituido por tres personas, con experiencia profesional acreditada, elegidas mediante una convocatoria pública, y con un mandato de 6 años. El autor considera acertada la opción organizativa elegida por el legislador, si bien en varios aspectos se sigue la estela marcada por el Tribunal Central, se ha conseguido una correcta configuración del órgano autonómico propio que permite que, a pesar de que el recurso especial tenga un carácter potestativo, se le considere como una opción real a tener en cuenta por los legitimados para interponerlo.

§ Modalidades administrativas de Intervención (Policía, Fomento, Servicio público, Actividad Sancionadora, Arbitral y Planificadora).

GRACIA MARTÍN, Luis: «Consideraciones críticas sobre las erróneamente supuestas capacidades de infracción y sanción de la persona jurídica en Derecho sancionador administrativo», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 55, 2020, pp. 12-118.

El penalista Gracia Martín (estudioso de la responsabilidad penal de los administradores, directivos y representantes de las empresas), en la línea de múltiples trabajos anteriores, formula en este artículo una severa crítica de la doctrina que pretende fundamentar la responsabilidad sancionadora de la persona jurídica, y ello no sólo en Derecho penal sino también en el Derecho administrativo sancionador. Para el autor, la doctrina que defiende la responsabilidad penal y sancionadora de la persona jurídica, amén de incurrir en múltiples e innumerables errores metodológicos, al intentar construir un concepto «modulado» de culpabilidad de la persona jurídica, vendría, más bien, a deformar la noción misma de culpabilidad. Según el autor, la modulación de la culpabilidad para la persona jurídica consistiría en la imputación a ella del dolo o la imprudencia del autor del hecho.

Partiendo de la premisa según la cual el sustrato real meramente sociológico de la persona jurídica —la organización— carece absolutamente de todo equipamiento biopsíquico, es decir, de conciencia y voluntad, el autor defiende que nada de lo que pueda fundamentar una responsabilidad de la persona jurídica puede tener ni la más mínima sustancia de la culpabilidad. En definitiva, según el autor, se vendría a hacer pasar como culpabilidad propia de la persona jurídica a la imputación a ella del dolo o la culpa del autor material de la acción. Es decir, se trataría de una responsabilidad objetiva por hecho ajeno. Y para nuestro autor esta imputación solo puede fundamentar una responsabilidad civil o policial, pero nunca una sancionadora.

(6) § Sectores Administrativos de Intervención. Derecho Administrativo económico (Aguas, Montes, Minas, Costas, Agricultura y pesca, Urbanismo y Ordenación del territorio, Medio ambiente, Energía, Telecomunicaciones, Patrimonio cultural, etc.).

GALLEGO CORCOLES, Isabel - GARRIDO CUENCA, Nuria - GONZÁLEZ VICENTE, Eva - DELGADO PIQUERAS, Francisco: «Caudales ecológicos y otros conflictos ambientales en la reciente jurisprudencia derivada de la planificación hidrológica en España», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 117. Mayo-Agosto 2020. Págs. 341-386.

Este trabajo analiza la abundante jurisprudencia derivada de los planes hidrológicos aprobados por el Gobierno de España (mediante cuatro Reales Decretos) para el período 2016-2021 (en un Anexo se relacionan las múltiples sentencias del Tribunal Supremo manejadas). Como exponen los autores, la mayoría de las demandas han sido desestimadas, excepto en tres casos: la falta de objetivos ambientales y caudales ecológicos para el río Tajo; el dragado del río Guadalquivir y los planes de las cuencas andaluzas. El trabajo ordena argumentos de muy diferente naturaleza, como la potestad del Gobierno en funciones, la omisión de trámites e informes (como sucedió en relación con el informe del Consejo Andaluz de Gobiernos Locales), la discrecionalidad técnica de la que gozan los Organismos de cuenca, y a la que las sentencias conceden una abierta deferencia frente al valor de la prueba pericial, deferencia aún mayor cuando se entra en las decisiones de carácter político que corresponden al Gobierno, lo cual en ocasiones (como ha sucedido respecto a la falta de caudal ecológico del río Tajo) supone una seria limitación a la tutela judicial.

PERNAS GARCÍA, J. José: «Intervención administrativa ambiental y contratación pública. A propósito de la evaluación de impacto ambiental de proyectos públicos», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 55, 2020, pp. 151-219.

El prof. Pernas García, gran conocedor de la contratación pública estratégica (debe reseñarse su pionera monografía, *Contratación pública verde*, La ley, Madrid, 2012) ofrece en este extenso trabajo un original planteamiento acerca de las interacciones entre los procedimientos de evaluación de impacto ambiental de proyectos públicos y el régimen de los contratos públicos, identificando tanto posibles interacciones negativas entre ambas técnicas, como los efectos positivos que se pueden derivar de su aplicación coordinada, para lo cual no duda en formular propuestas para el impulso de sinergias que mejoren la eficiencia de ambas regulaciones. En tal sentido, en el trabajo se tratan cuestiones tales como la relevancia contractual de la calidad de la DIA y el contrato como instrumento complementario a la evaluación de impacto ambiental: el papel de la contratación pública como mecanismo de refuerzo de las medidas de prevención del impacto ambiental mediante la definición de prescripciones técnicas en la fase de preparación del contrato; la solvencia técnica y la calidad de los estudios de impacto ambiental; los criterios de valoración de las ofertas como una forma de reforzamiento del contenido de la declaración de impacto ambiental, o el contrato como un mecanismo de apoyo para garantizar el cumplimiento de la DIA y el informe de impacto ambiental (en particular, la determinación de condiciones de ejecución para garantizar el cumplimiento de las normas ambientales, de las autorizaciones y evaluaciones ambientales y, en su caso, de las cláusulas ambientales complementarias a la DIA en la fase de ejecución del contrato o concesión).

Como subraya el autor, este planteamiento permite adquirir conciencia de que el cumplimiento de los principios y objetivos del derecho ambiental, está condicionado por las disfunciones de otros sistemas jurídicos, como en este caso la contratación pública. Así, determinados incumplimientos ambientales en la ejecución y explotación de proyectos públicos pueden tener su causa en la inadecuada preparación o ejecución de los contratos públicos que permiten su realización y gestión.

CUBERO MARCOS, José Ignacio: «La participación del público en la elaboración de planes con incidencia ambiental: algunas cuestiones irresueltas», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 117. Mayo-Agosto 2020. Págs. 75-106.

Como señala el autor, a pesar del tiempo transcurrido desde que España ratificara el Convenio de Aarhus de 1998 y entrase en vigor la Directiva 2003/35, la legislación interna española (fundamentalmente, la Ley 27/2006) todavía presenta carencias para el logro de una participación efectiva en los procedimientos dirigidos a la aprobación de planes y programas que requieran evaluación ambiental estratégica. Este trabajo expone algunas contradicciones y vacíos jurídicos que se desprenden de la legislación. Por un lado, las autoridades internas han ignorado la importancia de ofrecer información previa al público; por otro, todavía perviven dudas en torno al modo en que se articulan los requisitos de participación en materia medioambiental con la legislación sectorial o general, que también prevé garantías y reconoce derechos de participación distintos y, a veces, más avanzados (el criterio de la especialidad). Asimismo, el trabajo aporta algunas soluciones, inspirándose en una interpretación finalista del Convenio de Aarhus y en el desarrollo jurisprudencial ofrecido por el TJUE, como en relación al problema de la determinación de los sujetos con derecho a participación, y cómo interpretar las exigencias estrictas de la Ley 27/2006.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando: «Teoría de las vinculaciones singulares urbanísticas», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 55, 2020, pp. 220-258.

Este artículo del prof. López Ramón forma parte de su reciente monografía *Las vinculaciones singulares urbanísticas* (Atelier, 2020). En esencia, el autor cuestiona los planteamientos jurídicos dominantes, sobre todo judiciales, sobre las vinculaciones singulares urbanísticas reguladas en la legislación del suelo, y que vienen a reducir toda la variedad de construcciones y de usos de los entramados urbanos a solares aptos para el aprovechamiento edificatorio, imponiendo aprovechamientos edificatorios iguales entre parcelas vecinas. Para el autor, la consecuencia de este planteamiento consiste en la generación de importantes indemnizaciones a cargo de las haciendas públicas para compensar a los propietarios afectados por las medidas de protección del patrimonio arquitectónico y de la diversidad urbana.

Frente a ello, el prof. López Ramón ofrece una teoría alternativa que permita desarrollar políticas urbanas de conservación del patrimonio arquitectónico y de

mantenimiento de la diversidad urbana, y ello sin generar elementos especulativos, derivados de las elevadas indemnizaciones que la jurisprudencia reconoce. En tal sentido, el autor rechaza la aplicabilidad en el suelo urbano consolidado de un supuesto principio de equidistribución universal, y propugna recuperar las exigencias que comporta la función social del derecho de propiedad en el urbanismo y conectar las vinculaciones singulares con el contenido esencial del derecho de propiedad constitucionalmente garantizado. Esta nueva teoría conduciría, según nuestro autor, a descartar el criterio espacial dominante en la identificación de las vinculaciones singulares urbanísticas, en favor de criterios temporales, de género de bienes y de utilidad económica, matizados en función de si las limitaciones afectan a la conservación de los inmuebles o a los usos que cabe realizar en los mismos.

GONZÁLEZ RÍOS, Isabel: «Las “Comunidades energéticas locales”: un nuevo desafío para las entidades locales», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 117. Mayo-Agosto 2020. Págs. 147-193.

En el marco de una consolidada línea de investigación de la autora dedicada a las energías renovables, la profa. González Ríos analiza en este artículo los novedosos conceptos de «comunidades de energías renovables» (CER) y de «comunidades ciudadanas de energía» (CCE) que se recogen, respectivamente, en la Directiva 2018/2001 sobre fomento del uso de la energía procedente de fuentes renovables, y en la Directiva 2019/944 sobre normas comunes del mercado interior de la electricidad. Se trata de unas entidades que carecen aún de un marco normativo a nivel interno, pero que España debe aprobar en un futuro inmediato. Al margen de la circunstancia de que las CER están necesariamente vinculadas a un proyecto de energías renovables, mientras que las CCE pueden tener un objeto más amplio, la autora considera que no existen grandes diferencias entre ambas figuras.

Aunque la normativa comunitaria no exija o imponga la participación del municipio, que se prevé como mera posibilidad, la autora defiende que el impulso y dirección en la creación y funcionamiento de este tipo de entidades debe corresponder al municipio, pues se trata de entidades jurídicas que deben caracterizarse por no guiar su actividad por la rentabilidad económica, tienen que estar abiertas a la participación ciudadana. Desde este presupuesto, la autora analiza las diversas opciones que nuestro ordenamiento ofrece para la colaboración público-privada (consorcios, empresas públicas de economía mixta, cooperativas...), para decantarse por la posible configuración de estas entidades como corporaciones de derecho público, lo que requerirá su reconocimiento legal y la determinación de las funciones públicas y privadas que se le reconozcan, para lo cual la autora formula un conjunto de proposiciones de lege ferenda.

(7) § Varia.

MORENO GARCÍA, Javier: «El Derecho ante las emergencias ordinarias El confuso marco jurídico actual y una propuesta para su ordenación», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 117. Mayo-Agosto 2020. Págs. 195-245.

El autor propone, desde una perspectiva jurídica, diferenciar dos tipos de emergencias o demandas de ayuda. Por un lado, se encuentran las emergencias muy graves, que ponen en peligro a la colectividad, en cuyo caso considera que está constitucionalmente justificado atribuir poderes exorbitantes a los servicios actuantes, restringir los derechos de los ciudadanos, imponerles obligaciones extraordinarias e incluso alterar el orden competencial, todo ello temporalmente para la mejor resolución del evento. Por el otro, se encuentran las emergencias ordinarias, las que cotidianamente afectan a una o pocas personas, y para cuya resolución lo que se precisan son normas dirigidas a garantizar la recepción y respuesta adecuada al auxilio y a la coordinación de los distintos servicios actuantes cuando así sea preciso.

Sin embargo, el autor considera que el tradicional Derecho de protección civil, dirigido a las emergencias muy graves y catastróficas, está asumiendo la regulación y gestión de emergencias ordinarias, con el apoyo de la doctrina del Tribunal Constitucional, tanto en relación con la materia protección civil, como con las normativas sectoriales que regulan las emergencias. Frente a esta tendencia, el autor propone que el derecho de protección civil siga exclusivamente dirigido a las emergencias más graves, dada la extraordinaria respuesta jurídica que requieren, pero que, además, se construya una disciplina dedicada a garantizar y coordinar la respuesta de todas las administraciones públicas ante las emergencias ordinarias, claramente diferenciada de la directa prestación del servicio de auxilio que, en sus distintas faceta, compete a las administraciones sectoriales: sanitaria, bomberos, policías o salvamento y rescate en los ámbitos de tierra, mar y aire. Ambas, emergencias extraordinarias y ordinarias, se agruparían en una disciplina más amplia denominada por el derecho comparado más avanzado como derecho de gestión de emergencias.

RECENSIONES



CASTILLO BLANCO, F. (Dir.), Defensa del patrimonio público y represión de conductas irregulares, Iustel, Madrid, 2020, 776 págs.

Obra realizada en el marco del proyecto I+D DER2016-79920-R: «La lucha por la ética y contra la corrupción: empleo y contratación del sector público, urbanismo y actividad de fomento de los poderes locales», Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España y por la Unión Europea.

El Prof. Dr. D. Federico A. CASTILLO BLANCO dirige y coordina en esta oportuna obra monográfica un conjunto de trabajos, realizados por reconocidos expertos en la materia, dedicados al análisis de la defensa del patrimonio público y la detección y sanción de las conductas irregulares, no íntegras y potencialmente lesivas para el mismo. Su relevancia radica en el evidente conflicto jurídico que presentan retos tan actuales como la corrupción, el fraude o el abuso de poder.

La defensa del patrimonio público queda estipulada como una obligación legal que encomienda a las Administraciones públicas a proteger adecuadamente los bienes y derechos que integran su patrimonio [Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), artículo 28]. Para asegurar la integridad de los bienes de dominio público, el legislador ha establecido un conjunto de instrumentos jurídicos que, en su mayoría, consisten en potestades administrativas.

Al respecto, el ejercicio de la fuerza defensora de los bienes de dominio público no está a merced de un criterio de discrecionalidad por parte de la Corporación titular del mismo, pues si hay algo que esté sometido a principios de derecho imperativo y necesario, ese algo, de forma muy destacada, es el relacionado con el status de esta clase de bienes. Esto supone que la obligación de proteger el patrimonio público debe ser esgrimida frente a cualquier amenaza, incluidas aquellas que surgen desde las propias Administraciones públicas o sus cargos.

Como indica José INGENIEROS en su obra «El hombre mediocre» (1913): «nadie piensa, donde todos lucran; nadie sueña, donde todos tragan». La corrupción nace en los albores de la civilización, y hoy día sigue siendo un importante desafío jurídico, un fenómeno que cuesta a la economía europea alrededor de 120.000 millones de euros al año. Por ello, con carácter general, la corrupción suele destacar como una de las principales preocupaciones de los ciudadanos europeos: los resultados de la encuesta del Eurobarómetro muestran que tres cuartas partes (76%) de los europeos piensan que la corrupción está generalizada¹. Esto demuestra que el denominado «buen gobierno» ha ganado un importante reconocimiento entre la sociedad civil.

¹ https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report_en

La corrupción adopta muchas formas, tales como el soborno, el tráfico de influencias, el abuso de funciones, pero también puede esconderse detrás del nepotismo, conflictos de intereses o puertas giratorias entre el sector público y el privado. Por ello, el rendimiento de cuentas debe ser considerado como requisito indispensable y consustancial a la propia democracia. En el ámbito político, los conflictos en torno a la indefensión del patrimonio público han derivado en el incremento de la inestabilidad institucional y el persistente desgaste de las relaciones tanto entre individuos como entre instituciones y Estados. La consecuencia directa es la pérdida de legitimidad política.

El trabajo recensionado, a través del estudio del marco normativo regulador aplicable, se basa en un modelo de relaciones donde la transparencia, el acceso a la información pública y el buen gobierno deben ser los pilares fundamentales de toda acción política. Únicamente a través del control de los responsables públicos, mediante mecanismos que permitan conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones², se podrá establecer un sistema mediante el cual los poderes públicos comiencen a responder ante una sociedad cada vez más exigente y crítica.

En lo referente a la estructura, el trabajo se divide en tres bloques, precedidos de un prólogo inicial realizado por el Prof. Dr. D. Manuel VILLORIA MENDIETA, destacado experto en la materia que ocupa el objeto de la presente obra. Los capítulos que engloban este trabajo destacan por su enfoque inusitado y genuino (tratando cuestiones como la participación ciudadana en la defensa del patrimonio público); y su carácter novedoso (como el empleo de medios electrónicos e inteligencia artificial como herramientas de lucha frente a la corrupción).

El primer bloque, denominado «ASPECTOS GENERALES», profundiza en el conflicto existente entre la represión penal y la represión administrativa de la corrupción. Al respecto, el Prof. Dr. D. Manuel REBOLLO PUIG, en su colaboración denominada «Derecho Administrativo sancionador y Derecho Penal: conciliación y conflicto», delimita y establece el campo de acción y los elementos de conciliación entre el Derecho Administrativo sancionador y del Derecho Penal en la defensa del patrimonio público. En palabras del propio autor, «lo correcto y lo más adecuado a nuestra Constitución es [...], partiendo de que se haya decidido que un tipo de acciones merecen castigo, considera que la opción normal es atribuir a los jueces la competencia para imponerlos; y que es la solución contraria, la de atribuírsela a autoridades administrativas, la que más bien necesita justificación»³. En esta misma

² En este sentido se expresa el legislador en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, Exposición de motivos.

³ REBOLLO PUIG, M., “Derecho Administrativo sancionador y Derecho Penal: conciliación y conflicto”, en F. A. CASTILLO BLANCO (dir.), *Defensa del patrimonio público y represión de conductas irregulares*, Iustel, Madrid, 2020, p. 54.

línea, la Profa. Dra. Dña. Marta FERNÁNDEZ CABRERA, bajo el capítulo titulado «Cuestiones pendientes del Derecho Penal en la lucha contra la corrupción», realiza un profundo estudio sobre los mecanismos y la capacidad de respuesta del Derecho Penal frente a los comportamientos corruptos.

Como complemento final al estudio sobre la relación y conflictos entre el Derecho Administrativo sancionador y el Derecho Penal, el Prof. Dr. D. Pedro COSTA GONÇALVES, en su capítulo titulado «Direito Administrativo e criminalidade administrativa», aporta un marco comparativo y una perspectiva jurídica a partir de aspectos doctrinales y jurisprudenciales que derivan de la experiencia portuguesa.

Seguidamente, el propio Prof. Dr. D. Federico A. CASTILLO BLANCO, en su colaboración titulada «La participación ciudadana en la defensa de la integridad y el patrimonio público», mediante un enfoque novedoso, argumenta cómo la participación ciudadana puede constituirse como un extraordinario mecanismo de presión y control del buen gobierno. En palabras del autor, «la ciudadanía reclama la necesidad de poder exigir a los poderes públicos y a las instituciones, y básicamente a las personas que desempeñan los distintos cargos públicos, unos determinados comportamientos y formas de hacer; se reclama, sin duda, mayor transparencia en la actuación de los servidores públicos y facilitar y hacer efectivo el derecho de acceso a la información; pero, en segundo lugar y no en orden de importancia más bien al contrario, se reclama también una buena praxis administrativa —un buen gobierno y una buena administración— que no siempre ha presidido el actuar de la dirigencia política. Y, por ello y para que sea efectiva, la existencia de cauces para exigir que esto sea así en el convencimiento de que lo público es de todos y que la exigencia de su buen uso también corresponde a todos no es un tema baladí»⁴.

El capítulo desarrollado por el Prof. Dr. D. Agustí CERRILLO IMARTÍNEZ, titulado «Medios electrónicos e inteligencia artificial en la lucha contra la corrupción», destaca por su carácter insólito, por el empleo de tecnologías tan novedosas como la inteligencia artificial para la lucha contra los comportamientos corruptos. Sin duda, como indica el autor, «la apertura y la digitalización de la Administración pública pueden contribuir a la prevención y la lucha contra la corrupción»⁵. A lo largo de la colaboración se identifica cómo nuestro ordenamiento jurídico ya prevé numerosos mecanismos en esta dirección, así como las posibilidades que entraña este desarrollo tecnológico.

⁴ CASTILLO BLANCO, F. A., “La participación ciudadana en la defensa de la integridad y el patrimonio público”, en F. A. CASTILLO BLANCO (dir.), *Defensa del patrimonio público y represión de conductas irregulares*, Iustel, Madrid, 2020, p. 155.

⁵ CERRILLO IMARTÍNEZ, A., “Medios electrónicos e inteligencia artificial en la lucha contra la corrupción”, en F. A. CASTILLO BLANCO (dir.), *Defensa del patrimonio público y represión de conductas irregulares*, Iustel, Madrid, 2020, p. 181.

El Prof. Dr. D. Francisco Javier SANZ LARRUGA presenta la colaboración titulada «Corrupción y sistema democrático: libertades informativas y lucha contra la desinformación», donde realiza un análisis original desde la perspectiva jurídica de fenómenos socio-comunicativos emergentes, reflejados en términos y expresiones como «posverdad», «fake», manipulación informativa, bulos, etc. Hoy más que nunca, el espacio de participación que genera Internet, presenta el desafío jurídico mundial de hacer frente a la desinformación intencionada o a las denominadas «fake news».

El capítulo realizado por D. Jesús GARCÍA NAVARRO, titulado «La jurisdicción contable», expone un profundo análisis de la rendición de cuentas como pilar fundamental de la gestión pública y del importante papel del Tribunal de Cuentas como garante de fiscalizar las mismas.

Finalmente, la última participación integrada dentro del primer bloque es la elaborada por el Dr. D. Mirko A. MALDONADO-MELÉNDEZ, titulada «Los Sistemas Nacionales de Control (en defensa del patrimonio público) y los tribunales de responsabilidad administrativa en Latinoamérica: hacia una visión global del sistema represivo funcional de conductas irregulares». En este trabajo, el autor presenta un exhaustivo análisis de los organismos de control en Latinoamérica.

El segundo bloque que conforma la obra recensionada, titulado «ASPECTOS SECTORIALES: CONTRATACIÓN, URBANISMO, EMPLEO PÚBLICO Y FOMENTO», integra una serie de colaboraciones con un enfoque más específico sobre la materia tratada. En la parte sectorial se analizan las debilidades del sistema y se propugnan medidas para minimizar los riesgos detectados, fijando el objeto de estudio en materias tan conflictivas como la contratación pública, el sistema de subvenciones, el empleo público, los conflictos de interés y el urbanismo.

Este segundo bloque da comienzo con la colaboración del Prof. Dr. D. Antonio JIMÉNEZ BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, titulada «Las zonas grises entre lo público y lo privado: el (mal) ejemplo de los partidos políticos y las cajas de ahorros», donde el autor se centra en «los ‘recovecos’ del Derecho», entendidos como «aquellas figuras que se diseñan precisamente para escapar de él y, en general, de los rigores del mundo institucional» como es el caso de las Cajas de ahorro. A continuación, la participación desarrollada por el Prof. Dr. D. Joan MAURI MAJÓS, titulada «La irregularidad en el empleo público no permanente y sus medidas de corrección», fija su estudio en la precariedad del empleo público y las políticas de reclutamiento que se han instaurado a lo largo de la última crisis económica.

La contratación pública engloba gran parte de este bloque a partir de tres enfoques de estudio diferenciados: los mecanismos de control y supervisión; las prohibiciones para contratar; y el ilícito administrativo y penal en materia de contratación pública. De una parte, la Profª. Dra. Dña. Francisca VILLALBA PÉREZ, en su

colaboración titulada «Control, revisión y supervisión de las actuaciones y decisiones contractuales del sector público», realiza un profundo análisis sobre esta materia y su vinculación con el buen gobierno (la buena administración) y la integridad de la Administración pública a partir de los distintos mecanismos de fiscalización y vigilancia.

Por otro lado, el Prof. Dr. D. Alberto PALOMAR OLMEDA, en su colaboración titulada «Las prohibiciones de contratar en el ámbito de la contratación pública», aborda las prohibiciones para contratar o, para ser más exactos, no estar incurso en una prohibición de contratar en el marco de los contratos públicos. Como conclusión, «en esta actividad, su establecimiento, se aprecia paulatinamente un deseo del legislador de situar la contratación administrativa en un ámbito especial de ejemplaridad que se traduce, en síntesis, en no haber tenido problemas en otras relaciones jurídicas mantenidas con las Administraciones Públicas o en otras relaciones jurídicas que se consideran como especialmente significativas de una conducta que no permite desarrollar la función de contratista público».

En tercer lugar, en la participación realizada por D. Antonio Luis FERNÁNDEZ MALLOL, (titulada «El ilícito administrativo y el ilícito penal en la contratación pública. Medidas para garantizar la reparación del bien jurídico protegido y el interés general»), se formulan complejas propuestas para reformar normas sustantivas y procedimentales que aseguren la reparación del bien jurídico protegido y la consecución del interés general. Esto debido a que «el actual sistema de fiscalización y tutela genera enormes distorsiones que no conectan bien con el fin pretendido. No se garantiza mejor la reparación del bien jurídico protegido [...]», además el perjuicio «se agrava si se atiende al tiempo medio de respuesta de los órganos jurisdiccionales en este tipo de delitos»⁶.

Finalmente, en materia de contratación pública, el Prof. Dr. D. Alfredo FIORITTO, presenta su colaboración titulada «Contratti pubblici e prevenzione della zorruzione», donde expone un marco comparativo en atención al contexto italiano.

Dentro de este segundo bloque, la obra dedica un importante espacio a la corrupción urbanística, que destaca como materia clave dentro del objeto de estudio de la obra recensionada. Sin duda, la corrupción ha supuesto un grave problema para el urbanismo español contemporáneo, especialmente en el periodo situado entre los años 1997-2007, que abarcó el denominado boom inmobiliario. En este sentido, las memorias anuales de la Fiscalía señalan el urbanismo como el sector de la actividad

⁶ FERNÁNDEZ MALLOL, A. L., “El ilícito administrativo y el ilícito penal en la contratación pública. Medidas para garantizar la reparación del bien jurídico protegido y el interés general”, en F. A., CASTILLO BLANCO, (dir.), *Defensa del patrimonio público y represión de conductas irregulares*, Iustel, Madrid, 2020, p. 480.

administrativa más afectado por la corrupción, especialmente, con anterioridad a la crisis económica⁷.

La materia urbanística es tratada por el Prof. Dr. D. Venancio GUTIÉRREZ COLOMINA, en su colaboración titulada «Función pública y corrupción urbanística: en especial la cuestión de los funcionarios con habilitación de carácter nacional», donde el autor se centra en la actividad urbanística que, concebida como una función pública, destaca como un área donde conseguir unos beneficios ilegítimos sin que necesariamente tengan un carácter delictivo. Por su parte, el Prof. Dr. D. Joan AMENÓS ÁLAMO, en su colaboración (titulada «Descubrimiento e investigación de actuaciones administrativas ilícitas en supuestos de corrupción urbanística. El caso ‘Operación Pretoria’ como paradigma») desarrolla un análisis a través de casos específicos. En su estudio destaca al instrumento penal como medio preferente para atajar la corrupción, lo que sitúa al Derecho Administrativo como un instrumento de acción marginal.

La última materia tratada en el segundo bloque es la relativa a las subvenciones públicas. Al respecto, la Profa. Dra. Dña. María José FERNÁNDEZ-PAVÉS, en su capítulo titulado «Control y reintegro de subvenciones públicas», centra su objeto de estudio en esta materia que, inevitablemente, debe someterse a la observancia de los principios generales de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación, eficiencia y eficacia, en la medida que supone disponer de fondos públicos. Por ello, el buen funcionamiento y respectivo control sobre los mismos son esenciales en el marco de la lucha contra la corrupción.

En esta misma línea, la Profa. Dra. Dña. Suzana TAVARES DA SILVA, en su colaboración titulada «Protección de intereses financieros públicos y protección de la confianza legítima de los beneficiarios de subvenciones», plantea dos cuestiones de gran relevancia jurídica: en primer lugar, conviene analizar si la prevención de ilícitos administrativo-financiero es una nueva tarea en el ámbito de la actividad administrativa o si simplemente ha cobrado autonomía; en segundo lugar, conocer si existen derechos individuales o difusos a la integridad financiera pública.

En última instancia, la obra presente un tercer bloque denominado «RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS CARGOS PÚBLICOS», donde se analizan importantes cuestiones como el régimen sancionador de las altas cargos de la Administración bajo la autoría del Prof. Dr. D. José María PÉREZ MONGUIÓ (en su colaboración titulada «Conflictos de interés y régimen sancionador de los altos cargos en la Administración General del Estado»); el régimen de responsabilidad de los cargos públicos, analizado por la autora Dña. Susana E. CASTILLO RAMOS-BOSSINI (en su colaboración titulada «Actuaciones irregulares y exigencia

⁷ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Memoria 2013, Ministerio de Justicia, 2013, p. 655.

de responsabilidad a los cargos públicos»); un profundo estudio de las infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria que conforman el denominado «Buen gobierno», realizado por D. Juan José LAVILA RUBIRA (en su colaboración titulada «Infracciones y sanciones en materia económica-financiera de los cargos públicos»); y finalmente, un análisis sobre el principio de transparencia de la actividad pública realizado por el Prof. Dr. D. Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, en su colaboración titulada «La garantía sancionadora en materia de transparencia pública».

En síntesis, la obra es el producto de una investigación que combina elementos doctrinales, legislativos y jurisprudenciales que ofrecen un estudio de gran trascendencia para el conocimiento del régimen jurídico del patrimonio público en general, y a través de relevantes temas como la corrupción y su extensión a ámbitos como urbanismo, contratación público o subvenciones, enriqueciéndose de las aportaciones de autores con una larga trayectoria en este campo de investigación. Del mismo modo, presenta una sólida fundamentación, especialmente en el terreno doctrinal y normativo. Todas las materias tratadas están conectadas y bien hilvanadas y la exposición es fiel a la búsqueda de ofrecer una panorámica de conjunto.

La obra supone un esfuerzo colectivo centrado en el profundo análisis de una materia que durante los últimos años ha estado en constante crecimiento y en el foco de lo social y lo jurídico, y que, en cuanto al marco normativo regulador, se caracteriza por ser amplio y considerablemente complejo.

En definitiva, nos encontramos ante una obra que más allá de su peso científico-jurídico, presenta propuestas con un valor crítico de enorme relevancia, e invita a una lectura reflexiva y profunda. Asimismo, supone una aportación científica imprescindible que ocupa un lugar de referencia y obligado estudio.

Juan Alejandro Martínez Navarro

Doctor en Derecho

DE LA TORRE MARTÍNEZ, L., Derecho e incertidumbre: disputas metodológicas de ayer y hoy, Prólogo de José ESTEVE PARDO, Iustel, 2020, 174 páginas.

La lectura de esta monografía es enriquecedora y muy recomendable, por cuanto aborda cuestiones esenciales para los juristas de toda índole que no deberían ser omitidas en la actualidad, pese a la crisis que desborda nuestras ideas preconcebidas, agudizada por las consecuencias económicas, sociales y políticas derivadas de la pandemia del COVID-19. Por ello felicitamos a la autora, Profesora Titular de Derecho Administrativo, que por iniciativa del Prof. Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz, se ha sumergido con acierto en los planteamientos de fondo debatidos por los maestros de Derecho público europeos (principalmente, Kelsen y Schmitt) a partir de la segunda década del siglo XX. Con ello brinda una ocasión para reflexionar sobre las insuficiencias del Derecho vigente y el divorcio entre el Derecho público y la realidad que supera no sólo la ficción sino -mucho antes- la legislación, y desvela en definitiva la pasividad del poder legislativo y también del ejecutivo en la tarea de responder con medidas adecuadas a los retos actuales.

Así lo refleja el brillante prólogo de Esteve Pardo que recuerda el gran debate sobre posiciones, conceptos y método en el Derecho que surgió en la Europa de entreguerras (“una mutación conceptual de gran calado”); así como la creación por Hans Triepel de la Asociación de Profesores de Derecho Público y su funcionamiento con vicisitudes, cuyo centenario se celebra en 2022 en Bremen. De otra parte, el autor del Prólogo considera que la crisis sanitaria provocada por el COVID-19 nos ha colocado en una situación excepcional, un “estado” de excepción. Para ello, trae a colación algunas de las ideas brillantes de Carl Schmitt (expresadas en 1922 en su obra “Teología política”): soberano es el que decide en el estado de excepción, la excepción es más interesante que el caso normal, de forma que la situación excepcional ha dejado entrever más de una contradicción que estaba latente en la normalidad, finalmente subraya el papel marginal del legislativo y la relevancia del poder ejecutivo.

Esteve Pardo denuncia -con acierto y es opinión mayoritaria en la doctrina- la insuficiencia de la Ley Orgánica de 1981 sobre los estados de alarma, excepción y sitio y la necesidad de una ley específica. Aquí se puede ponderar la legislación de excepción aprobada en Alemania que ha consistido en una reforma aprobada en junio de 2020 de la Ley de protección contra las infecciones (*IfSG, Infektionsschutzgesetz*) de 20 julio de 2001, que otorga nuevas potestades al Ministerio federal de la salud pública frente a los *Länder*.

En este ámbito no cabe olvidar la historia relevante y el uso final de la cláusula de las “medidas excepcionales” que correspondía adoptar al Presidente del *Reich* en

virtud del art. 48.2 de la Constitución de Weimar, cuya interpretación por Schmitt permitía justificar un desarrollo desenfrenado de los poderes de emergencia y allanar el camino a la dictadura. De todo ello se ocupa la autora en el libro con acierto y detalle (p. 64 a 66). Además, descubre una nueva lección actual para nuestros días. De toda esta historia se desprende la trascendencia de exigir a la actuación de los poderes públicos la salvaguarda de los derechos fundamentales que no pueden ser regulados salvo por mandato de reserva de ley (libertad de circulación, reunión, expresión).

También resulta preciso subrayar la idea de que el derecho de excepción ha de ser aplicado sin merma de los derechos fundamentales, pues no es compatible con cualquier medida justificando la salud pública como una nueva “razón de Estado”. Por este motivo tiene sentido la reforma del art. 10.8 LJCA para permitir la ratificación por los TSJ de las CCAA de las medidas sanitarias que impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente, pero esta revisión judicial, si bien no discute la legalidad ordinaria, no puede soslayar las exigencias del principio de reserva de ley en el examen de la normativa reglamentaria sobre las medidas impugnadas (vid. el interesante voto particular discrepante en Auto del TSJ Andalucía de 2 octubre de 2020, recurso 838/2020 y otras Sentencias de TSJ).

Volviendo a la monografía, ésta se ordena en cuatro capítulos ante la constatación de que “el sistema de coordenadas del Derecho Administrativo clásico ha cambiado” en palabras de Jiménez-Blanco (p. 33), así como su constante dificultad para ir de la mano con la realidad que trata de ordenar en continua evolución. Se puede, por tanto, establecer un hilo conductor de la problemática en la que el Derecho se ve envuelto en la actualidad, a través de un notable paralelismo con las disputas metodológicas del periodo de entreguerras, la búsqueda de modelos que atiendan a dicha dicotomía (Derecho-realidad) como el realismo jurídico de Alejandro Nieto, que la autora expone con detalle.

La autora sitúa el punto de partida de la monografía (p. 23 a 33) en la descripción de la época en la que vivimos como la era de la incertidumbre marcada por las sucesivas crisis atravesadas, que inevitablemente caracterizan a su vez al Derecho vigente, en el que opera una bipolaridad o, si se prefiere, una fractura entre el Derecho y la realidad, que conviene ponderar también en particular sobre el Derecho Administrativo.

El Capítulo II (“La disputa metodológica de principios de siglo XX. Un pasado muy presente”, p. 35 a 73) se adentra en el estudio del conocido debate metodológico de principios del siglo XX, en los pensamientos de sus juristas más destacados, sobre todo, Kelsen y Schmitt, y en la Constitución alemana de Weimar de 1919, por su cercanía o parentesco con lo acaecido en el siglo XXI, con numerosos cambios técnicos,

sociales y económicos. Se analizan así dos formas contrarias de entender el Derecho: el positivismo y el decisionismo, en el que se abordan las ideas sobre normalidad y derecho de excepción (p. 56 a 62).

El Capítulo III (“Derecho administrativo del siglo XXI: ¿Realidad o ficción?, ¿un Derecho ajustado a la realidad, p. 75 a 141) profundiza en el debate doctrinal de comienzos del siglo XXI sobre la situación en la que se encuentra el Derecho y el Derecho administrativo en España, y su situación de crisis provocada, entre otros muchos factores, por su falta de adecuación a la realidad. El Derecho -y su producto estrella, la ley-, como producto cultural, inevitablemente se ve afectado por muchos otros elementos que influyen en nuestras vidas de carácter novedoso: la europeización, la globalización, la digitalización, mecanización y la inteligencia artificial. La autora señala algunos de los factores que indudablemente han motivado el cambio de rol en el Estado, la huida del Derecho administrativo y sus límites, así como el desarrollo de un Derecho administrativo impulsado por la Unión Europea y el impacto de la globalización.

A continuación, la autora comenta (p. 117 y ss) la denuncia en torno a la crisis del Derecho y de la ley por parte de autores significativos de nuestra doctrina (Nieto) que no ha estado exenta de generar polémicas. Entiende que una fórmula que puede servir de antídoto para salir del atolladero puede ser el realismo jurídico y, en especial, el de Nieto y su concepto clave del arbitrio judicial, que puede servir a los juristas para entender cómo está funcionando el Derecho en la sociedad (p. 124 y ss).

El Capítulo IV “La primacía del Derecho europeo ¿un principio pacífico?” (p. 143 y ss) aborda otra manifestación que evidencia la separación entre el Derecho y realidad considerando el principio de primacía del Derecho europeo sobre los ordenamientos nacionales, comentando la jurisprudencia europea y constitucional en dos supuestos concretos. En primer lugar la autora explica (p. 148 y ss) el debate sobre la imputación del coste del bono social eléctrico sobre la que recae la STC 37/2019 de 26 de marzo. De una parte, el TS no planteó cuestión prejudicial en el recurso interpuesto frente un reglamento y optó por inaplicar el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico, por ser supuestamente contraria a la europea, acudiendo a la doctrina de los “actos aclarados” emanada de la jurisprudencia del TJUE (asunto 283/1981, *Cilfit*). En este caso, la STC 37/2019 realizó una interpretación del sistema de fuentes al estilo kelseniano frente a la doctrina europea del TJUE sobre el «acto aclarado» en la que se apoyó el TS. Con posterioridad esta STC fue reiterada en otras resoluciones semejantes. En segundo lugar, la autora comenta la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, de 5 de mayo de 2020 que evidencia otro desencuentro con el TJUE, toda vez que el Tribunal alemán desautoriza al Tribunal europeo sobre las compras de deuda del Banco Central Europeo,

aunque el Tribunal de Karlsruhe está obligado a aplicar sus sentencias. En definitiva la autora con el comentario a estos dos ejemplos (STC 37/2019 sobre el bono social eléctrico y la Sentencia del Tribunal alemán de 2020) vuelve a descubrir las resistencias de algunos países al principio de primacía del ordenamiento europeo sobre los ordenamientos nacionales o a una concepción distinta de la del Tribunal Europeo.

En definitiva, esta monografía de la Prof. De la Torre Martínez recuerda un debate histórico en la ciencia del Derecho en la década de los veinte entre Kelsen y Schmitt, aporta un conjunto de ideas de fondo para reflexionar sobre el método jurídico y el Derecho, contribuye a disponer de instrumentos para desvelar las insuficiencias y disfunciones del Derecho y la realidad conforme al realismo de Nieto. Por último la autora no esconde que la respuesta a todo ello es difícil y exige un nuevo desarrollo en los planteamientos y en la aplicación del Derecho.

Antonio Martí del Moral
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Jaén

Garrido Juncal, A., “Los servicios sociales en el S. XXI. Nuevas tipologías y nuevas formas de prestación”, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, 313 pp.

Esta interesante y pormenorizada monografía ofrece al lector un riguroso análisis de los servicios sociales desde su nacimiento hasta su situación actual, aportando claridad y precisión jurídica a una cuestión que a día de hoy sigue siendo objeto de controversia doctrinal. El primero de los cuatro capítulos en los que se estructura este trabajo tiene por objeto exponer sintéticamente la evolución histórica y el escenario actual de los servicios sociales, destacándose el papel preeminente que la ideología liberal tuvo en el alumbramiento de este fenómeno. En el contexto actual, considera la autora que el denominado cuarto pilar del Estado del Bienestar es objeto de múltiples transformaciones, lo que genera incertidumbre acerca de cuáles serán los efectos a corto y a largo plazo de las distintas reformas acometidas por el legislador estatal y autonómico. Frente a esta circunstancia, se plantea el interrogante de si se estaría asistiendo a la destrucción o a la reestructuración de este modelo de Estado, pues de ordinario las instituciones jurídicas no nacen o desaparecen en un momento puntual, sino que son el fruto del devenir de los años y de la influencia que los acontecimientos van cincelandando en la sociedad de cada momento. Como advierte la autora, “la historia es una poderosa herramienta que puede ayudarnos a encarar los problemas que nos acucian hoy en día, evitando que incurramos en algunos despropósitos del pasado”. Tal es el leitmotiv de este primer capítulo, que destaca además la insuficiencia de estudios en profundidad sobre esta materia por parte de la doctrina administrativista. Tres serían los motivos por los que, a su juicio, esta materia habría estado fuera del radar de la doctrina iuspublicista: en primer lugar, la creencia de que los profesionales de las incipientes Facultades de Trabajo Social y de Educación Social son los únicos competentes para teorizar sobre esta materia (lo que reforzaría el hecho de que en los planes de estudio de dichos centros figuren asignaturas con el nombre de “servicios sociales”), en segundo lugar, la ausencia de modificaciones legislativas importantes hasta fechas recientes y, en tercer y último lugar, la mayor trascendencia social y económica de otros temas clásicos del Derecho Administrativo como, por ejemplo, la contratación pública, el medio ambiente o el urbanismo.

Sin embargo, esta materia se encuentra actualmente en un momento de gran interés tanto para el estudioso del Derecho como para su aplicador, pues dos modificaciones legislativas de primer orden han tenido por objeto los servicios sociales. Por un lado, y como consecuencia de la última crisis económica (o penúltima, habida cuenta las nefastas consecuencias que se vislumbran tras la primera oleada de la Covid-19), el legislador modificó la normativa básica sobre régimen local para reducir el papel de los municipios en la prestación de los servicios sociales. Por otro lado, las

directivas europeas sobre contratación pública de cuarta generación han suscitado la eliminación, por parte del legislador estatal, del contrato de gestión de servicios públicos como tipología contractual, además de introducir nuevas posibilidades relativas a la gestión de los servicios públicos a través de acuerdos con entidades sin ánimo de lucro. Ambos cambios encuentran su justificación en el empeoramiento súbito e intenso de la situación económica a partir de 2008, lo que trajo como consecuencia una inversión de las prioridades de los poderes públicos que, lógicamente, dejó en un segundo plano el fortalecimiento del Estado del Bienestar y se centró en su viabilidad económica a corto y medio plazo. Como nos advierte la autora de este trabajo, la nueva crisis económica que se vislumbra a corto plazo no augura importantes mejoras en los servicios sociales sino más bien un importante retroceso en la materia.

En el segundo de los capítulos de esta monografía, titulado «El concepto y la naturaleza jurídica de los servicios sociales», se emprende la búsqueda de su significado preciso. Se trata, en palabras de la autora, de una noción extremadamente compleja, puesto que, a pesar de la familiaridad de la expresión servicios sociales, existe en este ámbito un verdadero galimatías terminológico, y ello porque este concepto se utiliza con significados diferentes por la propia legislación y jurisprudencia, mientras que en la doctrina pueden encontrarse posiciones encontradas y numerosos matices al respecto. Así, el mismo nombre es empleado para designar diferentes cosas y, a la vez, la misma cosa recibe diferentes denominaciones. La autora identifica dos factores que distorsionan la delimitación conceptual de los servicios sociales: la dispersión terminológica en el campo social y la naturaleza polisémica de esta locución, lo que le llevan a concluir que, en primer lugar, los servicios sociales no son un sinónimo de la asistencia social, denominación que tuvo inicialmente una gran profusión en el ordenamiento jurídico español por estar presente en el art. 148.1.20 CE, sino que éstos se orientan hacia un objetivo más amplio, caracterizándose por una vocación preventiva, además de asistencial. Y, en segundo lugar, que entre una acepción amplia y otra estricta del concepto de servicios sociales, debe primar la segunda, puesto que resulta preciso apostar por un concepto acotado de servicio social, que no sirva “para todo y para todos”, como se infiere del análisis de la legislación autonómica sobre servicios sociales. Finalmente, en este capítulo se presenta una clasificación original de las prestaciones sociales que se aparta deliberadamente de las tipologías clásicas o tradicionales: prestaciones técnicas, tecnológicas y económicas; garantizadas y no garantizadas, y sujetas a copago y gratuitas. La finalidad de esta clasificación no es otra que analizar en profundidad dos temas polémicos como son la posición del ciudadano en sus relaciones con las Administraciones Públicas y la naturaleza jurídica de los servicios sociales.

El tercer capítulo tiene por objeto el análisis y exposición del marco jurídico de los servicios sociales en España y presenta dos partes claramente diferenciadas: la co-

rrespondiente al bloque de la constitucionalidad y la relativa a la normativa autonómica. Respecto de la primera parte, se analizan las principales cuestiones materiales y formales relacionadas con el bloque de la constitucionalidad, como la cláusula del Estado social, los principios rectores de la política social y económica, la respuesta a la desconstitucionalización del Estado, la construcción del Estado de las Autonomías y del Estado social, y el reparto competencial en materia de servicios sociales. En relación con estas cuestiones, la autora mantiene que, a pesar de que España se haya constituido como un auténtico Estado social gracias al amplio elenco de precepto constitucionales que imponen a los poderes públicos la atención a los ciudadanos más vulnerables, la imprecisión del lenguaje utilizado por el constituyente estaría en el origen de muchos de los incumplimientos de tales obligaciones. Respecto de la segunda parte de este capítulo, se parte de la premisa de que todas las Comunidades Autónomas han asumido competencias de carácter exclusivo sobre los servicios sociales en sus respectivos Estatutos. Esto lleva a la autora a mantener que la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, que el legislador estatal promulgo amparándose en el artículo 149.1.1 CE –regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales–, supone una clara invasión de competencias autonómicas, a pesar de que ninguna instó los mecanismos constitucionales para su defensa. La reacción de la mayoría de Comunidades Autónomas fue reformar su legislación, admitiendo tácitamente la invasión competencial, lo que supuso el nacimiento de la denominada tercera generación de normas autonómicas sobre servicios sociales. También en este capítulo se analiza la modificación del régimen competencial municipal en materia de servicios sociales llevada a cabo por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, frente a la que las Comunidades Autónomas sí interpusieron esta vez recurso frente al Tribunal Constitucional, el cual avaló las leyes autonómicas sobre servicios sociales que atribuían a los municipios competencias propias sobre esta materia, si bien siempre como una opción política de aquéllas, no como una obligación legal a favor de los municipios.

Finalmente, el cuarto y último de los capítulos que componen esta obra se centra en el examen de una de las modalidades de gestión indirecta de los servicios sociales: el denominado concierto social. Para ello, se examinan los antecedentes normativos de esta figura (recuérdese que se trata de una de las cuatro modalidades del contrato de gestión de servicios públicos previstos en el derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011), su configuración jurídica actual y su marco regulatorio, sus principios generales y sus elementos esenciales, tanto desde el punto de vista subjetivo –entidades concertante y concertada, personalidad jurídica de estas entidades y modalidades de la iniciativa privada en los

servicios sociales, con especial atención al denominado “tercer sector”–, como objetivo –servicios sociales susceptibles de concertación social, límites a la gestión indirecta de los servicios sociales, imposición de la gestión directa para la prestación de determinados servicios sociales y participación subsidiaria y/o complementaria de la iniciativa privada– y procedimental –abarcando todas las fases de la contratación pública respecto de esta figura–. La autora reflexiona acerca de aquellas cuestiones más relevantes en esta materia, como la viabilidad de la huida de las formas tradicionales de actuación administrativa por parte de las Comunidades Autónomas en el diseño legal del concierto social. En este sentido, al no apreciarse nítidamente una equiparación total entre el concierto social y el contrato, el convenio o la subvención, considera que ello haría cobrar fuerza la idea de que existe cierta pretensión de que el concierto social se erija como una modalidad de gestión indirecta de los servicios sociales. Sin embargo, la falta de un posicionamiento expreso en este sentido o, al menos, la deducción de esa intención a tenor del procedimiento de concertación que se articula, no haría más que avivar la problemática competencial puesto que, si bien la competencia legislativa sobre los servicios sociales corresponde a las Comunidades Autónomas, el Estado posee amplios títulos de intervención a los que podría recurrir en un futuro con el objeto de terminar repercutiendo, una vez más, en la capacidad autonómica de organización de la prestación de los servicios sociales.

En definitiva, se trata de una obra que aborda uno de los temas más controvertidos tanto en el plano jurídico como social y económico, aportando un análisis exhaustivo, profundo y ameno de su regulación actual y contribuyendo decisivamente a arrojar luz sobre los principales interrogantes que sobrevuelan sobre la actividad prestacional de las Administraciones Públicas en materia de servicios sociales.

Prof. Dr. Alejandro Román Márquez

Departamento de Derecho Administrativo, Universidad de Sevilla

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía sobre derecho autonómico

agosto – noviembre 2020*

AA.VV.: Manual Práctico de Derecho urbanístico de Galicia (Coord. Alberto Pensado Seijas y Jesús Cabanelas De Gracia), Ed. El Consultor de los Ayuntamientos–Wolters Kluwer, Madrid, 2020. ISBN: 978-84-7052-827-9.

AA.VV.: Observatorio del ciclo del agua 2019 (Dir. Joaquín Tornos Mas), Ed. Thomson Reuters – Aranzadi, Pamplona, 2020. ISBN: 978-84-1345-165-7.

AA.VV.: La protección jurídica de la atención a las personas en materia de servicios sociales. Una perspectiva interdisciplinar (Ed. Maria Victòria Fornis i Fernández; Coords. Claudia María Anleu Hernández y Marina Rodríguez Beas), Ed. Atelier, Barcelona, 2020. ISBN: 978-84-1824-416-2.

AA.VV.: Inteligencia territorial y regulación económica (Dir. María Luisa Gómez Jiménez), Ed. Thomson Reuters – Aranzadi, Pamplona, 2020. ISBN: 978-84-1346-931-7.

AA.VV.: Agendas urbanas y el gobierno de las ciudades. Transformaciones, desafíos e instrumentos (Dir. María Rosario Alonso Ibáñez; Coords. Sonia de Gregorio Hurtado y Moneyba González Medina) Ed. Reus, Madrid, 2020. ISBN: 978-84-2902-358-9.

AA.VV.: El derecho ante el reto del cambio climático (Dir. Francisco L. Hernández González), Ed. Thomson Reuters – Aranzadi, Pamplona, 2020. ISBN: 978-84-1345-236-4.

GONZÁLEZ BUSTOS, M. A.: Mujer y desarrollo sostenible en el medio rural, Ed. Atelier, Barcelona, 2020. ISBN: 978-84-1824-421-6.

SARMIENTO ACOSTA, M. J.: Compendio de Derecho urbanístico (Contiene notas de correspondencia con el Derecho Urbanístico de Canarias), Ed. Atelier, Barcelona, 2020. ISBN: 978-84-1824-408-7.

TRAYTER JIMÉNEZ, J. M.: Derecho urbanístico de Cataluña, 8ª edición, Ed. Atelier, Barcelona, 2020. ISBN: 978-84-1824-413-1.

VELASCO CABALLERO, F.: Derecho urbanístico en la Comunidad de Madrid: versión 1.5, Ed. Instituto de Derecho Local, Madrid, 2020. ISBN: 978-84-8556-283-8.

* Sección a cargo de Javier E. QUESADA LUMBRERAS.

Artículos

La alteración de términos municipales en la reforma local de 2013: crónica de un fracaso anunciado <i>The alteration of municipal terms in the local reform of 2013: chronicle of an announced failure</i>	
ELOÍSA CARBONELL PORRAS	5-21
El municipio turístico de Andalucía: claves sustantivas de su nueva regulación <i>The tourist municipality of Andalucía: substantive keys of its new regulation</i>	
MARÍA DEL CARMEN NÚÑEZ LOZANO	22-40
Análisis sobre la implantación del singular modelo de Cartas de Servicios en Cataluña <i>Analysis on the implementation of the unique model of Services Cards in Catalonia</i>	
MARÍA DEL MAR CARAZA CRISTÍN	41-59
Límites del principio de estabilidad presupuestaria respecto de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas españolas <i>Limits of the principle of budgetary stability with respect to the financial autonomy of the Spanish Autonomous Communities</i>	
CARLO ALBERTO CIARALLI	60-83

Estudios breves

Crisis económica y protección de los derechos sociales en Europa. Reflexiones desde el ordenamiento italiano <i>Economic crisis and protection of social right in Europe. Reflections from the Italian perspective</i>	
GIANLUCA GARDINI	84-98
La potestad autonormativa en relación con los estatutos del personal de los parlamentos autonómicos <i>Autonomous authority in relation to the staff regulations of autonomous parliaments</i>	
RAFAEL CANO SILVA	99-109

Comunicaciones y comentarios jurisprudenciales

De nuevo sobre los concejales no adscritos (a propósito de la sentencia del tribunal constitucional 151/2017, de 21 de diciembre) <i>Again on non-attached members of local government (the ruling of the constitutional court 151/2017, december 21)</i>	
LOURDES DE LA TORRE MARTÍNEZ	110-127
El arrendamiento de vehículos con conductor (VTC) y su entramado jurídico: el avance de Uber, Cabify y la economía colaborativa <i>Vehicle rental with driver (VTC) and its legal implications. Uber, Cabify and the collaborative economy</i>	
NICOLÁS ALEJANDRO GUILLÉN NAVARRO	128-147
La inaudita STC 108/2017, de 21 de septiembre, sobre la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2015, de 10 de junio, de creación del municipio de Medinyà <i>The unprecedented Constitutional Court's Judgment no. 108/2017, of September 21, about Law of the Parliament of Catalonia 8/2015, of June 10, of creation of the municipality of Medinyà</i>	
MIQUEL PONS PORTELLA	148-164



II A A P